UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI

UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED IMPRESA

DOCTORADO EN ECONOMÍA, EMPRESA Y DERECHO

TESI IN COTUTELA

RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE E CONCORDATO PREVENTIVO

DOTTORANDO
Dott.
Simone D'Orsi

TUTOR
Chiar.mo Prof.
Giorgio Meo

TUTOR
Chiar.mo Prof.
Rafael Lara Gonzalez

Anno Accademico 2017-2018

INDICE

Responsabilità patrimoniale e concordato preventivo

Introduzione ..... pag. 1

Capitolo 1

Profili generali della responsabilità patrimoniale

1. Responsabilità e garanzia patrimoniale ..... pag. 2
2. Responsabilità patrimoniale e contenuto della prestazione ..... pag. 6
3. Responsabilità patrimoniale e inadempimento ..... pag. 9
4. Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione ..... pag. 12
5. Universalità della responsabilità patrimoniale: "con tutti i suoi beni presenti e futuri" ..... pag. 14
6. Unicità della responsabilità patrimoniale ..... pag. 19
7. Il divieto di limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale ..... pag. 25

Capitolo 2.

La responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo

8. Il tema: autonomia privata, responsabilità patrimoniale e concordato preventivo ..... pag. 29
9. Concordato preventivo ordinario e con continuità aziendale ..... pag. 31
10. Limitazioni della responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo ordinario ..... pag. 36
11. Limitazioni della responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo con continuità aziendale ..... pag. 38
12. Il concordato preventivo con continuità tra le eccezioni alla responsabilità patrimoniale universale ..... pag. 39
13. Interesse alla continuità e concordato preventivo: la crisi d'impresa nel sistema costituzionale ..... pag. 40
14. Il concordato preventivo tra i patti limitativi della responsabilità patrimoniale ..... pag. 45

Capitolo 3:

Autonomia privata e responsabilità patrimoniale

15. Responsabilità patrimoniale e rapporto obbligatorio ..... pag. 46
16. Tesi monista e concezione processuale della responsabilità patrimoniale ..... pag. 50

17. Tesi dualista. Debito e responsabilità patrimoniale nella struttura del rapporto obbligatorio pag. 54
18. Separazione tra debito e responsabilità nel diritto positivo pag. 57
19. Debito senza responsabilità. Le obbligazioni naturali pag. 63
20. La responsabilità patrimoniale come elemento di diritto sostanziale interno all'obbligazione pag. 67
21. Responsabilità e azione revocatoria pag. 67
22. Responsabilità e autotutela pag. 71
23. Responsabilità ed esecuzione forzata pag. 76
24. Contenuto del debito e della responsabilità pag. 78
25. La responsabilità come relazione patrimoniale pag. 86
26. Esigibilità ed esistenza dell'obbligazione pag. 90
27. I negozi sulla responsabilità patrimoniale pag. 92
28. Effetti delle limitazioni convenzionali della responsabilità che alterano la struttura del rapporto obbligatorio pag. 101
29. Meritevolezza delle convenzioni sulla responsabilità che alterano la struttura del rapporto obbligatorio pag. 105
30. Convenzioni riduttive e obbligazioni naturali pag. 110
31. Limitazioni negoziali della responsabilità e pari trattamento dei creditori pag. 112
32. Le limitazioni negoziali della responsabilità che modificano la struttura del patrimonio pag. 116
33. Le limitazioni della responsabilità nel sistema costituzionale: i principi di proporzionalità e sussidiarietà pag. 121
34. La *ratio* dell'art. 2740, comma 2, cod. civ. pag. 124

Capitolo 4:

Le limitazioni della responsabilità nel diritto comparato

35. I patti limitativi della responsabilità nel codice civile previgente pag. 127
36. I patti limitativi della responsabilità nell'ordinamento portoghese pag. 128
37. I patti limitativi della responsabilità nell'ordinamento francese pag. 130
38. I patti limitativi della responsabilità nell'ordinamento spagnolo pag. 132
39. La clausola che limita la responsabilità patrimoniale nel diritto ipotecario spagnolo pag. 136
40. Ipoteca autonoma pag. 137
41. Patrimonio separato pag. 139

42. Remissione parziale del debito pag. 140
43. La limitazione della responsabilità tra i fenomeni riduttivi pag. 140
44. Conseguenze della tesi proposta in caso di perdita del bene o diritto ipotecato pag. 141
45. Conseguenze della tesi proposta rispetto alla condizione del terzo acquirente pag. 142
46. La prescrizione dell'ipoteca tra i fatti riduttivi del rapporto nel diritto spagnolo pag. 145

Capitolo 5:

Autonomia privata e vicende dell'obbligazione nel concordato preventivo

47. Soggetti ed effetti del concordato preventivo pag. 147
48. Il concordato preventivo tra fonti autonome ed eteronome pag. 147
49. Autori dell'atto e destinatari degli effetti. Il principio di relatività pag. 148
50. Il principio dell'inefficacia esterna pag. 150
51. Un primo criterio: la fonte eteronoma degli effetti pag. 151
52. Un secondo criterio: la fonte autonoma degli effetti. Il contratto con il gruppo dei creditori pag. 154
53. Proposte concorrenti e inefficacia esterna pag. 155
54. Un terzo criterio: la fonte autonoma degli effetti. Il polimorfismo del concordato: atto unilaterale e contratto pag. 157
55. Un quarto criterio. Il contratto con efficacia esterna pag. 157
56. Il concordato preventivo tra i negozi sul patrimonio altrui. La facoltà di disporre e il suo oggetto pag. 160
57. Il rapporto obbligatorio nel concordato preventivo pag. 161
58. L'efficacia del concordato preventivo pag. 162
59. Un primo orientamento: il concordato preventivo tra i fatti estintivi dell'obbligazione pag. 162
60. L'estinzione dell'obbligazione. L'efficacia del concordato con riguardo alla novazione oggettiva pag. 164
61. L'estinzione dell'obbligazione. L'efficacia del concordato con riguardo alla remissione del debito, alla rinunzia al credito e alla remissione per iniziativa del debitore pag. 166
62. Un secondo orientamento: il concordato preventivo tra i negozi riduttivi del rapporto pag. 168
63. L'obbligazione ridotta dal concordato preventivo pag. 169
64. Efficacia del concordato e riduzione del rapporto pag. 171

65. Efficacia del concordato e altre procedure concorsuali ..... pag. 174
66. Efficacia del concordato e procedure di sovra indebitamento ..... pag. 181
67. Concordato preventivo e vincolo legale di destinazione ..... pag. 183
68. La nozione di crisi nel sistema concorsuale ..... pag. 188
69. Il concordato preventivo nel sistema costituzionale: i principi di proporzionalità e sussidiarietà ..... pag. 191

Capitolo 6.

La responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo di gruppo

70. Responsabilità patrimoniale, concordato preventivo e diritto societario ..... pag. 195
71. Il concordato "di gruppo". Unità economica del gruppo e individualità giuridica delle singole società ..... pag. 195
72. Coordinamento e consolidamento procedurali e materiali ..... pag. 201
73. Il gruppo nelle recenti proposte di riforma del sistema concorsuale ..... pag. 202
74. Linee della giurisprudenza con riguardo al concordato "di gruppo" ..... pag. 204
75. Il consolidamento delle masse patrimoniali nel diritto comparato ..... pag. 208
76. *Substantive consolidation* nel sistema statunitense ..... pag. 210
77. *Concursos conexos* nel sistema spagnolo ..... pag. 213
78. *Confusion des patrimoines* nel sistema francese ..... pag. 217
79. Il consolidamento delle masse nel sistema dei rimedi ..... pag. 220
80. Inconvenienti nel consolidamento delle masse ..... pag. 223
81. Consolidamento delle masse e responsabilità patrimoniale ..... pag. 227

Capitolo 7.

La responsabilità patrimoniale e il sistema distributivo nel diritto societario

82. Responsabilità patrimoniale e sistema distributivo. I soci nel risanamento ..... pag. 230
83. I soci nel sistema distributivo ..... pag. 232
84. Soci e creditori nel risanamento ..... pag. 236
85. Disciplina del conferimento e del rapporto ..... pag. 244
86. Proposte concorrenti e attribuzione di partecipazioni ai creditori ..... pag. 245
87. Condizioni per l'aumento di capitale ..... pag. 250
88. Condizioni per l'esclusione del diritto d'opzione ..... pag. 251
89. Regole distributive e conversione del debito in partecipazioni sociali ..... pag. 254
90. Proposte concorrenti e partecipazioni dei soci ..... pag. 259

91. Proposte concorrenti e regime societario dell'aumento di capitale senza diritto d'opzione pag. 261
92. Proposte concorrenti e tutela dei soci pag. 264

Capitolo 8.

I problemi della responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo proposto da ATAC s.p.a.

93. Responsabilità patrimoniale e ristrutturazione societaria nel concordato preventivo proposto da ATAC s.p.a. pag. 273
94. Il valore degli strumenti finanziari partecipativi attribuiti ai creditori pag. 273
95. Crediti subordinati e concordato preventivo pag. 275
96. Libera disponibilità del *surplus* concordatario e ordine distributivo pag. 279

Bibliografia pag. I

INTRODUZIONE

Il tema della responsabilità patrimoniale risulta tra quelli un tempo maggiormente dibattuti in letteratura, tanto da indurre ad affermare che "tutto, di essa, è in discussione presso gli scrittori"[1]. Una veloce analisi consegnerebbe probabilmente l'impressione di una successiva disattenzione da parte della dottrina. Le stesse disposizioni di legge sulla responsabilità, a partire dall'art. 2740 cod. civ., resistono alle modifiche che coinvolgono le altre parti del codice civile. Il contenuto delle disposizioni attuali potrebbe addirittura sembrare lo stesso delle omologhe disposizioni nel codice civile previgente e in quelli degli altri ordinamenti continentali. L'impressione finisce per essere rapidamente quella di regole non tanto poste dal legislatore, quanto imposte da una ragione universale, perciò sottratte ai mutamenti che riguardano tutte le altre parti del sistema.

Proprio la centralità che l'istituto della responsabilità patrimoniale assume all'interno del sistema induce a dubitare di quest'impressione. L'apparente staticità delle regole sulla responsabilità è subito smentita dai frequenti mutamenti che coinvolgono gli strumenti per la sua attuazione, tra i quali sembra meritare un posto a parte il concordato preventivo. Invece che dalla apparente astoricità della responsabilità patrimoniale, la disciplina del concordato è caratterizzata, almeno negli anni più recenti, da riforme continue, tanto da indurre a parlare di "un cantiere legislativo permanente"[2]. Sembrano contrapporsi un istituto concorsuale in perenne mutamento ed un sistema della responsabilità rimasto sempre uguale. Soprattutto, nel concordato il tema della responsabilità sembra incontrare quello dell'autonomia privata e dei suoi confini attuali. Da questo punto di vista, un interesse particolare sembra meritare un problema sino ad oggi poco indagato in sede teorica, quello delle limitazioni concordatarie della responsabilità.

Il problema appena accennato rende in un certo senso obbligati alcuni passaggi.

È anzitutto necessario fermare l'attenzione sulla disciplina della responsabilità patrimoniale e delle convenzioni volte a restringerne l'oggetto, procedendo poi per gradi verso le difficoltà che si pongono nel concordato.

Una volta indagato il tema dei patti volti a limitare la responsabilità, occorre indagare se al loro interno possa rifluire il concordato. La questione coinvolge quelle cruciali del fondamento autonomo o invece eteronomo del concordato e della natura di tali effetti.

I discorsi da svolgere prima sulla responsabilità e poi sul concordato possono trovare la loro sintesi in una terza fase della ricerca: nella quale è possibile valutare se e in che misura la procedura concorsuale possa servire per ridefinire i rapporti obbligatori sotto il profilo della responsabilità, aggiungendo ai problemi già esaminati quelli specifici del diritto societario.

[1] G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, 1.

[2] L'espressione è di N. ABRIANI, *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, 269. La circostanza è spiegata da L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 337, con la necessità di assistere i mutamenti che vengono a determinarsi nella realtà sociale ed economica.

CAPITOLO I

Profili generali della responsabilità patrimoniale

1. Responsabilità e garanzia patrimoniale

La problematica relazione tra responsabilità patrimoniale e concordato preventivo impone alcune considerazioni preliminari sui due istituti.

Alla "responsabilità patrimoniale" fanno riferimento la rubrica dell'art. 2740 cod. civ. e la denominazione del titolo III del libro VI, dedicato appunto alla disciplina "della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale".

Entrambi gli elementi di questo binomio pongono problemi di definizione nel campo giuridico.

Muovendo dal primo termine, esso figura sia nei linguaggi settoriali - e tra essi quello giuridico - sia nel registro comune, al quale si può fare ricorso nella ricerca di un chiarimento. In linea generale, il termine evoca il rischio soggettivo di un male, destinato ad avverarsi come conseguenza di un proprio comportamento e la connessa possibilità di assumere la condotta utile ad evitarlo[3].

All'uso comune attinge quello giuridico, nel quale i diversi caratteri del rischio e del male minacciato lasciano proliferare specie diverse di responsabilità[4]: civile, penale, patrimoniale, aquiliana, medica per richiamarne alcune.

L'attributo "patrimoniale" definisce l'oggetto del rischio, il quale riguarda appunto non il soggetto, ma il suo patrimonio[5].

Talvolta sono gli interpreti a descrivere certe regole mediante la categoria della responsabilità; in altri casi è il legislatore, come fa con la rubrica dell'art. 2740 cod. civ.[6]. Il

---

[3] N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1971, 748, definisce la responsabilità come "la possibilità di prevedere gli effetti del proprio comportamento e di correggere il comportamento stesso in base a tale previsione".
Per E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Diritto sostanziale e processo*, Aa. Vv., Milano, 2006, 86, nel suo significato atecnico "la responsabilità può definirsi come la condizione creata ad un soggetto dalla *necessità giuridica di perdere* un bene della vita *a titolo di sanzione* in dipendenza causale da un evento determinato" (corsivi dell'Autore). Secondo F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo*, Aa. Vv., Milano, 2006, 300, "l'elemento del pericolo è proprio della sanzione, che è una minaccia; la responsabilità sta nel non potervisi sottrarre, quando la minaccia si attua". Nella ricostruzione di D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, in *Trattato Vassalli*, vol. XIV, t. 1, Torino, 1949, 6, "il concetto di responsabilità, in generale, indica la sottoposizione (potenziale o attuale) ad una sanzione".

[4] Guardando a quella di diritto penale e a quella civilistica, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 295, conclude che "l'elemento comune tra le due responsabilità sta in ciò che l'una e l'altra significano *soggezione alla sanzione*; che la sanzione sia civile o penale, riguarda appunto la *differentia specifica* tra le due forme dell'unico *genus*" (corsivi dell'Autore). Per L.M. LOPUKI, *The death of liability*, in 106 *Yale Law Journal* 1996, 3, le due responsabilità condividerebbero la finalità di orientare le condotte individuali: "in contemporary society, governments enforce law by essentially two mechanism: incarceration and liability. These roughly correspond to the two spheres of the legal system: the criminal and the civil. In the criminal sphere, the wrongdoer is threatened with imprisonment; in the civil sphere, the wrongdoer is threatened with deprivation of wealth".

[5] "Responsabilità patrimoniale è il vincolo del patrimonio per debito" (C. GANGI, *Debito e responsabilità nell'antico diritto germanico e nel vigente diritto tedesco*, in *Scritti giuridici vari*, vol. I, Padova, 1933, 18).

primo comma recita che "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri".

Da questa disposizione si ricavano indicazioni utili a svolgere alcune considerazioni preliminari sullo statuto della responsabilità.

Anzitutto, il male minacciato al debitore serve a soddisfare il creditore[7] in caso di inadempimento. L'art. 2740, comma 1, cod. civ. associa alla responsabilità una garanzia[8]: i due concetti descrivono lo stesso fenomeno[9], osservato dal lato del debitore che teme un pregiudizio ovvero da quello del creditore che attende un vantaggio. La responsabilità patrimoniale è costruita come una relazione intorno ad un unico oggetto (il patrimonio in garanzia) [10] e con due soggetti[11]: il responsabile ed il titolare della garanzia. Il verificarsi del fatto temuto (inadempimento) giustifica l'impoverimento di un patrimonio (quello del

---

[6] Insieme la *rubrica legis* ed il testo dell'art. 2740, comma 1, cod. civ. contengono una definizione normativa anomala, incoerente rispetto alla funzione a queste solitamente assegnata. Il legislatore ricorre alle definizioni per fissare d'imperio il significato da associare a certe espressioni linguistiche e così assoggettare a un vincolo maggior l'attività dell'interprete; si resta allora stupiti nel constatare che il *definiendum* "responsabilità patrimoniale" non compare in altre disposizioni del codice. Quella di responsabilità patrimoniale disattende la funzione caratteristica delle definizioni normative e si giustifica solo per l'uso diffuso di quella formula già prima della redazione del codice. Sul tema delle definizioni normative, e segnatamente di quelle "per rubrica", G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, vol. I, t. 2, Milano, 1980, 207; A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, 111 ss..

[7] "Nel senso del diritto privato, responsabilità è la situazione giuridica di vincolo caratterizzata dal pericolo di perdere un bene *a titolo di soddisfazione altrui* […] pel non verificarsi di un evento determinato dall'altro atteso - o pel verificarsi di un evento dall'altro temuto" (E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 87 - corsivi dell'Autore).

[8] Secondo S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Persona e mercato*, 2014, 108, "la relazione tra debito e responsabilità patrimoniale è di tipo funzionale perché il patrimonio sta al debito come *garanzia* per un creditore ammesso a promuovere le azioni - artt. 2900 ss. - utili a conservarne l'integrità" (corsivo dell'Autore).

[9] V. nt. 263.

Per ragioni da esaminare attentamente nel prosieguo, tale ricostruzione non pare condivisa da F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 207, il quale indica come "azione del creditore" la situazione corrispondente alla responsabilità patrimoniale del debitore.

[10] Secondo E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 97, "una cosa (e così anche il patrimonio) non "risponde" mai, bensì *costituisce* - quale oggetto di diritto - una *garanzia* reale (o resp. personale) per alcunché ("haftet" in questo senso). È il proprietario della cosa (rispettivamente, il titolare del patrimonio) o in genere l'avente diritto reale su di essa quegli che *risponde*, non la cosa stessa personificata o il patrimonio, quasi elevato a soggetto di diritto come nelle fondazioni" (corsivi dell'Autore). In termini analoghi, G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 9-10; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 298, secondo il quale "la sanzione colpisce la *persona* in un suo *bene*, che può essere il *corpo* o una *cosa*; perciò bisogna discernere il *soggetto* dall'*oggetto* della responsabilità. Quando si parla di *responsabilità della cosa* accanto a *responsabilità della persona* si vuol distinguere la responsabilità secondo l'oggetto, non considerarne la cosa come un soggetto. Una causa di confusione sta nel solito motivo per cui facilmente il corpo, come oggetto, si confonde con la persona come soggetto; e perciò si dice responsabilità *personale* per responsabilità *corporale*".

[11] Per E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, vol. II, Milano, 1953, 31, "soggetti di responsabilità non possono essere che persone, in quanto soggetti di diritto. Le cose, come anche il patrimonio e lo stesso corpo umano possono bensì essere «assoggettate al potere di aggressione di un creditore», ossia costituire materia di *garanzia*; ma non possono correttamente dirsi mai, esse stesse, «responsabili»" (corsivo dell'Autore). Nello stesso senso, oltre a E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 84; C. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, 36, per il quale responsabilità intende "l'assoggettamento di una persona o di una cosa al potere di agire, o di aggressione, del creditore, a garanzia di un debito, per il caso d'inadempimento di esso"; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, 409; A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 17; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, 23.

responsabile) a vantaggio di un altro[12]. Il riferimento alla garanzia lascia comprendere la funzione odierna della responsabilità patrimoniale: il male minacciato non consiste nel castigo che si infligge mediante la pena[13] per stimolare un comportamento e dissuaderne altri, ma in quello necessario a soddisfare il creditore[14]. Proprio il nesso tra responsabilità e garanzia mette i redattori dell'art. 2740, comma 1, cod. civ. al riparo dalla critica secondo cui sarebbe stato più corretto precisare che si risponde non "dell'adempimento" (come dice il testo attuale), bensì "dell'inadempimento"[15], dal momento che il testo vigente indica la ragione della responsabilità[16]: garantire al creditore l'utilità mancata per l'inadempimento.

Sempre dal testo dell'art. 2740, comma 1, cod. civ. si ricavano indicazioni sul problema decisivo che riguarda i profili del "per cosa" e "con cosa" si risponde o, invertendo la prospettiva, del "per cosa" e "su cosa" il creditore vanta la garanzia[17].

Il secondo profilo è quello della patrimonialità, sul quale è necessario soffermarsi in avanti (par. 5).

In relazione al primo ("per cosa si risponde"), è necessario distinguere tra loro due eventi, per non confondere i presupposti della responsabilità con quelli dell'azione esecutiva. Da una parte sta l'evento che instaura un collegamento giuridicamente rilevante tra il patrimonio del responsabile e l'interesse del creditore; dall'altra, quello che consente l'aggressione ai beni compresi nel patrimonio[18].

---

[12] Nella ricostruzione di E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 99, "il soggetto attivo del rapporto è portatore di un'aspettativa di soddisfazione che grava sul bene; il soggetto passivo è portatore di un rischio: del rischio cioè di perdere il bene destinato alla soddisfazione dell'altro". In senso analogo G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 13. Secondo G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, 234, invece, non sarebbe corretto parlare di un soggetto passivo nel rapporto di responsabilità.

[13] La distinzione tra esecuzione e pena è tracciata con chiarezza da F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm*., 1915, I, 538; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 222: mentre l'esecuzione serve a soddisfare l'interesse a prescindere dalla volontà dell'obbligato; la pena serve a condizionarne la volontà affinché soddisfi egli stesso l'interesse, minacciandolo di un sacrificio maggiore rispetto a quello necessario ad appagare l'interesse altrui. La prima può anche essere designata come esecuzione diretta; la seconda, come indiretta. Alla responsabilità certamente non è estranea la conseguenza di stimolare il debitore ad adempiere, che però non ne rappresenta la funzione principale (v. nt. 32).

[14] Per R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1945, 5, la responsabilità patrimoniale "è al tempo stesso *sanzione* per l'inadempimento dell'obbligo e *mezzo di realizzazione* del diritto del creditore" (corsivi dell'Autore).

[15] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1969, 163 ss.. Nessuna delle due formulazioni - quella che ricorre ad "adempimento" come quella che invoca il suo contrario - sembra condivisa da S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Napoli-Camerino, 1978, 8, per il quale "l'obbligazione, se è un vincolo giuridico, non può essere suscettibile, a rigore, di adempimento: un vincolo può soltanto costituirsi o sciogliersi; cioè può esistere o non esistere".

[16] Così R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 5, per il quale la formulazione dell'art. 2740, comma 1, cod. civ. "vuole in sostanza mettere in evidenza che la responsabilità è lo strumento idoneo ad assicurare la realizzazione del diritto del creditore". Nello stesso senso nel diritto spagnolo, e dunque con riguardo al testo dell'art. 1911 del codigo civil, oggetto di critiche prossime a quelle mosse contro l'art. 2740, comma 1, cod. civ., R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Sub art. 1911*, in *Comentario del código civil*, I. Sierra (coordinator), t. 10, Barcelona, 2006, 323-324.

[17] Della distinzione tra il "per cui" ed il "con cui" si risponde, diffusa nella dottrina tedesca con i vocaboli "*Wofür*" e "*Womit*", fanno uso in Italia E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 90; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 37-38; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 10.

[18] In maniera analoga, S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato Vassalli*, vol. XV, t. 1, Torino, 1963, 37.

Il primo è il fatto costitutivo dell'obbligazione[19], sicché la responsabilità precede l'inadempimento[20]. Il concetto di responsabilità patrimoniale è congiunto a quello di garanzia, la quale necessariamente precede l'inadempimento, o meglio il suo accertamento[21]; una garanzia successiva all'evento temuto sarebbe incoerente sia rispetto alla propria funzione[22] che a quella della responsabilità: la minaccia di soffrire un male ha senso solamente se formulata prima che l'evento indicato si realizzi o comunque venga accertato[23].

Con riguardo al secondo fatto, quello che determina la possibilità di aggredire il patrimonio, sovente si afferma che esso coincide all'inadempimento[24], il quale può essere definito come "comportamento opposto a quello in cui concretasi l'adempimento"[25], e quindi contegno contrario a quello atteso dal creditore per soddisfare il proprio interesse[26].

La considerazione può essere condivisa anticipando che è solamente l'esecuzione forzata, e non anche la responsabilità a presupporre l'inadempimento. Mentre responsabilità e garanzia accompagnano l'obbligazione sin dal principio, la possibilità d'intraprendere l'esecuzione forzata è conseguenza di un fatto meramente eventuale nel corso del rapporto. Quello che

[19] Così, per la letteratura di diritto processuale, S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 37; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 26 (e poi anche a p. 149). Un argomento letterale a sostegno della conclusione è ricavato da A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*, Napoli, 1957, 155, nel richiamo formulato dall'art. 2740 cod. civ. ai beni sia presenti che futuri del debitore, il quale resterebbe privo di senso se "il momento unico e decisivo per la misurazione della responsabilità e delle sue concrete dimensioni fosse solo quello futuro".

[20] Così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 23; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, vol. III-IV, Milano, 1955, 218. È condivisa da S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 37; G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm*., 1993, I, 318; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995, 104 ss..
È tuttavia frequente il riferimento alla responsabilità come rapporto che si costituisce solo per effetto dell'inadempimento; così R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, Pamplona, 2009, 225

[21] La precisazione risale a E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 88.

[22] Per A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, Padova, 2001, 243, "è significativo il fatto che il legislatore utilizzi, in proposito, il termine «garanzia patrimoniale». Ciò significa che la disciplina di tali strumenti viene impostata nella prospettiva di «vigilare» sul fatto che il debitore conservi una massa patrimoniale idonea a garantire il soddisfacimento delle pretese creditorie, anche a prescindere dall'effettivo verificarsi dell'inadempimento e, dunque, dall'aggressione di tale patrimonio da parte del creditore insoddisfatto".

[23] Così E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 88, per il quale "se così non fosse, mancherebbe l'attesa o il timore in colui a favore del quale la responsabilità è costituita: poiché non si attende o non si teme un evento di cui si è già certi"; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 35-36.

[24] In tal senso, tra i processualisti, S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 37, per il quale "il creditore non ha certo il potere di espropriare i beni del debitore per il solo fatto di essere tale, ma solo quando l'aspettativa di conseguire il bene mediante la prestazione è andata delusa, cioè si è verificato l'inadempimento"; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 26.

[25] Sono le parole di A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1979, 75.

[26] In relazione a tale evento, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 38, tiene a precisare che esso "in tanto è ragione di responsabilità, in quanto forma l'oggetto di una precedente *aspettativa* – positiva o negativa – da parte di colui a favore del quale la responsabilità è costituita. Senza questa *previa* aspettativa, non è, per definizione, concepibile una responsabilità di diritto privato, né, quindi, un'obbligazione" (corsivi dell'Autore).

talvolta viene indicato come "stadio di pendenza della responsabilità"[27] non indica altro che la condizione del patrimonio garante nel lasso di tempo che separa la formazione dell'obbligazione dal momento dell'adempimento[28]. La fase, cioè, in cui non è ancora dato sapere se l'interesse del creditore sarà soddisfatto in via spontanea ovvero mediante coazione; durante la quale si è già costituita la garanzia generica sul patrimonio del debitore, ma ancora non sussistono i presupposti per l'esecuzione.

I rilievi svolti consentono una definizione provvisoria, necessaria per proseguire il discorso ma ancora generica. "Responsabilità patrimoniale" è la sintesi verbale con cui si designano la peculiare condizione in cui si trovano il patrimonio in garanzia ed il soggetto responsabile[29]: mentre i beni sono di regola asserviti alle sole necessità del titolare, quelli del debitore sono rivolti anche al soddisfacimento di un interesse altrui, altrimenti frustrato per il verificarsi di un evento temuto o per la mancanza di quello atteso[30]. La condizione giuridica differenziata del debitore[31] coinvolge anche il suo patrimonio.

2. Responsabilità patrimoniale e contenuto della prestazione

Si è già anticipato che la funzione della responsabilità patrimoniale consiste nell'assicurare il soddisfacimento dell'interesse al creditore. In un primo momento, il rischio soggettivo di un male agisce come strumento di pressione psicologica sull'obbligato; lo induce ad adempiere minacciando conseguenze patrimoniali sfavorevoli in caso di inadempimento. Successivamente, qualora la volontà del debitore sia tale da resistere a quella pressione ed

---

[27] Dell'espressione si servono G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 235; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 88; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 35; C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, in *Scritti giuridici vari*, vol. I, Padova, 1933, 196-197; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 3; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 11, per il quale "la responsabilità patrimoniale del debitore si trasforma da potenziale in attuale nel momento in cui l'obbligazione non è adempiuta volontariamente"; R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 9, secondo cui "i beni del debitore solo potenzialmente rappresentano l'oggetto della responsabilità nel suo duplice aspetto di sanzione per l'inadempimento e di strumento per l'attuazione coattiva del diritto del creditore"; R. PERCHINUNNO, *Il sequestro conservativo*, in *Trattato Rescigno*, vol. XX, t. 2, Torino, 1985, 197.

[28] In termini simili parrebbe, nel contestare la correttezza del riferimento a fasi una potenziale e l'altra attuale, C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, 5.

[29] Descrivendo l'uso del vocabolo "responsabilità", ancorché con riguardo a quella da inadempimento e non a quella patrimoniale, F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, 67, afferma che esso "è uno strumento del linguaggio giuridico che racchiude, in funzione semantica, una complessa disciplina; è cioè un'espressione sintetica che riassume una normativa".

[30] Per E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 89; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 36, "responsabilità" designa "quella particolare posizione di una persona che risulta dalla destinazione giuridica di un bene ad essa pertinente, a servire di soddisfazione a un'altra persona per un evento da questa atteso o temuto: destinazione indipendente dalla volontà del titolare del bene e individualizzata così dal bene stesso come dall'evento".

[31] Efficacissime le parole di S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, 73-74: "l'obbligazione è *vinculum iuris* non perché lega l'uno all'altro, *ma perché lega l'uno* e *non lega gli altri*" (corsivi dell'Autore). Per G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, cit., 321, "il debitore versa in una condizione differenziata giuridicamente rispetto ad ogni altro soggetto, pur tenuto all'osservanza di doveri di condotta diversi dalle obbligazioni civili, perché egli è dalla legge costretto a subire l'esercizio di penetranti poteri da parte del creditore sulle possibili proiezioni della sua autonomia patrimoniale. Ciò non si riscontra in nessun altro rapporto giuridico, e costituisce allo stato il *proprium* del vincolo obbligatorio".

indurlo a rifiutare comunque la prestazione, l'attuazione della minaccia consente al creditore di conseguire ugualmente il vantaggio sperato[32].

Con riguardo alla seconda funzione, è opportuno precisare che la prestazione si compone sia del contegno (positivo o negativo) doveroso, che è l'antecedente, che dell'utilità attesa dal creditore, che ne rappresenta la conseguenza[33].

Mentre in certi casi il contegno potrebbe essere infungibile e perciò non poter essere conseguito che attraverso la collaborazione del debitore; un vantaggio equivalente a quello atteso dal creditore può essere conseguito anche per altra via, sfruttando il valore del patrimonio in garanzia[34]. Come cercava di chiarire (anche a costo di qualche imprecisione) già l'art. 1948 del vecchio codice civile[35], il rapporto obbligatorio è costruito in maniera tale da poter realizzare l'interesse del creditore in due modi: da una parte, l'atto con cui si esegue la prestazione dovuta, che è volta per volta mutevole; dall'altra, la sottrazione al patrimonio

[32] La duplice funzione della responsabilità è colta da D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 7-8, il quale aggiunge pure la funzione retributiva; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 116; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 65 ss.: "la responsabilità ha per funzione preliminare o preventiva quella di porre il debitore in una *situazione di coazione*: di esercitare cioè sul riluttante una pressione (coazione) che, determinando un *giudizio di convenienza*, lo induca, attraverso tale giudizio, al volontario adempimento del debito (art. 2740). La responsabilità ha poi per funzione principale o sostitutiva quella di garantire al creditore - pel caso che la coazione psicologica fallisca lo scopo d'indurre il debitore all'adempimento - soddisfazione per via affatto indipendente dalla volontà e dalla attività del debitore (per surrogazione)"; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 4; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 53-54. Alla funzione di coercizione indiretta (o spirituale, contrapposta a quella materiale) della responsabilità patrimoniale si riferiscono anche L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Napoli, 1931, 33 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1988, 149; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, 12. Nell'ordinamento spagnolo è nota l'affermazione di RDGRN, 22 de febrero de 1989, secondo cui "la responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimento voluntario y de garantía *a priori*, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la ley misma".
In prospettiva storica si aggiunge che mentre l'elemento della coazione risulta prevalente nei diritti antichi, inclini a far ricadere anche sulla persona del debitore le conseguenze dell'inadempimento, in quelli moderni sembra prevalere la funzione satisfattoria mediante surrogazione; di quest'opinione, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 112 ss.; ALF. ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917, 21; ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 679; F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 539, il quale intravede in ciò la tendenza dei sistemi del passato a svalutare il senso di solidarietà sociale.

[33] La considerazione è sviluppata soprattutto da S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 292 ss.. In termini analoghi E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 75, per il quale "la prestazione, analizzata nella sua essenza economico-sociale, spoglia di tutti gli elementi esteriori, che la diversificano in varie specie, consiste in generale nel *procacciare* un bene ad altri (consociati), nel *far avere* ad altri una tipica utilità, nel *soddisfare* un tipico interesse altrui con la propria cooperazione" (corsivi dell'Autore).

[34] Per queste considerazioni, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 292 ss.. Cenni ad una funzione *lato sensu* assicurativa sono formulati da G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 10: "la responsabilità patrimoniale consiste in una (situazione di) destinazione di un oggetto alla assicurazione del valore pecuniario delle obbligazioni".

[35] Per questa disposizione, sulla quale si dovrà tornare in uno specifico paragrafo, "chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri". In questo testo l termine "adempimento" indica non la realizzazione dell'obbligo, ma il soddisfacimento dell'interesse creditorio.

in garanzia di un valore rapportato a quello della prestazione omessa[36]. Questa seconda forma implica non più un solo atto (come potrebbe essere quello che realizza la prestazione), ma sempre lo svolgimento di un procedimento[37]. Tra gli atti che compongono la sequenza un'importanza notevole va assegnata alla condanna pronunciata dal giudice[38]. Essa, che di necessità è condanna a qualcosa, unisce l'inadempimento all'esecuzione[39]: accerta il primo e permette la seconda[40].

Sia il contegno che l'utilità sono presi in considerazione dall'art. 1174 cod. civ., ai sensi del quale "la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore"[41]. La possibilità di valutazione economica può essere intesa come l'idoneità a convertirsi in una somma di denaro: "la prestazione è «patrimoniale» qualora il comportamento del debitore sia convertibile in una somma di denaro che ne costituisce il valore di scambio"[42]. L'art. 1174 cod. civ. chiarisce che non formano obbligazioni[43], e quindi rapporti soggetti alla disciplina che è prevista per quelle, le prestazioni che non potendosi trasformare in una fungibile, e perciò suscettibile di esecuzione forzata, non possono essere

[36] Per E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 116, la responsabilità "è disposta da un *imperativo secondario* per l'eventualità che l'imperativo primario, creatore del debito, non venga dal destinatario volontariamente osservato" (corsivo dell'Autore).

[37] S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 14 ss., pone in risalto come in mancanza dell'adempimento l'interesse inappagato venga realizzato non più mediante un atto, ma una sequenza di atti, ossia un procedimento.

[38] La connessione tra prestazione e condanna appare tanto stretta che parte della dottrina associa quest'ultima al solo rapporto obbligatorio e non anche ai diritti reali; così L. MONTESANO, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 1957, 89; L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, 8.

[39] La centralità sistematica della responsabilità, collocabile idealmente tra il debito e le azioni di condanna ed esecutiva, è messa in risalto da E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 75, per il quale "ogni rapporto di obbligazione, in generale, crea sin dal suo primo sorgere, dal lato attivo, un'aspettativa di soddisfazione, sotto forma di diritto di garanzia sul corpo o sul patrimonio dell'obbligato, dal lato passivo una responsabilità. E appunto quale aspettativa di soddisfazione, dall'un lato, quale responsabilità dall'altro, l'obbligazione costituisce [...] la ragione (attiva e passiva) dell'azione di condanna e di esecuzione forzata".

[40] È in questi termini che la letteratura processualistica descrive la condanna come "il momento finale della fase di cognizione del processo e, al tempo stesso, il titolo su cui fondare la successiva fase esecutiva" (C. PETRUCCI, *Condanna in generale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 711). In termini analoghi, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 46 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 175, per il quale "la sentenza è di puro accertamento, quando non ha di mira che i vantaggi derivanti immediatamente dalla certezza giuridica; è di condanna quando ha anche di mira la ulteriore attuazione della volontà della legge, ossia se *prepara* la esecuzione" (corsivo dell'Autore); G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in ID, *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1930, 80, ove osserva che "la differenza pratica fra puro accertamento e condanna, sta [...] in ciò, che dal semplice accertamento giammai può derivare esecuzione forzata, ma azione (*a. iudicati*) ad una ulteriore sentenza di condanna".

[41] La disposizione espressamente riferisce la valutabilità economica alla prestazione e sancisce che non è invece necessaria la patrimonialità dell'interesse. Sotto il vecchio codice era dibattuto se la patrimonialità dovesse riferirsi alla prestazione o all'interesse. Per la soluzione più prossima a quella poi accolta dal legislatore, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 7.

[42] F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato Sacco*, Milano, 2015, 155. Nella stessa direzione, G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, cit., 331.

[43] Che l'art. 1174 cod. civ. serva più a specificare cosa non sia obbligazione che a stabilire cosa essa sia è chiaramente affermato da P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 137-138; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 153-154.

garantite con il patrimonio[44]. Sotto una diversa prospettiva, si può anche dire che in linea con gli originari limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale, il codice civile circoscriva i confini del rapporto obbligatorio a quello suscettibile di determinare un pregiudizio patrimoniale risarcibile: "ponendo il requisito della prestazione suscettibile di valutazione economica, il legislatore pensava si all'esigenza di coordinare la struttura dell'obbligazione con il sistema del risarcimento, ma non già nel senso di adattare il secondo alla prima, bensì in quello inverso"[45]; in questi termini si è pure definita la patrimonialità della prestazione come "una eco" delle regole sulla responsabilità[46]. Il reciproco condizionamento tra oggetto della prestazione e della responsabilità emerge notando che sia il primo sia il secondo devono potersi convertire in un valore economico; l'uno mediante un calcolo (conversione in astratto), l'altro con la conversione in una somma di denaro (conversione in concreto). Le obbligazioni hanno ad oggetto solo prestazioni delle quali sia possibile fare una valutazione economica (art. 1174 cod. civ.); al cui inadempimento sia cioè possibile associare conseguenze meramente patrimoniali (art. 2740 cod. civ.). Si può per questa ragione affermare che le caratteristiche della responsabilità patrimoniale influenzano quelle della prestazione che tramite quella viene garantita.

3. Responsabilità patrimoniale e inadempimento

Un'altra norma collegata al sistema della responsabilità è quella che si ricava dall'art. 1218 cod. civ., il quale pone a carico del debitore che non esegua esattamente la prestazione dovuta l'obbligo di risarcire il danno, salvo che quella fosse divenuta impossibile per una causa a lui non imputabile. Gli artt. 1218 ss. cod. civ. consentono di sostituire la prestazione risarcitoria a quella rimasta inadempiuta[47]. È proprio la garanzia costituita sul patrimonio del debitore,

---

[44] Si può ricordare come la necessaria patrimonialità della prestazione fosse argomentata dalla letteratura precedente al codice civile attuale proprio dalla necessità di poter sostituire quella inadempiuta con una prestazione pecuniaria; così C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1959, 51 ss.; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 144.
La connessione tra la possibilità di dare una valutazione economica alla prestazione e responsabilità patrimoniale è colta da G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, cit., 331; L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, cit., 89; ALF. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 26; ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 681; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 11, per la quale l'art. 1174 cod. civ. risulterebbe ispirato dalla "volontà del legislatore di adattare la struttura dell'obbligazione al sistema risarcitorio"; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones. Teoria general de la obligacion, del contrato y del acto ilicito*, t. 2, vol. I, Madrid, 1987, 18. Significativo che negli ordinamenti che non esigono *per tabulas* la possibilità di valutazione economica, questa sia comunque considerata indispensabile per aversi la tutela per equivalente; così, rispetto al sistema spagnolo, P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, *La obligación. Concepto, estructura y fuentes*, Madrid, 1989, 72; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, Pamplona, 2008, 108-109. Alla stessa soluzione giungeva già il diritto romano, come attesta il brocardo secondo cui "*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*" (D. 40.7.9.2.).
[45] G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ*., 1962, I, 237, al quale si rinvia per il più approfondito esame della questione e delle tesi presenti in letteratura e giurisprudenza (231 ss.).
[46] Così L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1946, 153, il quale aggiunge che "già l'art. 1218 presuppone e postula la valutabilità in danaro della prestazione, cioè la sua patrimonialità".
[47] Su questa sostituzione di una nuova obbligazione alla precedente, A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 225; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 2-3; A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, cit., 13 ss., che non manca di porre in risalto la connessione alle regole della responsabilità patrimoniale. Negli stessi termini, discorrendo dell'obbligazione nel diritto

insieme con la possibilità di dare un valore economico all'utilità connessa alla prestazione (art. 1174 cod. civ.), a permettere tale sostituzione[48]. Le conseguenze dell'inadempimento sono limitate alla sfera patrimoniale perché solo patrimoniale è la garanzia a carico del debitore. L'art. 2740 cod. civ. individua il riferimento oggettivo per le pretese del creditore; la sua natura patrimoniale condiziona la disciplina della prestazione ed anche quella del suo inadempimento.

La condanna è rivolta all'esecuzione[49], e poiché non sempre è possibile eseguire la prestazione dovuta contro la volontà del debitore, la prestazione originaria viene sostituita[50] da quella che ha per oggetto l'obbligo di consegnare una somma di denaro[51]. Anche nei casi in cui la natura della prestazione rimane la stessa, l'obbligazione dedotta nella condanna non è coincidente a quella inadempiuta[52], ma si modifica sul piano quantitativo e qualitativo. Se già consisteva nella consegna di una somma di denaro, l'obbligazione si arricchisce degli interessi (art. 1224 cod. civ.); soprattutto, cambiano la fonte e il titolo del rapporto - inteso

---

romano, ma con affermazioni diverse per i sistemi moderni (100 ss.), E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 95, per il quale "nella sentenza di condanna, alla primitiva prestazione, concreta e specifica, che il debitore doveva al creditore, si sostituisce sempre di necessità, come perfetto equivalente giuridico, una generica prestazione di danaro a titolo di risarcimento"; R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 7-8; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2017, 889. Di diverso avviso parrebbe S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 15, nel sostenere che "l'obbligazione di risarcimento non è una obbligazione nuova che si aggiunge o sostituisce a una vecchia (o che sorge da un atto illecito: art. 2043), ma è la stessa obbligazione, l'unica obbligazione, che garantisce l'interesse del creditore al conseguimento della cosa".

[48] Segnala A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, cit., 16, che "la conversione dell'obbligazione principale in un'obbligazione risarcitoria di natura pecuniaria richiede, sia sul piano sistematico che su quello tecnico, un'apposita norma che vincoli esplicitamente il patrimonio del debitore al soddisfacimento delle ragioni del creditore".

[49] Secondo E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 94-95, "l'*azione* coordinata all'aspettativa di soddisfazione - prima quale azione di condanna, poi quale azione esecutiva - può [...] essere definita come [...] il potere di porre in essere le condizioni *per realizzare la destinazione* giuridica di un bene della vita, ad altri pertinente, *a servire di soddisfazione* per un evento determinato. O più brevemente: il potere di promuovere la realizzazione d'una responsabilità (che nel rapporto d'obbligazione è precostituita all'inadempimento" (corsivi dell'Autore).

[50] Su tale dinamica, ed il senso della sostituzione oggettiva, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 12 ss.; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., nei casi in cui non è ammessa l'esecuzione in forma specifica, "v'è un primo imperativo che crea il *debito primario*. V'è inoltre un secondo imperativo [...], che crea in *luogo* del debito precedente un debito *secondario* suscettibile, esso soltanto, di esecuzione forzata diretta. V'è infine un terzo imperativo [...], il quale crea la responsabilità coordinata a codesto debito secondario" (corsivi dell'Autore). Per G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927, 44, "ciò che i creditori ottengono in via esecutiva, per essere rimasto inadempiuto il debito, è sempre e in ogni caso un surrogato della prestazione, la quale non può propriamente essere adempiuta che mediante un atto volontario del debitore".

[51] Il diverso atteggiarsi della responsabilità in considerazione del debito induce E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 96; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 68 ss. ad isolare tre possibilità. Negli ordinamenti antichi si risponde dell'inadempimento perdendo la libertà personale o l'intero patrimonio; si registra un'assoluta discordanza tra utilità attesa dal creditore attraverso la prestazione e bene con cui si risponde. Nei sistemi moderni l'interesse frustrato dall'inadempimento viene realizzato in due modi: con la creazione di un obbligo secondario di dare una somma di denaro, in quanto tale suscettibile di surrogazione; facendo conseguire al creditore la stessa utilità che avrebbe ricevuto dall'adempimento, con l'esecuzione in forma specifica, la quale realizza allora proprio l'aspettativa attesa (così anche a pag. 77).

[52] Per C. PETRUCCI, *Condanna in generale (dir. proc. civ.)*, cit., 712-713, la prestazione inadempiuta non può considerarsi mai la stessa oggetto della condanna.

questo come la causa che giustifica e caratterizza l'obbligazione[53] -, come conferma la decorrenza di un nuovo termine di prescrizione (art. 2935 cod. civ.). Dell'una si accerta l'inadempimento; dell'altra si comanda l'esecuzione. La nuova obbligazione, ancora affidata alla spontanea esecuzione del debitore, si costituisce per la condanna del giudice. Come la responsabilità da sola è necessaria ma non sufficiente a realizzare l'interesse creditorio[54]; così pure la condanna è necessaria ma insufficiente allo scopo[55]: la nuova obbligazione può essere spontaneamente eseguita - avendosi allora l'esecuzione volontaria dell'obbligo secondario[56], successivo all'inadempimento del primo - o rimanere anch'essa inadempiuta, nel qual caso è possibile passare all'aggressione del patrimonio garante[57]; cioè al patrimonio del responsabile[58]. L'inerzia del debitore è sostituita dall'attività di un ufficio esecutivo[59], idonea a conseguire un surrogato della prestazione[60].

Disciplina sostanziale dell'obbligazione e disciplina processuale delle azioni, sia di condanna che esecutive, condividono la necessità di soddisfare l'interesse creditorio e sono ad esso strumentali[61]: la responsabilità isola il riferimento oggettivo per la condanna e ne garantisce l'efficacia qualora l'ordine del giudice non venga obbedito[62].

---

[53] Così, distinguendo il titolo dalla fonte, P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Camerino, 1972, 119. Per P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, cit., 161, "la distinzione tra 'fonti' e 'titolo' può dunque fondarsi su ciò, che la prima necessariamente si riferisce al momento costitutivo del rapporto, ed allora, come si è detto, vi è sostanziale coincidenza di significato delle parole. Riguardata storicamente, la fonte è perciò un fatto di natura immutabile (contratto, illecito, o altro atto o fatto), mentre nel concreto svolgersi del rapporto l'obbligazione può, dall'autonomia dei privati, essere riportata od atteggiata secondo le modalità proprie della specifica fonte negoziale".

[54] È in ogni caso necessario l'accertamento dell'inadempimento e, nei casi in cui la prestazione non sia fungibile, la sostituzione con una nuova, suscettibile di esecuzione coattiva; così R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 230-231.

[55] In questi stessi termini, C. PETRUCCI, *Condanna (dir. civ.)*, cit., 710-711, il quale osserva come invece le pronunce di mero accertamento e costitutive raggiungano immediatamente lo scopo.

[56] R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 230, discorre di due diverse obbligazioni, una primaria e di un'altra secondaria, la quale presuppone l'inadempimento della prima.

[57] Così V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914, 74, per il quale "nel giudizio di cognizione ciò che il creditore domanda è che sia condannato il debitore ad *eseguire la prestazione* che gl'incombe (in quanto sia ancora possibile ed utile) o a *prestare* il risarcimento dei danni, o l'una cosa e l'altra; sempre dunque s'invoca, come riconoscimento del proprio diritto, che s'ingiunga all'obbligato un'*azione* in conformità a ciò che forma in primissima linea l'oggetto del vincolo. Solo perseverando la sua *inazione*, se ne aggrediranno i beni, entrando così in una seconda fase, la fase esecutiva, conseguenziale sì alla prima, ma non necessaria" (corsivi dell'Autore); U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 63; A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, cit., 15; C. PETRUCCI, *Condanna (dir. civ.)*, cit., 710, secondo il quale "rispetto alle altre forme di tutela giurisdizionale (sentenze di mero accertamento o costitutive), i provvedimenti di condanna presentano una caratteristica che è loro peculiare: l'attitudine a rimanere inadempiuti"; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 9.

[58] La necessità della condanna naturalmente non si pone in presenza di un titolo esecutivo stragiudiziale.

[59] Così S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 129, per il quale "in tutte le forme coattive di realizzazione dei diritti ha luogo la sostituzione di un soggetto - il debitore - a mezzo di altri soggetti che formano insieme l'ufficio esecutivo".

[60] G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 235: "ciò che i creditori ottengono in via esecutiva, per essere rimasto inadempiuto il debito, è *sempre e in ogni caso un surrogato della prestazione la quale non può propriamente essere adempiuta che mediante un atto volontario del debitore*" (corsivo dell'Autore).

[61] In tal senso, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 4; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 72-73; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 20-21, affermando che "premessa e conseguenza, obbligazione e azione di condanna formano una *sintesi*, al di fuori della quale la premessa perderebbe il suo valore logico di premessa, l'obbligazione perderebbe il suo *valore giuridico di ragione dell'azione*. Tanto per il diritto romano classico, quanto per il diritto moderno, tra la obbligazione dall'un lato e l'azione di condanna e di

L'idea che sia la responsabilità patrimoniale a consentire e al tempo stesso imporre la conversione dell'originaria prestazione in una risarcitoria, avente ad oggetto una somma di danaro, fungibile ed eseguibile attraverso l'espropriazione e la vendita dei beni compresi nel patrimonio garante, risulta complementare alla prospettiva secondo cui l'esecuzione in forma specifica - intendendosi quella che prescindendo da tale conversione riesce ad attuare coattivamente lo stesso oggetto della prestazione - non rientrerebbe nell'area della responsabilità patrimoniale[63].

4. Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione

Alla luce delle considerazioni svolte risulta palese anche il nesso tra responsabilità patrimoniale e art. 2910 cod. civ.. La disposizione, al suo primo comma, prevede che "il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può fare espropriare i beni del debitore, secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile". Il comma successivo aggiunge che "possono essere espropriati anche i beni di un terzo quando sono vincolati a garanzia del credito o quando sono oggetto di un atto che è stato revocato perché compiuto in pregiudizio del creditore".

---

esecuzione forzata dall'altro corre un nesso non puramente estrinseco, bensì intrinseco, non accidentale, bensì necessario" (corsivi dell'Autore).

[62] Per A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, cit., 16, "il disposto del primo comma dell'art. 2740, se da un lato riveste una portata precettiva probabilmente modesta, svolge tuttavia un'importante funzione sul piano del coordinamento intrinseco del sistema, in quanto collega senza soluzioni di continuità il versante della disciplina sostanziale dell'obbligazione con il versante processuale della tutela dei rapporti obbligatori".

[63] Così soprattutto G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, cit., 326 ss., il quale per sostenere la conclusione afferma: che uno dei caratteri della responsabilità patrimoniale è, in forza del legame tra l'art. 2740 e l'art. 2741 cod. civ., la potenziale concorsualità, la quale risulta incompatibile all'esecuzione diretta (328); che l'esecuzione diretta tutela non tanto il credito, quanto diritti di natura reale ed assoluta (328-329); che l'esecuzione specifica ricade su uno specifico bene, mentre la garanzia disciplinata dall'art. 2740 è per definizione generica (329); che solo escludendo il nesso tra esecuzione diretta e garanzia patrimoniale generica riesce a spiegarsi il senso dell'art. 607 cod. proc. civ., il quale prescrive a chi abbia agito per la consegna coattiva di un bene pignorato di far valere le sue ragioni con l'opposizione riservata dall'art. 619 cod. proc. civ. al proprietario o al titolare di altro diritto reale sui beni pignorati (329-330); che il creditore di una specifica *res* o di una prestazione di fare o non fare non potrebbe agire per il sequestro conservativo dello specifico bene né, in seguito ad una sentenza di condanna, chiedere la conversione di quel sequestro in pignoramento (330). Per la stessa opinione, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 148; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 15; L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, cit., 86 ss.; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 6 (come pure alle pp. 336 ss.); C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 3; F. FERRARA JR.-A. BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 5-6; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 46 ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato Vassalli*, vol. XIV, t. 4, Torino, 1994, 153 ss.; E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012, 70; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato Sacco*, Milano, 2011, 20; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 45 ss..

Di contrario avviso, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 124, per il quale non sarebbe corretto affermare che quella in forma specifica è esecuzione del solo debito e non anche della responsabilità; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 68 nonché, soprattutto, 74 e 105 ss.; R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 5-6, per il quale "se potenzialmente tutti i beni del debitore sono a disposizione del creditore per la realizzazione coattiva del suo diritto, *a fortiori* è a disposizione del creditore il bene dovuto quando lo si possa individuare nel patrimonio del debitore e farne oggetto dell'azione esecutiva"; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 11; A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1990, 12. Secondo R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 228-229, l'esecuzione in forma specifica trae fondamento nella garanzia generica, il cui significato è però soprattutto quello di estendere la responsabilità a beni diversi da quello cui si riferisce la prestazione.

La norma che il testo consegna trova il proprio antecedente in quella dell'art. 2740 cod. civ.[64], ma assume un contenuto più limitato per alcuni profili e più ampio per altri.

Più limitato perché l'art. 2910 cod. civ. disciplina la sola espropriazione sui beni presenti[65]. Alla responsabilità patrimoniale fanno capo istituti ulteriori, i quali pure sono al servizio dell'interesse creditorio: possono richiamarsi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale e l'estinzione per compensazione[66]. Appare perciò riduttivo guardare alla responsabilità patrimoniale unicamente in funzione della tutela esecutiva[67].

Contenuto più ampio, invece, perché mentre l'art. 2740 cod. civ. prende in considerazione la sola garanzia generica costituita *ex lege* sul patrimonio del debitore, l'art. 2910 cod. civ., nel suo secondo comma, estende l'oggetto dell'espropriazione ai beni di soggetti estranei al rapporto obbligatorio e a quelli per i quali sia utilmente esperita l'azione revocatoria[68], che non possono dirsi "presenti" nel patrimonio del debitore[69]. Inoltre, l'ammontare dell'obbligazione condiziona l'oggetto dell'esecuzione, ma non quello della responsabilità, che è in ogni caso l'intero patrimonio. Nel diritto moderno[70] si deve distinguere l'oggetto

---

[64] Così, insieme ad altri, S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 36, per il quale "l'uno e l'altro articolo esprimono in termini di legge il complicato processo che va dal sorgere dell'obbligazione al soddisfacimento dell'interesse"; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 126, secondo il quale "la potestà dello Stato [manifestantesi nell'esecuzione forzata], senza la responsabilità patrimoniale, non saprebbe dove e come applicare la sua forza, per quanto immensa questa si dica, né quali oggetti colpire, né come colpirli, né come dar servigio alle obbligazioni tutelate". A sostegno di queste considerazioni si può portare quella di ALF. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 39: "nel processo esecutivo, come del resto nel processo di accertamento, non si creano diritti nuovi, ma si realizzano diritti preesistenti". In maniera diversa G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Milano, 1975, 77, il quale inverte il rapporto fra art. 2740 e 2910 cod. civ.: "dal fatto che il creditore può far espropriare i beni del debitore inadempiente deriva che costui risponde patrimonialmente nei confronti del primo; le posizioni vanno dunque, sotto questo profilo, rovesciate poiché l'essere responsabile col proprio patrimonio è la conseguenza e non la causa dell'essere soggetti all'espropriazione forzata".

[65] Mentre l'art. 2740, comma 1, cod. civ. espressamente richiama i beni sia presenti che futuri, il riferimento contenuto nell'art. 2910 cod. civ. ai "beni" senza specificazioni circoscrive il campo a quelli che sono presenti al momento dell'esecuzione; in tal senso G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 233-234 (e anche a 247 ss.); S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 39.

[66] Per la tesi che esclude la compensazione dalle forme di adempimento, P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 79.

[67] G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, cit., 318-319, per il quale "la funzione della delineata garanzia è evidentemente quella di dare, nei limiti del possibile e del consentito, al creditore una preventiva assicurazione che il debitore onorerà la propria obbligazione, e che in mancanza egli potrà conseguire quanto dovuto; essa, dunque, non si esaurisce con l'espropriazione dei beni dopo l'inadempimento" (318). Di contrario avviso, B. GAMBINERI, *Garanzia e processo. I. Fattispecie e struttura*, Milano, 2002, 9, per la quale la responsabilità patrimoniale "si risolve nel potere del creditore di agire esecutivamente sui beni del debitore per la realizzazione del proprio diritto"; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 888, per il quale responsabilità è "soggezione del debitore alla sanzione".

[68] Per la ricostruzione del dibattito sull'efficacia della revocatoria, prima che fosse risolta dal legislatore per l'inefficacia relativa (artt. 2901 e 2902 cod. civ.; artt. 602 e 604 cod. proc. civ.), A. BREGOLI, *Effetti e natura della revocatoria*, Milano, 2001, 1 ss.. Il meccanismo dell'inefficacia relativa è descritto con assoluta chiarezza da A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, 168-169: "la pronuncia di revoca non determina il ritorno del bene nel patrimonio del debitore, e quindi non intacca la validità dell'atto né la sua efficacia *inter partes*, ma consente solo la soggezione del bene, che rimane nel patrimonio del terzo, all'azione esecutiva del creditore che ha agito in revocatoria".

[69] Opportunamente R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria. Parte generale*, Torino, 1955, 84, pone in risalto come i beni oggetto della revocatoria possano essere anche beni che non fossero "presenti" quando l'obbligazione si è costituita (come nel caso della revoca di un atto anteriore al debito), e quindi a stretto rigore estranei all'oggetto della responsabilità, poiché né presenti né futuri.

[70] Per considerazioni estese al diritto romano, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 119; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit.,

della responsabilità, che per tutti i creditori è l'intero patrimonio garante, da quello dell'esecuzione, che varia a seconda di ciascuna obbligazione[71]. La responsabilità si estende all'intero patrimonio ed è identica per ogni creditore, mentre la possibilità di aggredire il patrimonio varia in considerazione del credito[72] ed impedisce di far valere la responsabilità su beni ulteriori rispetto a quelli che appaiano sufficienti a soddisfare la pretesa (artt. 483, 496, 504 cod. proc. civ.)[73]. Nel contrasto tra tutela del credito e della proprietà l'ordinamento individua il punto di compromesso in una soluzione che, senza compromettere la prima, non limita la seconda oltre il necessario: oltre al diritto del creditore ad essere soddisfatto, l'ordinamento riconosce quello del debitore a non subire un sacrificio eccessivo rispetto a tale scopo[74].

5. Universalità della responsabilità patrimoniale: "con tutti i suoi beni presenti e futuri"

Quanto all'oggetto della responsabilità, l'art. 2740, comma 1, cod. civ., stabilisce che il debitore risponde "con tutti i suoi beni presenti e futuri", da cui si ricava il predicato universale della responsabilità.

Nel campo giuridico tale espressione serve in genere a designare l'oggetto di un istituto, individuandolo nel più ampio possibile[75]. Con riguardo alla responsabilità patrimoniale, l'universalità designa appunto il vincolo esteso a tutti i beni del debitore, sia presenti che futuri, per il soddisfacimento del creditore; lo stesso predicato non si addice invece alle

---

68 ss., il quale delinea tre possibili modelli: quello nel quale l'esecuzione è slegata dalla prestazione, riguardando la persona del debitore o l'intero patrimonio a prescindere dall'entità del debito (discordanza assoluta di debito e responsabilità); quello nel quale l'esecuzione attua un obbligo secondario pecuniario di risarcimento (discordanza relativa di debito e responsabilità); quello nel quale l'esecuzione attua esattamente la prestazione rimasta inadempiuta (concordanza assoluta di debito e responsabilità).

[71] Così S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 193; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 15 (e ancor più chiaramente a 227 ss.). Secondo F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. I, Padova, 1929, 172, "*oggetto della esecuzione* e *oggetto della responsabilità* sono due cose diverse: oggetto della esecuzione è ciò che *viene tolto*; oggetto della responsabilità ciò che *può venire tolto* al debitore e perciò costituisce oggetto *potenziale*, non attuale della esecuzione" (corsivi dell'Autore).

[72] Considerazioni analoghe sono svolte da E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 125 ss.. Sembra invece riferire la limitazione direttamente alla responsabilità E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 185 e 195, ove si legge che "essa responsabilità grava sul patrimonio del debitore ne' *limiti del credito* su di esso garantito" (corsivo dell'Autore); E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 141, per il quale "sino a che il valore del credito o dei crediti resta inferiore al valore della totalità del patrimonio, garanzia attuale delle obbligazioni contratte non è il patrimonio nella sua totalità. È tale nella misura di una *porzione ideale* congrua e *pari al valore del credito* o dei crediti" (corsivi dell'Autore).

[73] Diversamente stavano le cose nel diritto romano, il quale - come ricorda E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 159-160 ss. - conosceva principalmente forme di espropriazione universale, sulla persona del debitore o sull'intero suo patrimonio, volte ad indurre il debitore ad adempiere più che ad apprestare lo strumento per soddisfare il creditore in caso di inadempimento. Per una ricostruzione simile del sistema romanistico, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 227-228.

[74] Per E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 141, "il debitore ha [...] un fermo diritto a che l'esecuzione sia limitata a una quantità di beni corrispondente in modo approssimativo a quella porzione ideale del suo patrimonio, che equivale al credito o ai crediti da eseguire".

[75] Si ha allora riguardo all'accezione oggettiva del termine "universale", mediante la quale si indica una qualità comune a più cose, e non a quella soggettiva, la quale designa la possibilità di un giudizio di valore condiviso da tutti; per tale distinzione, N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, cit., 896 ss..

ipotesi di responsabilità, anch'essa patrimoniale, "localizzata" su specifici beni[76]. Si tratta di una regola ripresa dal vecchio art. 2092 del *code Napoléon*[77] (oggi art. 2284), condivisa dagli altri ordinamenti di *civil law*[78] e già presente nel codice civile del 1865[79], anticamente considerata l'espressione di un principio di diritto naturale[80]. Mentre la prestazione alla quale il debitore è obbligato è per sua natura limitata; l'oggetto della responsabilità è illimitato in virtù della regola stabilita dall'art. 2740, comma 1, cod. civ.[81].

Il discorso sull'universalità può muovere dalla natura soltanto patrimoniale della responsabilità[82]. Quando l'art. 2740, comma 1, cod. civ. stabilisce con cosa il debitore risponde, chiarisce anche cosa non fa parte della responsabilità, la quale non coinvolge la persona del debitore[83]. Al soddisfacimento dell'interesse creditorio è destinato l'intero patrimonio garante, ma è esclusa ogni pretesa del creditore verso la persona obbligata; con

[76] Sulla diversa logica della responsabilità patrimoniale universale del debitore, per la quale i beni sono in garanzia per la loro connessione con il responsabile delle obbligazioni, e di quella "localizzata" su specifici beni, la cui garanzia determina la responsabilità del titolare per la obbligazione, soprattutto G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 145 ss..

[77] Ai sensi di questa disposizione "quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir".

[78] Par. 4.

[79] V. nt. 35.

[80] È l'opinione difesa da M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Des Priviléges et hypothèques, ou commentaire du tit. XVIII, liv. III, code civil*, t. 1, Bruxelles, 1804, 31, per il quale "une loi dictée par la conscience, *non scripta, sed nata lex*, devait commander au débiteur aussi sévèrement aujourd'hui de satisfaire à ses engagements par tous les moyens en son pouvoir, et devait permettre au créancier de l'y contraindre en s'emparant des biens *qu'il possédait*" (corsivi dell'Autore). L'idea è evidentemente ancora presente in Francia, se F. TERRÉ-P. SIMLER-Y LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1999, 920, bollano le disposizioni sulla responsabilità come "à l'évidence redondantes". Contro la pretesa giusnaturalistica R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria. Parte generale*, cit., 84, fa presente la compatibilità logica tra responsabilità patrimoniale e sue limitazioni.

[81] La distinzione tra debito, per sua natura determinato, e responsabilità, invece limitata, è tracciata con chiarezza da F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 307; V. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Giur. comm*., 1982, I, 260.

[82] Per E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, cit., 45-46, "la proposizione linguistica secondo la quale «il debitore risponde dell'adempimento con tutti suoi beni» altro non significa se non che sul patrimonio del debitore ricadono le conseguenze dell'inadempimento. Assunto un dato della realtà (o, meglio, già una elaborazione concettuale: il patrimonio), esso diviene il riferimento oggettivo di un fenomeno che ha esistenza soltanto nel mondo del diritto (la tutela giurisdizionale) ed in funzione strumentale alla definizione di un aspetto della disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni (l'azione esecutiva)".
Come nota V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato Rescigno*, vol. XIX, t. 1, Torino, 1997, 504; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1048, non è da escludere che l'inadempimento possa determinare conseguenze giuridiche anche di carattere extrapatrimoniale, come nei casi in cui le modalità dell'inadempimento assumano rilevanza penale. G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 2 ss.; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 149, pongono in risalto come le conseguenze personali dell'inadempimento non siano l'effetto di questo soltanto, ma di sue particolari caratteristiche. Anche chi, come M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Des Priviléges et hypothèques, ou commentaire du tit. XVIII, liv. III, code civil*, t. 1, cit., 32, considera l'abolizione della responsabilità personale una conseguenza della scoperta "du véritable droit naturel" e dell'affermazione che "la personne de l'homme y est sacrée" rileva come in circostanze limitate e tali da coinvolgere interessi ulteriori rispetto a quello del creditore, l'inadempimento possa comportare limitazioni alla libertà personale del debitore.

[83] In questi termini, R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Sub art. 1911*, cit., 322-323; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 148.
Sui possibili oggetti della responsabilità si sofferma E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 44-45, individuandone tre: la persona fisica del debitore; l'intero patrimonio del soggetto responsabile; una cosa singola o un complesso di beni.

espressione latina, "*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*"[84]. La scelta del codice è in linea con le altre regole del rapporto obbligatorio: come la prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica, allo stesso modo il risarcimento deve consistere in una prestazione economicamente apprezzabile e, ancora, l'oggetto della garanzia è rappresentato da cose le quali, potendo essere oggetto di espropriazione, sono suscettibili appropriazione e di valutazione economica.

Oggetto della garanzia sono allora soltanto i beni[85]; tutti i beni, a prescindere dal titolo d'acquisto[86].

L'art. 2740, comma 1, cod. civ., innovando rispetto al codice del 1865[87], aggiunge una precisazione: beni sia presenti che futuri, senza però chiarire con quale criterio distinguere gli uni dagli altri.

Le posizioni della dottrina possono raccogliersi intorno a tre orientamenti.

A seguire quello minoritario, sarebbero presenti i beni che si trovano nel patrimonio del debitore al momento in cui l'azione esecutiva viene esercitata, in maniera tale da spiegare il riferimento a quelli beni futuri con la persistenza della responsabilità anche in seguito ad una esecuzione insoddisfacente[88].

In altra direzione va la tesi prevalente, la quale tiene conto del momento in cui si costituisce l'obbligazione, considerando presenti i beni che sono allora nel patrimonio del debitore e futuri quelli che sopraggiungono successivamente[89].

---

[84] È questa la famosa formula adoperata da Tito Livio (LIV., VIII, 28). Per l'originaria concezione dell'obbligazione come legame fisico, *vinculum*, *nexum* del debitore al creditore, e la sua progressiva trasformazione - soprattutto con la Lex Poetelia Papiria del 326 a. C. - in vincolo tra patrimoni, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987, 407 ss.; G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 212 ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 67-68; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 66-67; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 2015, 9-10.

[85] Il riferimento ai "beni" anziché alle "cose" è spiegato da C. PUNZI, *Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1989, 738, con la volontà di ricomprendere nell'oggetto della responsabilità anche i beni immateriali e le cose oggetto dei diritti di più soggetti.

[86] V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 504; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1048, rileva che nemmeno la provenienza illecita esclude il bene dalla garanzia generica. Così pure G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimon*iale, cit., 80.

[87] L'art. 1948 del codice previgente non richiamava i beni presenti e futuri, prescrivendo che il debitore fosse "tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili".

[88] F.S. GENTILE, *Il nuovo codice civile commentato. Libro sesto. Della tutela dei diritti.* Sub *art. 2740*, Napoli, 1958, 195, il quale afferma che "per beni '*futuri*', poi, [...] debbono intendersi tutti quei beni che pervengono al debitore anche dopo che si è concretata la sua responsabilità e fino al momento in cui l'obbligazione (o il suo equivalente) non sia stata integralmente soddisfatta. In altri termini," – prosegue l'Autore – "qui la norma vuol dire che l'azione esecutiva infruttuosa non esaurisce la responsabilità del debitore, che si estende anche a quei beni che in avvenire siano per pervenirgli" (corsivo dell'Autore).

[89] R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 10-11; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. I, cit., 178; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 11; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, cit., 206; P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, 290, il quale precisa che "futuri sono non soltanto i beni che, successivamente alla nascita del debito, entrano nel patrimonio del debitore, ma tutti quelli che, al momento della nascita del debito, sono considerati futuri"; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 506; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1049; C. PUNZI, *Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione*, cit., 739-740; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, 18-19; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*,

In posizione intermedia si colloca l'altra posizione, secondo la quale il riferimento ai beni futuri riguarderebbe quelli successivi alla costituzione del rapporto, mentre quello ai beni presenti riguarderebbe i beni inclusi nel patrimonio al tempo dell'esecuzione[90].

Tra questi orientamenti pare preferibile il secondo. Alcuni argomenti a suo favore vanno rinviati alle pagine e ai paragrafi seguenti. Ora può essere sufficiente osservare che l'esistenza di beni futuri nella garanzia generica è indicata dall'art. 2740, comma 1, cod. civ. come necessaria e non meramente eventuale, come invece sarebbe se si volesse circoscrivere il riferimento a quelli futuri unicamente alle ipotesi in cui l'azione esecutiva non riesca a soddisfare il creditore. Il riferimento ai beni futuri estende il vincolo a quelli che sopravvengono nel patrimonio dopo la costituzione del rapporto obbligatorio[91]. In questo modo si consente al responsabile di esercitare la propria attività economica[92], in linea con lo scopo di consentire la circolazione della ricchezza[93] e permettere così agli individui di soddisfare i propri bisogni materiali[94]. In numerose ipotesi è proprio l'attesa di incrementi nel patrimonio del debitore a giustificare l'erogazione del credito; il che non esclude che tra i beni futuri rientrino anche quelli che confluiscono nel patrimonio del debitore per un fatto imprevisto e quindi estranei all'affidamento del debitore[95]. Il riferimento ai beni presenti al momento in cui si costituisce l'obbligazione risulta coerente proprio rispetto alla necessità di tutelare l'affidamento: il principio di universalità, così inteso, consente al creditore, almeno nei casi in cui l'obbligazione è volontariamente contratta, di conoscere la consistenza patrimoniale da considerare nell'assumere le proprie decisioni.

Dal principio di universalità ne discende un altro in materia di responsabilità patrimoniale, che è sancito dall'art. 2741 comma 1, cod. civ.. Questa disposizione prevede il concorso paritario dei creditori, stabilendo che essi "hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni

---

cit., 221; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 7-8; G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Aa. Vv., Milano, 2013, 37; G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 368; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones. Teoria general de la obligacion, del contrato y del acto ilicito*, cit., 166.

[90] F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. I, cit., 178.

[91] Per V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit. 76, il debitore "non potrà spiegare le sue energie produttrici, non esercitare la sua capacità di acquisti senza fornire con ciò, anche suo malgrado, nuova materia all'espropriazione forzata da parte dei suoi creditori".

[92] P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, cit., 206, "l'esistenza di obbligazioni che gravano sui soggetti non è ragione sufficiente a paralizzarne l'attività per conservare immutato il patrimonio su cui i terzi potevano fare affidamento. Perciò nella regola è sottintesa anche la libertà, in linea di principio spettante al debitore, di compiere attività che accrescano o diminuiscano i suoi beni. La legge consente ai creditori di intervenire solamente se l'attività o la condotta dell'obbligato mettono in pericolo la «conservazione della garanzia patrimoniale» (art. 2900 ss.)".

[93] Su tale funzione dell'obbligazione, L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 71-72. A questa funzione, per così dire "dinamica" se ne accompagna una "statica" e conservativa, segnalata da F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 32-33: "la funzione emerge dal considerare l'obbligazione dal punto di vista della sua fonte, delle ragioni che ne giustificano la nascita. Sotto questo secondo profilo, si suole distinguere tra fonte contrattuale e illecito: la prima, che è volta alla circolazione dei beni e alla distribuzione della ricchezza, realizzerebbe una funzione attiva e dinamica; l'altro, inteso a conservare contro ingerenze altrui l'assetto esistente, assolverebbe invece una funzione statica".

[94] Sottolinea S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 15, che "tutta l'obbligazione tende strumentalmente a far conseguire al creditore un bene (somma di danaro), cioè a costituire un diritto sul bene, una situazione giuridica finale, che consenta la soddisfazione dell'interesse".

[95] L'inclusione tra quelli futuri anche di beni sui quali non fosse possibile fare affidamento è sottolineata da R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 10; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 18-19.

del debitore, salve le cause legittime di prelazione". Poiché i creditori di uno stesso debitore confidano nella medesima garanzia generica, è necessario stabilire il criterio regolatore dei conflitti tra più creditori su uno stesso patrimonio[96]. L'uguaglianza prescritta dalla norma presuppone un elemento comune, che è dato non tanto dal rivolgersi le pretese verso uno stesso soggetto[97], quanto dall'essere garantite con il medesimo patrimonio[98]: "è proprio *l'unicità del patrimonio del debitore* e *la pluralità delle pretese* che v'insistono a legare tra loro i pretendenti"[99], sicché la regola della *par condicio* "è una logica conseguenza dell'identità dell'oggetto"[100].

[96] La funzione di regolazione dei conflitti caratteristica di ogni norma è posta in risalto, *ex multis*, da N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 290. Chiarissimo in tal senso anche E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1962, 839 nel considerare che "nella vita di relazione si fanno valere e si fronteggiano in perenne vicenda interessi divergenti e contrastanti affermando l'esigenza di realizzare o proteggere beni o valori, che non possono avere attuazione pari e congiunta, ma solo attuazione differenziata secondo un rango di subordinazione. Ed ecco che a stabilire un rango siffatto deve intervenire, sulle orme della coscienza sociale, l'ordine giuridico. Specie nel campo del diritto privato si presentano problemi di convivenza, nella soluzione dei quali la disciplina delle norme si trova a dover prendere posizione rispetto a categorie d'interessi socialmente rilevanti in giuoco e in concorso fra loro: il che richiede, nel processo di nomogenesi, una loro valutazione comparativa, che poi il giudice deve tenere presente nell'interpretazione delle norme, rispecchiandola nella massima della decisione da adottare". Allo stesso modo F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992, 15, nel rilevare che "l'ordine giuridico compone conflitti di interessi con norme generali, le quali subordinano le une alle altre determinate categorie di interessi imponendo ai portatori degli interessi subordinati un determinato contegno a favore dei portatori degli interessi prevalenti".

[97] In questo senso risulta corretta la formulazione dell'art. 2741, comma 1, cod. civ., che riferisce l'eguaglianza non all'essere soddisfatti dal debitore, ma al soddisfarsi sui suoi beni, ponendo così in luce tale elemento oggettivo comune. Critico invece verso i redattori della disposizione è G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 165, secondo il quale "l'art. 2741 ignora [...] il momento di pendenza della responsabilità patrimoniale [...] e ignora, inoltre, l'attuazione senza soddisfazione della stessa responsabilità patrimoniale".

[98] Già secondo M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Des Priviléges et hypothèques, ou commentaire du tit. XVIII, liv. III, code civil*, t. 1, cit., 33, "la règle que les biens du débiteur sont la gage commun de ses créanciers est le corollaire du principe posé dans l'article précedent: *Qui s'oblige oblige le sien*" (corsivo dell'Autore). Il legame tra universalità e concorsualità è posto in risalto anche da G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, cit., 328, a giudizio del quale "se il debitore risponde con il suo intero patrimonio dell'adempimento *di ogni obbligazione*, è ovvio che tale regola valga per ciascun debito e per ciascun creditore" (corsivo dell'Autore); G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 85; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, 29, per il quale "la garanzia patrimoniale è universale in una duplice accezione: 1) perché tutti i beni del debitore costituiscono di norma la garanzia dei creditori (universalità); 2) perché essa tutela tutti i creditori (concorsualità)"; E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, cit., 80-81; P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 126. In posizione più spinta si trova la tesi di G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 3, secondo il quale si avrebbero non tanti rapporti di responsabilità quanti sono i creditori dell'unico debitore, bensì un unico rapporto di responsabilità patrimoniale tra il debitore e tutti i creditori; ossia "una responsabilità patrimoniale per ogni oggetto responsabile, a servizio di tutti i creditori tutelati e di tutti i titoli di tutela"; di qui l'idea dell'Autore del "concorso dei creditori come contitolarità di uno stesso unico rapporto di responsabilità patrimoniale".

[99] V. CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1236.

[100] Con queste parole, R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 18.

6. Unicità della responsabilità patrimoniale

Il tratto della universalità si presenta connesso anche a quello dell'unicità della garanzia[101].

Più che alla responsabilità o alla garanzia, che sono conseguenze, l'unicità andrebbe più correttamente riferita al loro oggetto, e cioè al patrimonio.

La considerazione convoca i problemi che circondano la nozione stessa di patrimonio. Esso è di regola formato da elementi diversi, accomunati da uno o più tratti comuni. La combinazione di più entità singole in un unico aggregato presuppone l'individuazione del criterio discretivo tra ciò che è incluso e ciò resta fuori[102]. "Non è *patrimonio* un'accozzaglia di beni: occorre un vincolo unificativo per la nozione del patrimonio"[103].

La nozione classica di patrimonio è quella più coerente rispetto all'idea dell'unicità, intorno alla quale quel principio si è formato. Essa prende in considerazione due profili: la possibilità di valutazione economica[104]; l'unicità del titolare[105]. Di qui la definizione del patrimonio come "l'aggregato di tutti i rapporti attivi e passivi che mettono capo a una persona"[106]. In natura non esiste il patrimonio, ma solamente singole cose; quelle suscettibili di valutazione economica sono beni; i beni riferibili ad un medesimo soggetto ne formano il patrimonio[107].

---

[101] La connessione tra i due principi è riconosciuta da G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993, 286-287, il quale per illustrare il principio di unicità del patrimonio richiama proprio l'art. 2740 cod. civ.; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, 75, per il quale "dall'art. 2740 c.c. discende il carattere *universale* della responsabilità patrimoniale, che si declina nell'*inscindibilità* del patrimonio del debitore" (corsivi dell'Autore). Per G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 136 ss., l'universalità della garanzia sarebbe invece indipendente dall'unicità del patrimonio garante.

[102] Sull'eterogeneità dei criteri di coerenza ed incoerenza con riguardo al patrimonio, A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 17-18.

[103] G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ*., 1910, 625 (corsivo dell'Autore).

[104] Sulla necessità di poter dare una valutazione economica, V.M. TRIMARCHI, *Patrimonio*, in *Enc. dir*., vol. XXXII, Milano, 1982, 273, il quale ricollega tale requisito direttamente all'art. 1174 cod. civ..

[105] Secondo B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, vol. I, pt. 1, Milano-Roma-Napoli, 1902, 180, "parlandosi di patrimonio di una persona, i diritti patrimoniali che le spettano si concepiscono non come singolo, ma come unità, come quell'unità, che consiste per loro appunto nello spettare a una persona". Per A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 19, "il principio di unificazione del patrimonio è dato dal ricollegamento di tutti i rapporti giuridici ad un soggetto. Impossibile quindi riconoscere in esso un'unità a sé stante ove lo si distacchi dal soggetto". Per V.M. TRIMARCHI, *Patrimonio*, cit., 280, "il patrimonio è una realtà (economica e) giuridica, costituita da un complesso di situazioni giuridiche soggettive risultante dalla unicità del titolare (una o più persone fisiche, una persona giuridica o unico gruppo non personificato)".

[106] L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1945, 32.

[107] La più compiuta esposizione del principio dell'unicità è da attribuire a C. AUBRY-C. F. RAU, *Cours de droit civil francais par C.S. Zachariae*, t. 2, Bruxelles, 1842, 334-335, secondo i quali "le patrimoine d'une personne comprend tous les biens sans dinstinction et même les biens innés de cette personne. [...] Il en résule [...] que la même personne ne peut, en règle général, posséder plus d'un patrimoine. [...] Le patrimoine n'est pas un objet extérieur, mais une pure abstraction. C'est la personalité même de l'homme mise en rapport avec les différents objets de ses droits. Il forme donc un tout juridique, une universalité de droit"; poco più avanti gli stessi Autori affermano che "le patrimoine n'êtant que la personnalité de l'homme consideré dans ses rapports avec les objets sur lesquels il peut avoir des droits à exercer" (339). Nello stesso senso, secondo C. VIVANTE, *Nota a App. Bologna, 8 giugno 1888*, in *Foro it*., 1888, I, 940, "una persona non ha che un solo patrimonio, qualunque sia lo scopo cui destina i beni che lo compongono". Il legame tra persona e patrimonio risulta di particolare intensità nella letteratura francese: per P. MALAUIRE-L. AYNÈS, *Droit civil. Les biens*, Paris, 1990, 16, "tout personne a un patrimoine, toute personne n'a qu'un patrimoine et tout patrimoine appartient à une personne"; allo stesso modo, J. CARBONNIER, *Droit civil. Les Biens. Les obligations*, vol. II, Paris, 2004, 1520, pur rilevando il numero elevato di patrimoni specializzati ammessi dalla legge e la portata sistematica dell'*enterprise unipersonelle à responsabilité limitée*, afferma che "la personalité étant indivisible, si le patrimoine est une émanation de la personalité, une même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine".

In questa prospettiva ciascuno può essere titolare di un solo patrimonio e, per una logica stringente, di un'unica responsabilità[108]. Con questa premessa, inoltre, nessun patrimonio può concepirsi senza un soggetto titolare[109].

Assunta una simile nozione, si può intendere perché l'unicità si declini nella inscindibilità. La separazione di alcuni beni dalla restante massa, a mo' di un insieme autonomo, sarebbe in urto contro il principio di unicità, poiché a un solo soggetto corrisponderebbero più masse patrimoniali[110].

Nonostante l'opposizione di una parte della dottrina[111], la teoria del patrimonio e quella della responsabilità patrimoniale sono state costruite intorno al dogma che associa a ciascun soggetto un solo patrimonio e ad ogni patrimonio un solo soggetto[112].

---

[108] Alla base dell'unicità G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 599-600, individua il concetto di inerenza giuridica; inerenza dei singoli beni al patrimonio e, soprattutto, di tale patrimonio al suo titolare.

[109] La più completa analisi sul tema del patrimonio senza soggetto risale a R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, 149 ss.. Da richiamare A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 98, per il quale sarebbe "appunto la nozione del patrimonio in senso giuridico che dimostra la ineliminabile esigenza di un soggetto il quale ne costituisce il necessario presupposto logico, il punto unitario costante di riferimento". Per Cass. civ., Sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605. in *Giur. comm*., 2011, II, 1128, con note di A.D. Scano, *Fondi comuni immobiliari e imputazione degli effetti dell'attività di investimento* e C. Ghigi, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, "l'ordinamento mal sopporta l'esistenza di un patrimonio privo di titolare".

[110] Nel ricostruire l'orientamento prevalente C. FADDA-P.E. BENSA, *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, vol. IV, Milano-Roma-Napoli, 1926, 197, affermano che "la ragione fondamentale per la indivisibilità è, che il patrimonio essendo emanazione della personalità, e l'espressione della podestà giuridica di cui una persona si trova investita, deve essere unico e indivisibile come la personalità". Per G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 600 "*ogni uomo* nello stadio odierno di civiltà (ogni uomo meno certe categorie in uno stadio anteriore, ogni *paterfamilias* ai primordi della proprietà individuale) ha, solo perché tale, un patrimonio che *ossibus inhaeret* della sua persona fisica. [...] Perciò stesso un individuo non può esser *proprietario di più patrimoni*. Se un individuo pretende colla destinazione d'un fondo speciale ad un dato commercio, separare la propria personalità commerciale dalla civile, fa cosa che la legge non può riconoscere". Secondo Cass., 28 aprile 2004, n. 8090, in *Giust. civ*., 2005, I, 1050, "la separazione è strumento eccezionale, di cui soltanto la legge può disporre, essendo diretto ad interrompere la normale corrispondenza tra soggettività e unicità del patrimonio, per destinare una parte di questo al soddisfacimento di alcuni creditori, determinando in tal modo la insensibilità dei beni separati alla sorte giuridica degli altri, in deroga ai principi fissati dagli art. 2740 e 2741 c.c.".

[111] Una risalente critica dell'unicità è svolta già da C. FADDA-P.E. BENSA, *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, vol. IV, cit., 192 ss., i quali concludono che "il principio della indivisibilità del patrimonio non sussiste"; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921, 871; F. FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 663 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*. *Parte generale*, Milano, 1929, 252, per il quale "intorno all'idea giuridica del patrimonio è dominante un'opinione assai singolare, fondata su astrazioni metafisiche, e senza base positiva, e perciò è bene prenderla in esame. [...]. L'unità del patrimonio deriva dall'unità della persona, poiché esso non sarebbe altro che un'emanazione della persona, anzi la persona stessa considerata nelle sue relazioni con gli oggetti esteriori, sui quali può e potrà avere dei diritti da esercitare: onde comprende non solo i diritti e i debiti attuali ma anche quelli futuri e potenziali. Di qui le conseguenze che il patrimonio è *unico, indivisibile, inalienabile*, e che non v'ha persona senza patrimonio" (corsivi dell'Autore).

[112] La posizione in commento è descritta da F. FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, cit., 665, dicendo che "ogni uomo ha un patrimonio ed un solo patrimonio, perché ogni uomo è persona ed una persona sola: il patrimonio non può distaccarsi dalla personalità, di cui è emanazione, perché la personalità è intangibile nei suoi essenziali attributi". Per F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1952, 376, "di regola, il patrimonio è *uno solo* per ogni soggetto; *non* si concepiscono *più* masse patrimoniali facenti capo ad *un* soggetto" (corsivi dell'Autore); secondo V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 75, "quella prestazione che non si è potuto conseguire dalla persona del debitore, la si ottiene e stava per dire la si spreme da quel suo *alter ego* (mi si consenta di chiamarlo così) che è il patrimonio, il cui concetto è inscindibile da quello della persona e la segue come l'ombra il corpo". Come documenta E. BETTI, *Il concetto*

La forza del dogma spiega una serie di idee ulteriori, comunemente accolte. L'inscindibilità del patrimonio impedisce di isolarne frazioni da destinare all'esercizio di specifiche attività, tra la quali anche quella d'impresa. Perché una tale separazione in masse possa aversi si pensa, allora, all'attribuzione di beni ad un altro soggetto[113] al quale riconoscere autonomia patrimoniale perfetta. In questa prospettiva sembra che sia il patrimonio stesso ad essere trattato come una persona[114]. In senso economico, segregazione (senza creazione di un nuovo soggetto) e attribuzione a una persona giuridica[115] risultano strumenti tra loro fungibili, rivolti allo stesso risultato economico[116]. Dal punto di vista formale è però solamente nel primo caso

---

dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione, cit., 160, la concezione del patrimonio come proiezione della personalità del suo titolare è già presente nel diritto romano e costituisce il fondamento, sul piano storico, della sostituzione della responsabilità personale con quella patrimoniale.

[113] La strumentalità della persona giuridica rispetto alla limitazione della responsabilità è notata da B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, vol. I, pt. 1, cit., 207-211, per il quale "è un fatto, che si trovano diritti, i quali non sono collegati ad un uomo come a loro soggetto [...]. Per questo rapporto è possibile una duplice maniera di concepirlo. Il concetto più naturale è, che qui non esiste appunto un soggetto di diritto. I diritti non hanno soggetto, ma solo una destinazione. [...] Ma a questo modo di concepire si ribella un sentimento naturale, fondato sulla profonda attrattiva per la personalità, che pervade la natura umana. Questo sentimento cerca anche qui pei diritti un soggetto, che ne sia il portatore, e lo trova in una persona artificialmente, con una operazione intellettuale, creata; in una persona fittizia. [...] Per tal modo è ad un tempo appagato un bisogno della tecnica giuridica, in quanto si rende possibile di dare una espressione unitaria alle norme giuridiche, senza tener conto se i diritti competano o no ad un soggetto. Una tale persona, creata artificialmente, vien chiamata, con una espressione tradizionale, non al coperto da critiche, persona *giuridica*" (corsivo dell'Autore); J. GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto*, trad. it. T. Ravà, Padova, 1950, 57, "non esistono diritti senza soggetto; ove esso manchi, si sopperisce mediante 'finzioni', ed in questa categoria rientrano, bisogna pur dirlo, anche le 'persone giuridiche'"; V. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 251; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 509-510; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1050; M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 202, la quale rileva che per la dottrina di fine '800 "la destinazione del patrimonio è l'*escamotage* concettuale per spiegare un concetto di personalità giuridica a quel tempo assente"; R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645-ter: considerazioni sulla fattispecie*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008, 60.

[114] Per G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 614 "la realtà è che esistono patrimonii *senza* investito umano, cui il diritto riconosce tuttavia la subiettività di diritto privato" (corsivo dell'Autore). Secondo J. CARBONNIER, *Droit civil. Les Biens. Les obligations*, vol. II, cit., 1519, "l'existence d'un patrimoine autonome semble souvent l'essentiel de la personalité morale". Contro questa impostazione, riconoscendo nell'autonomia patrimoniale una mera conseguenza dell'attribuzione della personalità, insuscettibile di escludere che possano aversi patrimoni autonomi privi della personalità giuridica, F. FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, cit., 652 ss..

[115] Come illustrato da G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 494-495, tale attribuzione può avvenire per l'unificazione di più masse patrimoniali in una sola oppure mediante il distacco di una frazione da un unico patrimonio.

[116] Così soprattutto P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 842 ss., il quale vede nelle prime novità normative di questo secolo in materia di responsabilità una conferma per "l'opinione che personalità giuridica e articolazione del patrimonio siano *tecniche alternative* ed *equivalenti* di *presentazione di regimi giuridici della garanzia patrimoniale*. E delegittimano conoscitivamente l'idea, ancora tanto diffusa nella manualistica istituzionale, che l'articolazione patrimoniale, l'autonomia patrimoniale (come correntemente si dice) sia, se «perfetta», il contenuto normativo della personalità giuridica oppure, se «imperfetta», una stazione intermedia sull'itinerario che *dalla personalità di esistenti biologici* (attuali o potenziali) porta alla *personificazione di esistenze sociali*" (844). All'idea della fungibilità tra separazione e attribuzione dei beni a una persona giuridica aderiscono G. ALPA, *I principi generali*, cit., 289; R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645-ter: considerazioni sulla fattispecie*, cit., 60; M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 204; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. IV, Padova, 2010, 184; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 112-113; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008, 98; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in

che si sovvertono i principi di unicità, universalità ed uguaglianza tra i creditori di uno stesso debitore. Questi stessi principi rimangono invece fermi se si immagina un nuovo centro di imputazione[117]. Il risultato economico (limitazione della responsabilità) invade il lessico giuridico e lascia parlare di enti "a responsabilità limitata", anche laddove si ha invece un soggetto che risponde "con tutti i suoi beni presenti e futuri". Il diritto, dal canto suo, in omaggio all'idea tradizionale, imputa l'autonomia patrimoniale, cioè l'autonomia del patrimonio, ad una persona "inventata per l'occasione", giuridica e non fisica. La creazione di un nuovo soggetto, pienamente responsabile per le proprie obbligazioni, impedisce di parlare di una limitazione della responsabilità anche con riguardo al costituente, il quale non assume la qualifica di debitore[118]: anche nell'ipotesi di società di capitali a base unipersonale, socio e

---

Riv. dir. civ., 2002, I, 570, che estende la fungibilità della separazione anche al discorso sulle garanzie reali; M. STELLA RICHTER JR., *A proposito di* trust *società e persona giuridica*, in *Eur. dir. priv*., 2000, 907; P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e fattispecie impositiva. Il rilievo della destinazione nella fiscalità diretta ed indiretta*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008, 133 ss.; R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645* ter *c.c.*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008, 198; P. MANES, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Padova, 2005, 169, secondo la quale emergerebbe ormai "una marcata tendenza verso la creazione di patrimoni separati, in quanto tale strumento meglio soddisfa oggi le esigenze del traffico giuridico rispetto a fenomeni di personificazione o di soggettivizzazione di masse patrimoniali".

[117] Per F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2010, 191, "la concezione della società per azioni come persona giuridica non è il fondamento della limitazione della responsabilità dell'azionista; essa ne è solo una giustificazione teorica, e una giustificazione datane *a posteriori* [...]. Il concetto di persona giuridica assolve qui la funzione di ricondurre al diritto comune, ossia al generale principio dell'art. 2740, comma 1°, una condizione giuridica, quale è il beneficio della responsabilità limitata, che deroga al principio generale, ed è da collocare entro il 2° comma dell'art. 2740". In un famosissimo scritto T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Aa. Vv., vol. II, Roma, 1931, 72-73, spiega che nel caso di società unipersonale "la responsabilità limitata viene [...] raggiunta non già direttamente, ma indirettamente, con la creazione di una nuova persona giuridica, la quale, come ogni altro soggetto di diritto, risponde illimitatamente dei propri debiti conforme all'art. 1948 cod. civ. Non è dunque che il singolo risponda limitatamente: gli è piuttosto che si è creato un nuovo soggetto giuridico al quale naturalmente fanno capo determinati rapporti per i quali esso risponde illimitatamente. [...] Per ritener [...] violato l'art. 1948, bisogna di nuovo dimenticare la persona giuridica, misconoscere l'autonomia del patrimonio sociale". Concorda F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. I, cit., 190, reputando che "la tendenza alla limitazione della responsabilità ha potuto trovare soddisfazione, senza deroga al principio stabilito dall'art. 1948 del cod. civ., mediante la attribuzione della personalità giuridica alla società e perciò la costituzione dei beni messi in comune dai soci a guisa di patrimonio del nuovo soggetto [...]. In questo modo la limitazione della responsabilità del socio ai bei conferiti è una conseguenza naturale della formazione della società".

[118] Così R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 240, il quale precisa che "las situaciones del *socio comanditario*, del *accionista* y del socio *de responsabilidad limitata*, no son situaciones de limitación de responsabilidad, en sentido riguroso, frente a los acreedores sociales, pues respecto a éstos no son aquéllos ni deudores ni responsables [...]. *Sólo son deudores*, y por cierto con *responsabilidad patrimonial universal, frente a la sociedad por razón de la aportación debida*" (corsivi dell'Autore). In termini analoghi, R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 14-15; O. CAGNASSO-M. IRRERA, *Società a responsabilità limitata*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. comm*., vol. XIV, Torino, 1997, 183, pongono in luce che "come la società per azioni, così la società a responsabilità limitata risponde illimitatamente (cioè con l'intero patrimonio sociale) delle sue obbligazioni. Di conseguenza risulta inesatta l'espressione «società a responsabilità limitata» usata dal legislatore per l'istituto in esame: infatti per le obbligazioni sociali, come si è detto poco sopra, la società risponde illimitatamente, mentre i soci non rispondono affatto; d'altra parte questi ultimi rispondono illimitatamente, ma nei confronti della sola società, per l'adempimento dei propri conferimenti"; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 61; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 16, secondo il quale "per quanto riguarda la società a responsabilità limitata è [...] evidente che la manifesta erroneità del suo nome, dovuta al fatto che anche questa società, come tale, è illimitatamente obbligata e illimitatamente responsabile patrimonialmente costituisce involontaria confessione del suo ultimo scopo reale e pratico, consistente, appunto, nella limitazione della responsabilità patrimoniale degli operatori".

società restano centri autonomi di imputazione, ciascuno titolare di un proprio patrimonio; il secondo dei quali, almeno nella fase iniziale, formato tramite una attribuzione e non la scomposizione del patrimonio[119].

Nel considerare se unicità e indivisibilità si possano porre ancora come principi inviolabili, bisogna premettere che la relatività del criterio di aggregazione dei beni intorno al patrimonio implica la possibilità di individuarne altri. In particolare, possono stabilirsi criteri aggiuntivi - nel qual caso si può parlare di sottoinsiemi patrimoniali - o radicalmente diversi[120].

Nonostante la prospettiva tradizionale, capita che una massa patrimoniale possa prescindere da un titolare attuale; in questi casi sembra palese che il centro unificatore non possa essere rappresentato dall'unico titolare. Gli artt. 10 e 11 l. fall. consentono il fallimento della società estinta e della persona fisica deceduta; l'art. 12, comma 3, della stessa legge consente la prosecuzione della procedura in mancanza di un titolare attuale del patrimonio, essendo deceduto il debitore dopo la dichiarazione di fallimento. Proprio la necessità, avvertita per l'idea tradizionale del patrimonio, di individuare un titolare segnala una delle possibili ragioni per cui il fallimento *post mortem*, pur riconosciuta dalla giurisprudenza, è stato negato dalla dottrina per un lungo periodo e fino al suo riconoscimento legislativo[121]; la stessa esigenza, rimasta nella legge fallimentare, che l'insolvenza risalga a prima del decesso sembra volta a riaffermare il collegamento tra patrimonio e debitore[122].

Altre volte la legge considera patrimonio il complesso dei beni riferibili a più soggetti o riconducibili ad uno stesso, ma destinati a certe finalità particolari e perciò distinti dagli altri. La finalità può essere perseguita con un mero impegno tra privati: sorge l'obbligazione di utilizzare i beni individuati per lo scopo stabilito. Oppure assoggettando quei beni ad un regime giuridico particolare, che li differenzia da quelli del restante patrimonio. In questa seconda ipotesi si determina la segregazione patrimoniale: l'unità del patrimonio e della sua disciplina è sostituita da più masse patrimoniali con discipline distinte. Al patrimonio

[119] Né una limitazione della responsabilità sembra sussistere se dopo lo scioglimento della persona giuridica eventuali suoi creditori possono agire nei confronti dei suoi componenti nei limiti di quanto ricevuto dalla sua liquidazione. Non è la responsabilità ad essere limitata, ma anzitutto il debito: i vecchi soci non devono nulla di più di quanto ricevuto e non avrebbero avuto se tutti i debiti fossero stati pagati al momento debito; per questa opinione, R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 240.

[120] In termini simili, individuando il criterio dell'unificazione nel titolare e della destinazione allo scopo, G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 651. Sulla possibilità di unificare i beni (anche) in virtù del criterio della destinazione - in linea con le affermazioni della *Zweckvermögenstheorie*, proposta da A. BRINZ, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, Erlangen, 1873, 201 ss.; A. BRINZ, *Lehrbuch des Pandektenrechts. Das Zweckvermögen*, vol. III, pt. 2, Erlangen, 1888, 453 ss. - ci si soffermerà a proposito della destinazione e segregazione patrimoniale. Per un'analisi approfondita sulla teoria del Brinz, si rinvia ad A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., 555 ss.; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 31 ss.; S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, 21 ss.; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 126 ss..

[121] Nel diritto positivo il fallimento *post mortem* trova disciplina prima nel codice civile del 1865 (art. 543) e poi in quello di commercio risalente al 1882 (art. 690). Tra le ragioni per spiegare l'ostilità della dottrina al fallimento del defunto G. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, E. Bensa-A. Bruschettini-G. Bonelli-L. Franchi-P. Manfredi-U. Navarrini-C. Pagani-G. Segrè-A. Sraffa (redatto da), vol. VIII, pt. 1, Milano, 1923, 232 ss., riporta la concezione incentrata sulla persona anziché sul patrimonio del fallito.

[122] Nota A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 199, che "è […] il fallimento del commerciante defunto che si vuol dichiarato; ma poiché il fallimento di un soggetto che più non esiste è inconcepibile, si tratta in sostanza di fallimento dell'eredità da lui lasciata".

generale dell'individuo si affiancano le categorie di quello autonomo e di quello separato[123]. Si afferma che "autonomia e separazione significano non solo e non tanto destinazione, in qualche modo giuridicamente rilevante, di un complesso di beni e rapporti ad un certo impiego, ma significano distinta *imputazione* dei rapporti giuridici e *vincolo* del patrimonio ad una specifica funzione di *garanzia*, cioè alla sola garanzia delle obbligazioni nate dalla sua gestione in quell'impiego"[124]. Per effetto di tale imputazione e vincolo si costituisce una nuova garanzia, che pur distaccandosi da quella comune, la affianca e ne segue la disciplina, come se si trattasse di un nuovo nucleo patrimoniale raccolto intorno ad un diverso debitore e destinato a soddisfare distinti gruppi di creditori[125].

Su questi temi si tornerà nel luogo opportuno, indagando la complicata relazione tra autonomia privata e regime della responsabilità. Due tra le discipline che consentono il superamento dell'unicità meritano però di essere poste già in risalto: quella dei patrimoni destinati delle società per azioni (art. 2447 *bis* ss. cod. civ.) e degli atti di destinazione rivolti a realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 2645 *ter* cod. civ.). Esse sono accomunate dalla genericità con cui sono indicate le finalità che possono giustificare la segregazione patrimoniale. Tale effetto - come un tempo anche il riconoscimento della personalità giuridica - era tradizionalmente collegato ad una concessione del legislatore o a un atto d'autonomia vincolato a finalità rigorosamente prestabilite. Sia l'una che l'altra disciplina, oltre a dimostrare la tendenza a svincolare la creazione di un legame giuridicamente rilevante tra beni e finalità specifiche alla necessità di un atto di attribuzione[126], consentono ai privati, con un atto unilaterale di destinazione, di separare il patrimonio per finalità indicate in maniera generica[127]. Lo attesta l'indicazione positiva delle finalità da perseguire per mezzo di espressioni vaghe[128]: la costituzione del patrimonio destinato deve servire alla realizzazione

[123] La distinzione tra patrimonio autonomo e separato è giustificata da L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir*., vol. XXXII, Milano, 1982, 281, con l'idea che il primo fa capo a una pluralità di soggetti, mentre il secondo a un individuo solo. In tal senso parrebbe anche P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., 122. Secondo G. VOLPE PUTZOLOU, *Fattispecie di "separazione patrimoniale" nell'attuale quadro normativo*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 183, le locuzioni di "patrimonio separato", "autonomo", "distinto" avrebbero come unico tratto comune la limitazione della responsabilità per certe obbligazioni su solamente certi beni. Per P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, cit., 842, la distinzione tra i concetti di "separazione", "autonomia" e "segregazione patrimoniale" darebbe invece luogo ad una mera "messa a punto semantica di vocaboli di uso promiscuo ed incerto nella cultura giuridica", per cui sarebbe da preferire l'unica espressione di "patrimonio distinto".

[124] G. OPPO, *Sulla «autonomia» delle sezioni di credito speciale*, in *Banca e Titoli di credito. Scritti giuridici*, vol. IV, Padova, 1992, 32.

[125] Sottolinea P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, cit., 844, che "nella prospettiva della garanzia patrimoniale, l'articolazione del patrimonio si proietta in *un'articolazione del ceto dei creditori*".

[126] M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 208-209.

[127] Così S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 92, la quale rispetto ai patrimoni destinati di società per azioni osserva che "la genericità dell'indice consente di individuare solo limiti negativi e non, invece, prescrizioni tipologiche in ordine alla vicine imprenditoriale"; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 82 ss., per il quale "la definizione tipologica degli obiettivi realizzabili dall'autonomia privata, con il ricorso alle figure nominate di patrimonio separato, assume, con tutta evidenza, contorni sempre più sfumati. Infatti, se in una prima fase del processo di specializzazione della responsabilità patrimoniale il legislatore consentiva il ricorso alla separazione patrimoniale per scopi ben definiti (ad es. i bisogni della famiglia, la funzione previdenziale e assistenziale), oggi prevale la tendenza ad adottare forme separative che, seppure tipizzate, sembrano rifiutare impianti finalistici predefiniti" (83).

[128] Il concetto di vaghezza è tante volte associato a quello di ambiguità da richiedere alcune precisazioni. Quest'ultima espressione tiene "omonimia" per sinonimo; quell'altra, "indeterminatezza". "Un termine od un enunciato si dicono ambigui quando possono assumere più significati distinti, in contesti che non permettono di

di "uno specifico affare" da parte della società per azioni (art. 2447 *bis* cod. civ.); la trascrizione degli atti di destinazione è invece consentita dall'art. 2645 *ter* cod. civ. purché essi siano volti "alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma".

7. Il divieto di limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale

L'art. 2740 cod. civ. fa seguire al primo comma - quello in cui si dichiara l'universalità della garanzia - un secondo, che la prospettiva tradizionale giustifica con la necessità di dare protezione al principio stabilito nel comma precedente: "le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge". La disposizione parrebbe dettare una regola di tipicità, pensata per precludere all'autonomia privata di alterare la disciplina configurata dalla legge per l'oggetto della responsabilità: la regola secondo cui l'intero patrimonio del debitore risponde per le sue obbligazioni è suscettibile di deroga nei soli casi in cui sia la legge a volerlo. Ad un comma che pone la regola generale (universalità) fa seguito quello che indica i casi in cui essa non trova applicazione.

Mentre il principio di universalità è comune agli ordinamenti di *civil law* ed era già presente nel vecchio codice civile, quello della tipicità delle limitazioni è espressamente formulato solo in quello italiano attuale.

La formulazione dell'art. 2740, comma 2, cod. civ. induce a segnalare subito un possibile equivoco. Il senso del precetto è di precludere alla volontà dei privati certi effetti, non già di autorizzare la legge a produrli[129]. La possibilità che una fonte di pari grado (ossia, un'altra norma di legge) o sovraordinata smentisca quella che afferma il principio di universalità e stabilisca una disciplina diversa deriva già dal sistema delle fonti e non ha bisogno di alcun riconoscimento dall'art. 2740 cod. civ.. Un discorso diverso vale per l'autonomia privata, giacché è la legge a stabilire le materie e i possibili contenuti affidati all'autodeterminazione. Così inteso, l'art. 2740, comma 2, cod. civ. rivela la sua natura di norma sulle fonti rivolta

distinguere in quale significato siano usati. […] Si ha invece vaghezza di un termine o di un enunciato quando il loro uso presenta oltre ad ipotesi sicure (in senso positivo e negativo) anche dei casi-limite in cui vi è incertezza sulla possibilità di far ricorso al termine o all'enunciato" (A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XI, Torino, 1994, 29-30). Simili le indicazioni di V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 32-33. La nozione di vaghezza è connessa a quella, che si fa risalire a P. HECK, *Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, 173, tra "*Begriffskern*" e "*Begriffshof*": il primo termine designa i casi che possono essere facilmente ricompresi tra quelli disciplinati da una certa norma; il secondo indica quelli che non è chiaro se sono rilevanti o meno per la norma. La ragione della vaghezza è illustrata da M. ONORATO, *L'accordo d'interpretazione*, Milano, 2009, 82: i codici linguistici "utilizzano mezzi limitati (i simboli) per esprimere contenuti illimitati, sicché tra i piani della espressione e del contenuto non corrono relazioni di significazione univoche".

[129] Per V. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 252, l'effetto dell'art. 2740, comma 2, cod. civ. "consiste nel porre limiti all'autonomia privata; nel vietare tutte le operazioni di autonomia privata volte a derogare il principio di responsabilità illimitata del debitore, al di là del numero (chiuso) delle fattispecie in cui tale deroga sia legalmente sancita". L'opinione si trova ribadita in V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 510-511; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1050.

non allo Stato[130], ma ai privati, la quale aspira non all'apertura del sistema a regole diverse, ma alla sua chiusura, negando protezione giuridica a certi atti dei privati.

Per queste ragioni si può dire che l'art. 2740, comma 2, cod. civ., reca una norma generale oppure eccezionale a seconda del punto di vista. La regola collega il sistema della responsabilità patrimoniale a quello dell'autonomia patrimoniale. Sicché si può guardare ad essa da entrambe le prospettive. Rispetto alla prima (quella della responsabilità), nell'art. 2740, comma 2, cod. civ.. si trova un divieto rivolto ai privati e non una autorizzazione concessa dal legislatore a se stesso. Se è vera questa premessa, si può affermare il carattere di regola generale, la quale in armonia con il comma precedente[131], preclude all'autonomia privata certe convenzioni sulla responsabilità. Generale nel secondo sistema è invece la regola che consente ai privati di regolare con negozi atipici i propri interessi (art. 1322 cod. civ.), rispetto alla quale risulta allora eccezionale quella che riserva la produzione di certi effetti agli atti stabiliti dalla legge[132].

Dalla disposizione la dottrina tradizionale, pressoché incontrastata per molti decenni, desume l'integrale sottrazione della responsabilità patrimoniale al volere privato, salvo i casi in cui sia la legge a stabilire diversamente[133]. L'orientamento classico lascia all'autonomia privata la possibilità di intervenire sul rapporto unicamente per determinarne l'estinzione ovvero stabilire una modificazione oggettiva della prestazione[134].

---

[130] In senso difforme sembrerebbe Cass. civ., Sez. lav., 8 ottobre 1996, n. 8789, in *Foro it*., 1997, I, 1908, nel ricavare l'inammissibilità di limitazioni della responsabilità patrimoniale da fonti secondarie non per il rapporto tra le fonti ma proprio per il testo dell'art. 2740, comma 2, cod. civ..

[131] Per G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 170 ss., "il secondo comma dell'art. 2740 c.c. non costituisce [...] un'eccezione rispetto alla regola dettata dal primo comma, essendo, piuttosto, il completamento di essa".

[132] Con riguardo all'atipicità negoziale, S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, trad. it. S. Troiano, in *Eur. dir. priv*., 2001, 260, afferma che "tradizionalmente, e ancora oggi, l'autonomia privata ha il predominio: i limiti all'autonomia privata sono considerati eccezioni". Rileva F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter *c.c*., in *Giust. civ*., 2006, II, 167, che "non una norma autorizzatoria, ma, al contrario, una norma che vietasse ai privati di regolare con contratti atipici i propri interessi (era il caso dell'art. 13 l. n. 756 del 1964) avrebbe un senso, perché la libertà in materia è già di per sé assicurata dall'art. 1173 c.c. cha ha posto fine alla rigidità del sistema delle fonti dell'obbligazione". Il richiamato art. 13, l. 15 settembre 1964, n. 756, stabilisce al comma uno il divieto per i privati di concludere "contratti agrari di concessione di fondi rustici che non appartengano ad alcuno dei tipi di contratti regolati dalle leggi in vigore".

[133] Così R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 11; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 175, secondo il quale con l'art. 2740, comma 2, cod. civ. "il legislatore ha voluto escludere la validità delle convenzioni relative alla limitazione dei beni destinati alla espropriazione in caso di inadempimento"; V. ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile. Processi di cognizione e di esecuzione forzata*, Napoli, 1962, 248; C. VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milano, 1942, 166 ss.; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 110 (e poi anche a p. 149 e 151), il quale però più avanti (170) fa riferimento alla possibilità di rinunziare alla garanzia patrimoniale; V. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 252 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 510-511; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1051; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 6 e 74 ss.; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 7-8 e 71 ss.; F. LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 cod. civ.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, 511; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 8; A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv*., 2010, 71.

[134] In quest'ordine di idee, M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, 124, il quale dopo aver rilevato la possibilità di estinguere il rapporto (11), limita le modificazioni oggettive a quelle relative al contenuto, al tempo e al luogo della prestazione, escludendo quindi modificazioni che abbiano per oggetto la disciplina della responsabilità.

Le ipotesi solitamente richiamate tra le limitazioni dell'universalità che sono ammesse dal secondo comma dell'art. 2740 cod. civ. si possono raccogliere in due gruppi.

Da una parte possono collocarsi quelle che sono stabilite direttamente dalla legge.

Dall'altra, quelle volute da un atto di autonomia, autorizzato dalla legge[135].

Nel primo caso sono il codice di rito e le leggi speciali a disporre che taluni beni mobili (artt. 514, 515 e 516 cod. proc. civ.) e taluni crediti (art. 545 cod. proc. civ.) non possano essere pignorati o che possano esserlo soltanto in particolari circostanze di fatto, luogo o tempo. Le prime ipotesi sono indicate come di impignorabilità assoluta; le seconde, di impignorabilità relativa[136]. Tanto le une quanto le altre trovano la propria disciplina in norme che fanno eccezione al principio di universalità, come tali reputate insuscettibili di applicazione analogica[137].

Le limitazioni riconducibili nella seconda categoria, esigue all'entrata in vigore del codice civile, sono nel frattempo cresciute di numero e possono essere ricondotte ai casi (già accennati) in cui si permette all'autonomia privata scomporre in masse il patrimonio. Le ipotesi nelle quali tale effetto è alla portata dei privati sono divenute tanto numerose, nel codice[138] come nella legislazione speciale[139], da suggerire a taluno la tacita abrogazione del divieto stabilito dall'art. 2740, comma 2, cod. civ.[140] ovvero l'inversione del rapporto tra regola (unicità del patrimonio, universalità della garanzia ed uguaglianza tra i creditori) ed

[135] Secondo Corte Cost., 8 giugno 1963, n. 88, in *Giurcost.org*, "è principio generale che la determinazione dei beni che possono formare oggetto di espropriazione forzata, ed i limiti dell'espropriazione stessa, devono essere riservati alla scelta del legislatore, ed eventualmente del giudice".

[136] Per G. VERDE, *Pignoramento mobiliare diretto e immobiliare*, in *Enc. Dir*., vol. XXXIII, Milano, 1983, 769, "la vera impignorabilità è soltanto quella assoluta, nella quale può essere ricompresa l'impignorabilità ritenuta dal giudice nel caso previsto dall'art. 515 comma 1 pt. II e comma 2 c.p.c. Negli altri casi, si tratta di norme che riguardano la scelta delle cose da pignorare, il tempo nel quale effettuare il pignoramento e le forme da seguire: esse rientrano nella stessa logica di quelle che sono previste negli art. 515, 517 e 519 c.p.c. Si spiega, così, come la violazione delle prime fondi un'opposizione alla esecuzione (*ex* art. 615 c.p.c.), mentre la violazione delle altre debba essere fatta valere con l'opposizione agli atti esecutivi".

[137] Così G. VERDE, *Pignoramento mobiliare diretto e immobiliare*, cit., 768; R. VACCARELLA, *Espropriazione presso terzi*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, 94.

[138] Ineludibile il richiamo alle novelle che hanno inserito nel codice la disciplina del fondo patrimoniale (artt. 167 ss.), dei patrimoni e dei finanziamenti destinati a uno specifico affare (artt. 2447 *bis* ss.) e degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela (art. 2645 *ter*). Si tratta di discipline nelle quali la separazione è più evidente rispetto alle ipotesi del testo originario del codice, tra le quali solitamente si richiamano, oltre all'eredità accettata con beneficio d'inventario, la disciplina del mandato (art. 1707), dell'assicurazione (art. 1923, comma 1) e dei fondi speciali per la previdenza e assistenza (art. 2117).

[139] Alla segregazione patrimoniale il legislatore ricorre di frequente per consentire la limitazione del rischio nell'attività di investimento. Si possono ricordare alcune disposizioni del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico della finanza; t.u.f.): l'art. 22, significativamente rubricato "separazione patrimoniale"; l'art. 36, il quale al suo quarto comma prevede che "ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società; delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la Sgr risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo". Ancora in tal senso, l'art. 3, comma 2, che nella versione attuale prevede che "i crediti relativi a ciascuna operazione per tali intendendosi sia i crediti vantati nei confronti del debitore o dei debitori ceduti, sia ogni altro credito maturato dalla società di cui al comma 1 nel contesto dell'operazione, i relativi incassi e le attività finanziarie acquistate con i medesimi costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni".

[140] È la tesi proposta da A. GAMBARO, *Trust*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, 467.

eccezione (pluralità dei patrimoni, particolarità delle garanzie e distinzione tra i creditori)[141]: la regola del maggior numero dei casi sarebbe la segregazione del patrimonio e la specializzazione della responsabilità; quella del minor numero, l'indivisibilità[142].

La moltiplicazione delle masse patrimoniali senza creazione di un nuovo centro d'imputazione va contro i principi dell'unicità e dell'indivisibilità del patrimonio e, per fatale conseguenza, anche contro quello che predica il carattere universale della responsabilità.

Accanto alle limitazioni della responsabilità appena richiamate, nelle quali si determina la scomposizione del patrimonio in masse, se ne possono pensare altri che non modificano il regime dei beni. Si allude a quelle convenzioni con le quali le parti del rapporto obbligatorio escludono che la responsabilità patrimoniale riguardi ogni bene del debitore. Si tratta di convenzioni con efficacia limitata ai contraenti, con le quali si esclude uno o più beni dalla garanzia connessa ad una singola obbligazione, e che perciò non alterano la struttura del patrimonio. Proprio sull'esame di queste convenzioni occorre soffermarsi. Bisogna indagare se l'art. 2740, comma 2, cod. civ. sia volto a proteggere l'unicità del patrimonio o l'universalità della garanzia: nel primo caso possono ammettersi le convenzioni appena richiamate; nel secondo, esse sono da considerare vietate perché in ogni caso riducono la garanzia generica. Una simile indagine impone come ineludibile quella sui caratteri della responsabilità patrimoniale ed il ruolo che essa riveste rispetto al rapporto obbligatorio. Prima, però, è opportuno anticipare l'importanza che la questione riveste rispetto alla procedura di concordato preventivo.

[141] Così G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 484, per il quale ci si trova ormai "sulla via della generalizzazione dell'eccezione alla regola della responsabilità patrimoniale illimitata"; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 75 ss.; F. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001, 4, secondo il quale "il principio generale della illimitata responsabilità patrimoniale del debitore finisce, a questo modo, con il tramutarsi in principio residuale, applicabile solo quando non vige la sempre più estesa regola di limitazione della responsabilità".

[142] Le fasi attraverso cui una norma generale degrada ad eccezionale sono esposte da N. IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in ID, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 63, il quale ne individua tre. "Nella prima, la norma generale è ancora *diritto del maggior numero di casi*, e la norma speciale si restringe alla disciplina dei casi provvisti di note differenziali. Nella seconda, estendendosi i criteri della norma speciale ad altre norme speciali, e allargandosi la fascia dei destinatari di essa, la norma generale degrada a *diritto residuale*, o del minor numero di casi. Nella terza ed ultima, i criteri di disciplina, introdotti dalla norma speciale, investono anche l'ipotesi più ampia e diventano il contenuto di una *nuova norma generale*, rispetto a cui può riaprirsi il ciclo ora tratteggiato" (corsivi dell'Autore).

CAPITOLO II

La responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo

8. Il tema: autonomia privata, responsabilità patrimoniale e concordato preventivo

Le considerazioni svolte consentono di illustrare il problema sul quale si intende concentrare l'attenzione, che riguarda la disciplina della responsabilità patrimoniale nella procedura di concordato preventivo.

Lo spazio lasciato all'autonomia privata per intervenire sulla responsabilità patrimoniale assume una conformazione particolare se al lato passivo del rapporto sta un imprenditore commerciale. Vanno considerate insieme la disciplina stabilita dettata per il rapporto obbligatorio e quella che regola l'attività di impresa. La quale è sottoposta a regole particolari, che riguardano anche il campo delle obbligazioni[143].

Un settore dello statuto riservato all'impresa commerciale è quello che regola l'insolvenza e la crisi, in ordine al quale è necessario premettere due considerazioni.

In primo luogo, l'insolvenza trasporta le singole obbligazioni, le cui vicende di regola riguardano le sole parti del rapporto, in una dimensione collettiva. Nel fisiologico svolgimento dei rapporti economici ciascuno ha crediti e debiti verso più soggetti. Finché il debitore è in grado di adempiere, ciascun rapporto determina il contrasto tra la libertà del debitore e il diritto di ciascun creditore a ricevere l'utilità che gli spetta[144]. Si contrappongono allora l'interesse proprietario costituzionalmente tutelato del debitore e quello dei creditori[145]. Per ogni creditore sono indifferenti le vicende dei rapporti di cui non sia parte. L'incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le obbligazioni determina per i creditori il rischio di non essere soddisfatti integralmente e, di riflesso, introduce la conflittualità tra loro, formandosi in ciascuno l'interesse al minor soddisfacimento altrui, in conseguenza del quale aumentano le possibilità di quello proprio[146]: "qualsiasi soddisfazione che uno di essi riesca a ottenere si risolve in un danno per gli altri"[147]; sicché "il concorso non [...] è *coesistenza*, ma *conflitto* di diritti"[148]. Allo stesso modo, i titolari di crediti di scadenza più immediata hanno

[143] Per modo d'esempio, l'esecuzione della prestazione dovuta al creditore, che è oggetto di un obbligo, può esserlo di un divieto protetto dall'azione revocatoria fallimentare (art. 67 l. fall.) e finanche da sanzioni penali (art. 216, comma 3, l. fall.) se ad essere debitore è un imprenditore commerciale.

[144] Ricorda G. GORLA, *Delle ipoteche*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1945, 372, che la responsabilità patrimoniale "si risolve sempre nel porre in conflitto, da un lato, gli interessi del debitore (a liberamente disporre del bene, dei terzi acquirenti e degli altri creditori, e, dall'altro, l'interesse del creditore; nel porre in conflitto cioè l'esigenza economico-sociale della libera circolazione dei beni e l'altra esigenza economico-sociale della tutela e dello sviluppo del credito".

[145] È N. ABRIANI, *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, cit., 287, a ricordare che "anche i creditori vantano un diritto di proprietà attinente al proprio credito".

[146] Sulla dimensione collettiva della crisi ed invece individuale dell'inadempimento si possono richiamare le considerazioni formulate da G. BONELLI, *Nota a Cass. Torino, 12 maggio 1898*, in *Foro it.*, 1898, I, 740, rispetto alla cessazione dei pagamenti: "il fatto del pagamento o del rifiuto del pagamento non riguarda *direttamente* se non il creditore interessato, mentre lo stato di cessazione è uno stato che ha riferimento non già a un determinato creditore, ma alla collettività dei creditori" (corsivo dell'Autore). La prospettiva bonelliana è indagata soprattutto da G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, Torino, 2013, 29-30, il quale ricorre alla formula del "fatto evento" come contrapposta al "fatto situazione".

[147] P.G. JAEGER, «Par condicio creditorum», in *Giur. comm.*, 1984, I, 98.

[148] ALF. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 86. In prospettiva analoga Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giur. comm*., 2012, II, 276, con nota di M. Fabiani, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, rileva che "un conflitto tra i creditori è immanente nel sistema, posto che è normale che la massa attiva sia insufficiente per il soddisfacimento integrale dei creditori e che quindi sia

interesse ad allontanare la manifestazione dell'insolvenza ad un momento successivo al loro pagamento; interesse precisamente contrario a quello dei creditori più lontani nel tempo, avvantaggiati dalla repentina emersione dell'insolvenza. In secondo luogo, nel patrimonio dell'imprenditore, e quindi nella garanzia dei suoi creditori si trovano beni organizzati in un'azienda, la quale configura lo strumento per l'esercizio dell'attività d'impresa[149] e la cui gestione coinvolge gli interessi non solo di debitore e creditori, ma anche di altri soggetti[150]. Tra gli istituti pensati dalla prassi commerciale, prima, e dal legislatore, poi, per regolare questi conflitti e a protezione di questi interessi nel caso di insolvenza dell'imprenditore commerciale, compare la procedura di concordato preventivo.

Secondo la disciplina attuale questa procedura assume come presupposto oggettivo la crisi, che ai sensi dell'art. 160, comma 3, l. fall. è fenomeno più ampio e comprensivo dell'insolvenza. Il concordato preventivo, specie in seguito alle riforme degli ultimi anni, assegna all'imprenditore ampia libertà nella determinazione della proposta da indirizzare ai creditori. Prima della riforma del diritto fallimentare non era così, giacché al debitore era consentito di modulare la proposta secondo due predefiniti schemi legali: il concordato di garanzia e quello con cessione dei beni (vecchio art. 160 l. fall.). Il debitore poteva offrire: *a*) garanzie per il pagamento entro sei mesi dalla omologazione di almeno il quaranta per cento dei crediti chirografari; *b*) il suo intero patrimonio per il pagamento dei debiti, purché anche in tal caso fosse prevedibile un soddisfacimento dei chirografari non inferiore al quaranta per cento[151]. Le due specie di concordato erano reputate compatibili tra loro, suscettibili di

---

interesse di ciascuno di loro, al fine di garantire il proprio maggior soddisfacimento, opporsi al riconoscimento del credito altrui e quindi alla sua partecipazione al riparto". Il conflitto interno alla categoria dei creditori è rilevato anche da R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, 236 ss.; M. FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Giur. comm*., 2012, II, 306-307; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 53, il quale però sottolinea soprattutto il comune interesse "a che dal patrimonio del comune debitore sia tratta la massima utilità possibile"; G. D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi tra creditori nei concordati*, in *Giur. comm*., 2010, I, 405; G. D'ATTORRE, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in *Fall*., 2012, 761; G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, cit., 32-33.

[149] Le peculiarità che determina il carattere dinamico dell'attività d'impresa nel campo concorsuale sono poste in risalto da M. SANDULLI, *La crisi economica dell'impresa*, in *Giur. comm*., 1985, I, 979-980, che proprio lungo la distinzione tra garanzia statica e dinamica colloca la distinzione tra credito civile e commerciale, propugnando la necessità di una disciplina speciale per il secondo; G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, cit., 58, il quale sottolinea come la dinamicità connessa all'azienda e quindi i problemi della sua gestione, rendano la crisi dell'impresa un fenomeno di per sé collettivo; G. FERRI JR., *Il presupposto oggettivo del fallimento*, in *Riv. dir. comm*., 2010, I, 770 ss.; F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc*., 2010, 58-59; V. DE SENSI, *La nuova disciplina delle crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. dir. comm*., 2013, I, 630 e 666; G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, cit., 53; A. MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, Torino, 2014, 42 ss., e, per la dottrina più risalente, da G. BONELLI, *Nota a Cass. Torino, 12 maggio 1898*, cit., 739. A tale profilo sembra fare riferimento anche la Corte Costituzionale nelle decisioni in cui esclude l'illegittimità della scelta di riservare le procedure della legge fallimentare agli imprenditori commerciali privati e non piccoli (così Corte Cost., 16 giugno 1970, n. 94, in *Giur. comm*., 1970, II, 308; Corte Cost., 27 luglio 1982, n. 145, in *Foro it*., 1982, I, 3006).

[150] Tra questi soggetti particolare attenzione meritano rispetto al discorso sulla responsabilità patrimoniale i creditori di coloro che siano a loro volta creditori dell'insolvente. Come già posto in luce da ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 673; ALF. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 10, nell'illustrare le conseguenze del fallimento (inteso come fenomeno economico) e muovendo da quella che egli designa come "legge del concatenamento del credito", l'insolvenza di un soggetto reca in sé il pericolo che divengano insolventi anche i suoi creditori, privati dell'utilità attesa e non più integralmente conseguibile dal proprio debitore.

[151] Da puntualizzare che secondo l'opinione prevalente il tribunale avrebbe dovuto svolgere una previsione sul ricavato della liquidazione, ma questa sarebbe avvenuta a rischio dei creditori: il concordato non si sarebbe

combinarsi nel "concordato misto". Figura, questa, mai elevata al rango di un *tertium genus*, e invece ricondotta a seconda dei casi entro il novero, e quindi la disciplina, di uno dei due schemi tipici[152].

Le riforme alla legge fallimentare hanno innovato in profondità tale sistema. Sono oggi assenti i due schemi del concordato di garanzia e con cessione dei beni, sostituiti da un criterio di atipicità: si lascia al debitore e ai creditori il compito di programmare le vicende che il concordato trarrà nei loro patrimoni[153]. Nel passaggio all'atipicità della proposta si è perduta la regola che faceva obbligo al debitore di offrire il suo intero patrimonio nel caso di cessione dei beni. Allo stesso modo, è stata in un primo momento abolita la necessità di indicare il pagamento minimo previsto per i creditori chirografari, successivamente reintrodotta per alcune proposte soltanto (art. 160, ult. comma, l. fall.). Occorre individuare gli esatti confini dell'autonomia in relazione alla responsabilità patrimoniale, per determinare se e in che modo il principio di universalità costituisca un limite all'autonomia dei privati nel contesto della procedura di concordataria. In particolare, occorre valutare la legittimità di proposte che prevedano il coinvolgimento solo parziale del patrimonio del debitore.

9. Concordato preventivo ordinario e con continuità aziendale

La regola di atipicità per il contenuto della proposta non è venuta meno quando il legislatore ha scelto di reintrodurre la distinzione tra due modelli di concordato. L'art. 33, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito, con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 134) ha aggiunto al testo della legge fallimentare l'art. 186 *bis*, rubricato "concordato con continuità aziendale". Si è ripreso a discorrere di due forme di concordato: quello liquidatorio e quello con continuità aziendale. Denominazioni, queste, improprie poiché suscettibili di condurre all'errore.

"Continuità aziendale" è una formula che, benché utilizzata dal legislatore, trascina con sé un equivoco: la continuità si riferisce all'impresa, non ai beni organizzati per il suo esercizio[154]. L'azienda può semmai essere presa come oggetto del risanamento[155], a cui, nelle intenzioni del legislatore storico, la continuità dovrebbe condurre. Soprattutto, è scorretto parlare di "concordato liquidatorio" per riferirsi a quello "senza continuità". Quest'espressione risulta per un verso troppo ampia, giacché anche nel concordato con continuità è possibile prevedere la cessione di beni, come pure dell'intera azienda[156]. Per altro verso, limitata: l'aggettivo "liquidatorio" esclude le soluzioni della crisi che pur non consistendo nella liquidazione

---

risolto in caso di ricavo inferiore alla cifra necessaria per pagare almeno il quaranta per cento dei debiti chirografari; di quest'avviso M. CASANOVA, *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm*., 1963, I, 94.

[152] L. PICA, *Il concordato preventivo*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, P. Celentano–E. Forgillo (a cura di), 2008, Torino, 1082.

[153] Proprio muovendo dal testo dell'art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall., M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, Pisa, 2017, 26, conclude che "alle parti sembra dato di congegnare ogni tipo di operazione economica e finanziaria".

[154] D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 331.

[155] Con riguardo alla disciplina dell'amministrazione straordinaria è FR. VASSALLI, *Considerazioni generali sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Legislazione economica*, Fr. Vassalli-G. Visentini, vol. II, Milano, 1980, 519, a notare che "oggetto del risanamento non è già l'impresa, bensì appunto l'azienda".

[156] A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, in *Giur. comm*., 2015, I, 346.

nemmeno possono dirsi caratterizzate dalla continuità come intesa dall'art. 186 *bis*, comma 1, l. fall..

Si preferisce allora parlare di "concordato preventivo ordinario"[157] ovvero "con continuità aziendale". Il mutamento lessicale sembra chiarire meglio il rapporto tra le due discipline. In passato ad un gruppo di regole generali se ne affiancavano due di norme speciali: "concordato preventivo" indicava il genere e le sue regole; "con garanzia" e "con cessione dei beni" designavano le specie e le loro regole. La medesima relazione non sussiste tra concordato ordinario e con continuità. Per giustificare questa affermazione si rende indispensabile individuare il tratto peculiare della continuità.

L'art. 186 *bis*, comma 1, l. fall., stabilisce che la disciplina del concordato con continuità si applica ai piani che prevedono: "la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione". Il testo della disposizione potrebbe suggerire di associare la continuità ad ogni concordato che presenti il contenuto indicato, anche quando si tratti di una mera liquidazione, come nel caso di cessione dell'azienda in esercizio al prezzo prestabilito. Un'altra interpretazione può affacciarsi se si volge l'attenzione ai contenuti che l'art. 186 *bis*, comma 2, lett. *a*) e *b*), l. fall. prescrive per il piano e la relazione del professionista: il piano di concordato deve indicare in maniera analitica i costi e i ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, nonché l'importo e le modalità di reperimento del finanziamento necessario; la relazione del professionista deve attestare che la prosecuzione dell'attività è strumentale al miglior soddisfacimento dei creditori. Questi oneri sono coerenti e si giustificano solo rispetto ad una prosecuzione dell'attività che comporti un rischio per i creditori cui è destinata la proposta[158]. Rischio che tipicamente si realizza se i costi della continuità superano i ricavi oppure i beni aziendali perdono valore a fronte di ricavi modesti. Sembra allora di poter concludere che la continuità ricorre se il concordato prevede una delle modalità indicate dall'art. 186 *bis*, comma 1, l. fall. e purché si determini l'assunzione di un rischio per i creditori[159]; non negli altri casi. In questa prospettiva, la disciplina del concordato con continuità segna un ulteriore punto di emersione del progressivo passaggio

[157] Di concordato preventivo ordinario in contrapposizione a quello con continuità discorre E. BARCELLONA, *Concordato con continuità aziendale: quale il* quid *dell'istituto?*, in *Orizzontideldirittocommerciale.it*, 2.

[158] Di qui il carattere di quelle sulla continuità di norme di applicazione necessaria. Come sottolinea L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall*., 2013, 1225, "il debitore può dunque scegliere se mettere o meno in atto la fattispecie-continuità aziendale, ma se la scelta è nel senso della continuità la disciplina applicabile è quella dell'art. 186 *bis*".

[159] Così Trib. Bologna, 6 aprile 2016, in banca dati *Iusexplorer on line*, ove si legge che "l'applicabilità di tale disposizione [art. 186 *bis*, l. fall.] (e di tutte le altre che ad essa fanno riferimento, tra cui l'art. 160 u.c. l.f.) presuppone che ne ricorra la *ratio* e questa è ravvisabile solo e soltanto in quei casi in cui i creditori sopportino il rischio dell'esercizio dell'attività di impresa, nel senso che le prospettive della loro soddisfazione siano dipendenti in modo determinante dai risultati dell'attività che prosegue, appunto, in continuità"; perciò la decisione conclude che "in tutti i casi in cui dalla continuazione o meno dell'attività non derivi alcuna conseguenza per i creditori, dovrebbe quindi concludersi che non possa parlarsi di continuità rilevante *ex* art. 186 *bis* l.f.". Per la stessa conclusione, App. Firenze, 31 agosto 2015, n. 1485, in *Fall*., 2016, 492. Per certi versi prossima a quella proposta appare la conclusione di D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 335, secondo il quale "non sembra sufficiente [...] che vi sia una mera continuazione, in punto di fatto, di tale attività; deve ritenersi necessario, altresì, che la stessa 'entri' nel contenuto del piano, integrandone l'oggetto, nel senso che le obbligazioni assunte con la proposta concordataria in tanto potranno essere adempiute, in quanto si realizzino i flussi di cassa (per ipotesi data, positivi, almeno nell'arco temporale considerato dal proponente), previsti dal piano e generati dalla continuità aziendale durante la fase di esecuzione".

nella disciplina concorsuale dalla centralità del patrimonio alla valorizzazione dell'attività e del rischio ad essa connesso[160].

L'idea trova conferma nell'art. 186 *bis*, ult. comma, l. fall. prevede che il tribunale possa revocare l'ammissione al concordato se questo "risulta manifestamente dannoso per i creditori". Nella prospettiva dell'accettazione del rischio rientra la scelta di consentire la revoca non in presenza di qualsiasi perdita, da considerare fisiologica nell'esercizio dell'attività a rischio, ma soltanto quando da una valutazione complessiva emerga la dannosità manifesta della procedura per i creditori.

Alcune considerazioni, utili a confermare l'affermazione che precede, possono ricavarsi anche dalla necessità che un esperto attesti che la continuità serve al "miglior soddisfacimento dei creditori". Solo in apparenza il controllo previsto dall'art. 186 *bis*, comma 2 lett. *b*), l. fall. duplica inutilmente quello che bisogna svolgere in sede di omologa qualora vi siano contestazioni sulla convenienza della proposta. L'art. 180, comma 4, l. fall. precisa che il tribunale procede comunque all'omologa "qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili". Il primo giudizio - quello previsto solo per il concordato con continuità - svolge il paragone con le soluzioni alternative indicate dall'art. 180 l. fall. (quelle "concretamente praticabili")[161], ma alla luce di un metro diverso. Quello previsto per la procedura in continuità è un controllo che ha riguardo alla misura complessiva del soddisfacimento, la quale impone di considerare non l'entità di ciascun pagamento, ma la provvista complessiva che l'attività rischiosa risulta suscettibile di mettere a disposizione della massa creditoria[162]. Mentre l'art. 186 *bis*, comma 2 lett. *b*), l. fall. evoca il "miglior soddisfacimento *dei creditori*", l'art. 180, comma 4, l. fall. richiama la misura in cui può essere pagato "*il credito*"[163]. Il secondo giudizio - quello da svolgere per l'omologa - consente allora ai creditori di far prevalere la diversa valutazione da essi compiuta per i

[160] Questa tendenza è segnalata da G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm*., 2006, I, 752 ss.; N. ABRIANI, *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, cit., 272-273.

[161] Così conclude l'opinione maggioritaria, difesa da G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in *Fall*. 2017, 324; G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in *Fall*., 2017, 1017; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, 307; F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm*., 2017, I, 348, il quale opportunamente sottolinea che la soluzione proposta deve risultare "non la migliore in assoluto (*best solution*), ma quella migliore rispetto alle alternative disponibili (*better solution*)"; A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fall*., 2017, 641 ss.; Trib. Firenze, 2 novembre 2016, in *Fall*. 2017, 313 ss., con nota di G. D'Attorre, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*; App. Milano, 22 marzo 2017, in banca dati *Pluris on line*. Per la diversa tesi secondo cui il tribunale dovrebbe tenere conto di tutte le alternative "che i diversi piani che si potrebbero porre a base del concordato valendosi delle risorse disponibili, non solo in senso monetario, e delle possibilità nella specie praticabili, prospettano virtualmente", A. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti* ultra vires *nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm*., 2007, I, 360; A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall*., 2012, 1103.

[162] A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, cit., 640-641, il quale riassume la propria tesi nell'affermazione secondo cui "il soddisfacimento dei creditori si misura con riferimento alla provvista concordataria nel suo complesso offerta dal piano, senza alcuna rilevanza dei criteri prescelti dal debitore per la distribuzione della provvista stessa tra i creditori" (641).

[163] Con un ragionamento simile G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, cit., 750, ricava dal riferimento formulato dall'art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall., la preferenza per la prospettiva oggettiva nella determinazione delle finalità della procedura.

propri interessi e preferire la soluzione che possa far conseguire una maggior somma di denaro; viene così fissata una soglia al di sotto della quale il singolo creditore ha il diritto di sottrarsi al volere della maggioranza e rifiutare le conseguenze del concordato che gli offra un pagamento inferiore a quello altrimenti conseguibile[164]. Tale soglia è rappresentata dalla somma che si prevede di poter conseguire al di fuori di tale procedura: poiché non sono "concretamente praticabili" le soluzioni che presuppongono una volontà del debitore che proprio in concreto manca, si deve tenere conto delle alternative che possono prescindere da tale volontà; anzitutto quella fallimentare se ricorre l'insolvenza[165]. Tanto lo scrutinio in sede di ammissione quanto quello per l'omologa non sono in contrasto rispetto all'assunzione di rischio tipicamente imprenditoriale da parte dei creditori. Sia il miglior soddisfacimento che il maggior pagamento possono risultare coerenti rispetto alla scelta di proseguire l'esercizio. In relazione ad entrambi i giudizi, fondati su valutazioni prognostiche, è necessario confrontare i rischi ai benefici conseguibili[166].

Sempre nella prospettiva che guarda al soddisfacimento in senso ampio più che alla misura del pagamento sembrano giustificarsi la regola secondo cui la proposta di concordato con continuità non deve assicurare che i chirografari riceveranno un pagamento pari ad almeno al venti per cento del credito (art. 160, ult. comma, l. fall.) e quella secondo la quale le proposte concorrenti non sono ammissibili se un professionista attesta che quella di concordato con continuità avanzata dal debitore assicura[167] il pagamento di almeno il trenta per cento dei crediti chirografari, mentre la percentuale richiesta è del quaranta per il concordato ordinario (art. 163, comma 5, l. fall.)[168]. Entrambe le regole possono giustificarsi tenendo conto che la

---

[164] Per A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato Bessone*, vol. XXV, Torino, 2012, 266, quello appena indicato ha "la consistenza di vero e proprio *diritto soggettivo*" (corsivo dell'Autore). Questo rilievo riesce ancora più difficile giustificare le restrizioni per l'opposizione all'omologa giustificata da ragioni di convenienza che sono previste dall'art. 180, comma 4, l. fall..

[165] Identificano le alternative concretamente praticabili anzitutto con quella della liquidazione fallimentare, Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, 1248; Trib. Udine, 21 settembre 2012, in banca dati *Iusexplorer on line*; Trib. Latina, 22 ottobre 2012, in banca dati *Iusexplorer on line*; App. Palermo, 17 ottobre 2016, in banca dati *Iusexplorer on line*. Per Trib. Prato, 24 luglio 2014, in banca dati *Iusexplorer on line*, dovrebbe invece tenersi conto anche delle altre proposte di concordato astrattamente concepibili e perfino della possibilità di un ritorno *in bonis* del debitore.

[166] Per fare un esempio, nel caso di un'azienda che in liquidazione offrirebbe ai creditori cifre irrisorie, rispetta entrambi i parametri il concordato con continuità il quale consenta alle imprese creditrici la prosecuzione delle relazioni commerciali e alla generalità dei creditori un pagamento integrale, qualora ciò comporti l'assunzione di rischi improbabili.

[167] Perplessità induce l'utilizzo, da parte del legislatore, del verbo "assicurare", inteso da taluno nei termini dell'assunzione di un impegno vincolante (S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *IlCaso.it*, 7) e da altri in prospettiva opposta (G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 1391-1392; Trib. Firenze, 8 gennaio 2016; Trib. Siracusa, 23 dicembre 2015, entrambe in *Fall.*, 2016, 569, con nota di M. Fabiani, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*).

[168] L'indicazione di soglie così elevate può essere criticata per le conseguenze che determina sulle scelte imprenditoriali. Da una parte, incentiva l'imprenditore a ricorrere tempestivamente al concordato, quando la situazione finanziaria e patrimoniale sia ancora tale da poter escludere proposte concorrenti. Dall'altra, è suscettibile di indurre l'imprenditore che già non sia più in grado di assicurare quelle soglie di pagamento a proseguire l'attività anche a costo di aggravare la crisi per non rischiare di perdere il controllo sull'impresa. Per considerazioni analoghe, P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in *IlCaso.it*, 30-31; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, 1180; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2015, II, 93; N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in *Giust. civ.*, 2016, 377-378, il quale aggiunge però anche la possibilità che i soci siano incentivati dal pericolo di proposte concorrenti ad apportare nuove

procedura con continuità tende al soddisfacimento dei creditori oltre che al pagamento del debito.

La coerenza tra procedura di concordato con continuità e gestione rischiosa muove dall'impostazione secondo cui la crisi non implica l'inefficienza (in senso economico) insanabile dell'organizzazione[169] e la garanzia per le obbligazioni dell'imprenditore è rappresentata dalla sua capacità produttiva - ossia da beni futuri - più che dalla consistenza patrimoniale attuale[170].

Così individuato il senso della continuità, si può tentare di risolvere il problema della relazione con il concordato ordinario.

Rispetto alla fattispecie descritta dall'art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall., quella del concordato con continuità si caratterizza per alcune note ulteriori: la previsione di uno dei tre contenuti indicati (prosecuzione dell'attività, cessione o conferimento dell'azienda) con assunzione del rischio da parte dei creditori, la maggiore analiticità del piano ed il più ampio oggetto dell'attestazione svolta dal professionista. Inserendosi nella disciplina del concordato, quello con continuità determina effetti ulteriori rispetto a quelli della disciplina generale, giustificati nella prospettiva della gestione rischiosa e per favorire il buon esito della procedura[171].

La finalità della procedura rimane però sempre quella indicata nell'art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall., della "ristrutturazione dei debiti" e "soddisfazione dei crediti"; la continuità è la modalità attraverso la quale si tende a realizzare questi fini.

La relazione descritta sembra la medesima che sussiste tra disciplina generale e speciale: il concordato con continuità presenta gli elementi di fattispecie e gli effetti di quello ordinario, cui si aggiungono delle note ulteriori. Può allora dirsi che il concordato con continuità configura un sottotipo di quello ordinario, al quale nel silenzio della legge vanno applicate le regole generali[172]. La disciplina del concordato preventivo può essere rappresentata

---

risorse nella società per "blindare" la proposta; F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 351-352.

[169] Così B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1983, 20, per il quale "la insufficienza a produrre utile e così a remunerare il capitale di credito non giustifica [...] di per sé la condanna dell'organizzazione".

[170] Secondo B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 21, la capacità produttiva dell'impresa "e non una consistenza patrimoniale statica costituisce la reale garanzia offerta dall'imprenditore a chi lo finanzia". In questa prospettiva anche S. ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Aa. Vv., Milano, 2013, 4, per la quale "la garanzia che si offre ai creditori dell'impresa non è costituita tanto dalla mera capienza del patrimonio dell'imprenditore, cioè dalla sufficienza dell'attivo esistente a coprire le attuali passività, quanto da un corretto impiego nell'attività produttiva delle risorse patrimoniali che l'imprenditore ha deciso di destinarvi perché possano essere assicurate, anche prospetticamente, la produzione di reddito e la valorizzazione dell'investimento effettuato"; G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, cit., 57, per il quale "l'autentica garanzia dell'impresa finisce [...] per essere costituita, più che dal valore attuale del patrimonio, da quello che esso assumerà all'esito del suo impiego produttivo, in ragione dei flussi finanziari da esso generati".

[171] A queste finalità si possono ricondurre: la possibilità che il tribunale autorizzi il pagamento dei debiti anteriori per prestazioni di beni o servizi; la possibilità di moratoria per il pagamento dei creditori prelatizi; la prosecuzione dei contratti, anche pubblici; la possibilità di partecipare a gare per l'affidamento di nuovi contratti pubblici.

[172] Intorno a questa soluzione sembrano convergere le opinioni di L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1225; E. BARCELLONA, *Concordato con continuità aziendale: quale il* quid *dell'istituto?*, cit., 3 ss.; D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, absolute priority rule *e* new value exception, cit., 334; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Sub art. 186* bis, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, A. Nigro-M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), Torino, 2014, 561; M. CAMPOBASSO, N*uovi principi e vecchi problemi nel concordato preventivo con "continuità aziendale"*,

ricorrendo alla suggestiva immagine dei cerchi concentrici: tutti i concordati sono ricompresi in quello più grande e disciplinati dalle regole generali; solamente a quelli inclusi nel cerchio più piccolo si riferiscono le norme per il concordato con continuità[173] .

10. Limitazioni della responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo ordinario

Un consolidato orientamento giurisprudenziale distingue diversi regimi della responsabilità patrimoniale a seconda che il debitore ricorra alla procedura di concordato preventivo ordinario o invece con continuità. Diverso sarebbe nei due casi lo spazio affidato alla regolamentazione privata rispetto all'oggetto della garanzia generica.

La giurisprudenza nettamente prevalente, sia di merito[174] che legittimità[175], tende a negare l'ammissibilità a proposte di concordato ordinario le quali non mettano a disposizione del ceto creditorio l'intero patrimonio del debitore, confermando la soluzione espressamente stabilita per il concordato con cessione dei beni dal testo originario dell'art. 160, comma 2, n. 2, l. fall.[176]. Simili concordati sarebbero in contrasto rispetto alla norma imperativa che vieta limitazioni convenzionali all'oggetto della responsabilità patrimoniale universale: "una proposta concordataria con finalità liquidatorie che preveda il mantenimento di parte dell'attivo in capo alla società proponente [...] si porrebbe in aperto contrasto con l'articolo 2740 c.c., che pone il principio della responsabilità patrimoniale del debitore verso i suoi creditori con tutto il suo patrimonio"[177]. In senso analogo è orientata anche una parte della dottrina: "il debitore soggiace alla necessaria destinazione del suo patrimonio, e di tutto il suo patrimonio, alla soddisfazione dei creditori, sia che lo stato di crisi e/o l'insolvenza porti alla concorsualità sistematizzata nel fallimento, sia che si addivenga alla diversa procedura

---

in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, F. Barachini (a cura di), Torino, 2014, 29-30.

[173] L'immagine dei cerchi concentrici è ripresa da N. IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, cit., 56, il quale se ne serve per illustrare il rapporto che corre tra discipline generali e speciali.

[174] Così Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *Fall.*, 2013, 748, con nota di C. Trentini, *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*; Trib. Roma, 18 aprile 2013, in *IlFallimentarista.it*; Trib. Torino, 23 dicembre 2010, in *IlFallimentarista.it*, con nota di N. Bottero, *Condizioni di ammissibilità della proposta concordataria e concordato con parziale cessione dei beni*; Trib. Arezzo, 8 novembre 2011, in *IlFallimentarista.it*, con nota di M. Vitiello, *Proposta di concordato con cessione parziale dei beni del debitore con e senza continuità*; App. Roma, 5 marzo 2013, in *IlCaso.it*; Trib. Ravenna, 29 ottobre 2013, in *IlCaso.it*; Trib. Torino, 5 giugno 2014, in *IlCaso.it*; Trib. Roma, 29 luglio 2010, in *Fall*., 2011, 225, con nota di N. Nisivoccia, *Concordato preventivo e continuazione dell'attività aziendale: due decisioni dal contenuto vario e molteplice*, secondo cui "una cessione parziale dei beni ai creditori (rimanendo la parte esclusa nella disponibilità del debitore) non è ammissibile, perché il concordato non si fa per consentire al debitore di sottrarre parte dei suoi beni all'esecuzione concorsuale: ciò importerebbe violazione degli artt. 2740 e 2910 c.c.;"; Trib. Milano, 15 dicembre 2016, in *IlCaso.it*.

[175] Cass. civ., Sez. I, 17 ottobre 2018, n. 26005, in *IlFallimentarista.it*, "il concordato con cessione solo parziale dei beni realizza[a] una violazione dell'art. 2740 cod. civ., in quanto l'effetto esdebitatorio presuppone la messa a disposizione dei creditori di tutte le attività del debitore".

[176] Si è già ricordato che la disposizione prevedeva la cessione dell'intero patrimonio del debitore. perciò dottrina e giurisprudenza negavano l'ammissibilità di concordati con cessione parziale dei beni; così Trib. Bari, 22 luglio 1975, in *Giur. it*., 1976, I, 2, 435, secondo cui il legislatore dell'originario art. 160 l. fall. "ha, quindi, voluto dire esattamente quello che ha detto, e cioè che la cessione deve riguardare tutti i beni esistenti nel patrimonio insolvente"; Trib. Bari, 14 luglio 1975, in *Giur. it*., 1976, I, 2, 435; E.F. RICCI, *Il cessionario del credito di fronte alla liquidazione dei beni ceduti nel concordato preventivo*, in *Giur. comm*., 1989, I, 269-270, il quale indica la cessione dell'intero patrimonio come effetto *ex lege* del concordato.

[177] Con queste parole, Trib. Roma, 25 luglio 2012, cit..

concordataria"[178]. Le premesse del ragionamento sembrano chiare. Anzitutto, non meriterebbe l'ammissione una proposta di concordato in urto contro norme imperative[179]; affermazione, questa, in linea con l'orientamento secondo cui il controllo sull'ammissibilità ha ad oggetto la compatibilità tra proposta di concordato, norme imperative e causa in concreto della procedura. In secondo luogo, nell'ordinamento italiano sarebbe vigente una norma imperativa che vieta ai privati convenzioni contrarie alla responsabilità universale, ad esclusione delle ipotesi previste.

A dividere il campo con queste affermazioni stanno quelle dell'indirizzo giurisprudenziale di minoranza, alla stregua del quale sarebbe ammissibile anche la proposta mercé la quale il debitore utilizzi per il soddisfacimento dei debitori parte soltanto del proprio patrimonio[180]. L'idea che sta dietro questa soluzione è che le regole poste dall'art. 2740 cod. civ. non troverebbero applicazione nelle procedure concorsuali a carattere negoziale[181]. Sebbene sulla base di postulati talvolta diversi, l'ammissibilità del concordato ordinario il quale circoscriva l'oggetto della responsabilità è riconosciuta anche da parte della dottrina[182].

---

[178] Così G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, XVIII. Nella stessa direzione D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 343-344; D. VATTERMOLI, *Concorso ed autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, in *Dir. banca merc. fin*., 2012, I, 385.

[179] La giurisprudenza è concorde nell'affermare l'inammissibilità di proposte contrarie a norme imperative. Così, in particolare, Cass. civ., Sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giur. comm*., 2014, II, 443, con nota di C. Alessi, *Autonomia privata nel concordato preventivo e ruolo del tribunale*. Pur esprimendo perplessità rispetto a questa pronuncia, D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 340, concorda nell'affermare che il controllo del tribunale non può non considerare la coerenza rispetto alle norme imperative; V. CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, cit., 1225: riassume il contenuto della pronuncia nell'affermazione secondo cui "la fattibilità in senso giuridico [...] consiste *nell'immunità dell'atto da cause di nullità*" (corsivo dell'Autrice).

[180] Trib. Mantova, 9 ottobre 2014, in *IlCaso.it*.

[181] Trib. Mantova, 9 ottobre 2014, cit., afferma che "la scelta dell'imprenditore di non mettere a disposizione tutti i beni ma solo una parte degli stessi non viol[a] alcuna regola di ordine pubblico, non trovando applicazione l'art. 2740 c.c. nella disciplina del concordato e in generale nella regolazione negoziata della crisi d'impresa, ma unicamente nell'esecuzione coattiva".

[182] In tal senso L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 60, per il quale addirittura "unica condizione dell'ammissibilità delle proposte di concordato preventivo e concordato fallimentare è [...] che esse siano convenienti rispetto all'alternativa, rispettivamente, del fallimento e della prosecuzione della liquidazione, non che esse attribuiscano ai creditori *tutto* il beneficio derivante dal concordato" (corsivo dell'Autore); S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato Cottino*, vol. XI, t. 1, Padova, 2008, 35-36; L. PANZANI, *Sorte della partecipazione dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi*, in *Soc*., 2014, I, 92 ss.; G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc*., 2012, 486; N. NISIVOCCIA, *Concordato preventivo e continuazione dell'attività aziendale: due decisioni dal contenuto vario e molteplice*, in *Fall*., 2011, 230, secondo il quale "se la proposta può prevedere tutto, non c'è ragione perché non possa prevedere anche la cessione parziale"; G. SANTONI, *Contenuto del piano di concordato e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2006, I, 522, il quale muove dal testo dell'art. 160, comma 1, lett. *b*), l. fall., "nel quale il concordato con assunzione è consentito a seguito dell'attribuzione «delle [sole] imprese interessate», e non di tutte le attività"; F.S. FILOCAMO, *Sub art. 182*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, M. Ferro (a cura di), Padova, 2014, 2471; G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, in *Riv. dir. comm*., 2016, I, 224; G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 372 ss.; G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, cit., 325 ss.; G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, cit., 1016 ss.; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 3, Milano, 2016, 3462-3463; A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, cit., 647, il quale afferma però in tal caso la necessità che l'attestatore dichiari che il concordato è in grado di procurare il miglior soddisfacimento dei creditori; C. TRENTINI, *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*, in

11. Limitazioni della responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo con continuità aziendale

Nel paragrafo precedente si è riportata la voce quasi unanime della giurisprudenza, la quale afferma che il concordato ordinario volta a limitare la responsabilità introdurrebbe un accordo sulla responsabilità vietato dall'ordinamento.

Le conclusioni della maggioranza sono di segno opposto per il concordato con continuità. La giurisprudenza[183], con il consenso di buona parte della dottrina[184], tende a riconoscere l'ammissibilità del concordato con continuità che preveda una limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore. Tale limitazione può assumere forme diverse. Essa può anzitutto essere assoluta o relativa. Può dirsi "assoluta" nei casi in cui siano esclusi tanto l'utilizzo per proseguire l'impresa quanto la liquidazione di taluni beni. I beni non sono utilizzati né per soddisfare i creditori in maniera diretta, mercé la loro liquidazione, né in maniera indiretta, procurando al debitore beni ulteriori per il pagamento. La limitazione è invece relativa nel caso in cui si preveda di utilizzare i beni nell'impresa senza però procedere alla liquidazione, nonostante il soddisfacimento solo parziale dei creditori. Nel caso di limitazione relativa i beni aziendali non possono dirsi estranei al concordato: vengono utilizzati solamente per generare i ricavi della continuità: i beni attuali del debitore sono usati *per rispondere*, ma non è con essi che l'obbligato *risponde*. La limitazione, sia assoluta (quando i beni sono esclusi dal concordato) che relativa (quando sono utilizzati solo per proseguire l'esercizio), può riguardare anche i beni futuri, ossia anzitutto i proventi dell'attività che prosegue. In tutte queste ipotesi: da un lato, l'imprenditore in crisi si libera dal peso delle obbligazioni mantenendo per sé una frazione del patrimonio, che viene sottratta alle pretese dei creditori;

Fall., 2013, 757 ss.; C. COSTA, *Il concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, F. Barachini (a cura di), Torino, 2014, 63-64; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 308.

[183] Trib. Firenze, 2 novembre 2016, cit.; Trib. Roma, 25 luglio 2012, cit.; Trib. Arezzo, 8 novembre 2011, cit.; App. Roma, 5 marzo 2013, cit.; Trib. Torino, 5 giugno 2014, cit.; Trib. Mantova, 9 ottobre 2014, cit.; Cass. civ., Sez. I, 17 ottobre 2018, n. 26005, cit., ove si afferma che "ai sensi dell'art. 186 *bis* l. fall., [...] la cessione parziale dei beni è espressamente prevista proprio in relazione alla finalità perseguita dall'istituto di consentire la prosecuzione dell'attività imprenditoriale".

In maniera difforme, invece, Trib. Milano, 15 dicembre 2016, cit..

[184] L. PANZANI, *Sorte della partecipazione dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi*, cit., 91; G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 486; G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, cit., 317 ss. ; G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, cit., 1016 ss.; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3462-3463; G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, cit., 224; A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, cit., 647; A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo d risanamento: alcune considerazioni*, in *Contr. imp*., 2013, 1087; C. TRENTINI, *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*, cit., 760; M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in *IlCaso.it*, 7-8; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 308; S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *IlCaso.it*, 22, per il quale "quando sia presentato un concordato in continuità, deve ritenersi fisiologico che l'imprenditore resti in possesso del proprio patrimonio, al netto degli *assets* non strumentali ceduti e degli importi da versare ai creditori"; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, in *Riv. dir. comm*., 2018, I, 112 ss.. In altro senso, invece, D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, absolute priority rule *e* new value exception, cit., 343 ss..

dall'altro, è proprio la prospettiva di conservare alcuni beni a giustificare l'impegno del debitore nella continuità in luogo di altre soluzioni.

Tornando alla posizione prevalente in giurisprudenza, essa è compiutamente delineata in un decreto del Tribunale di Firenze[185], nel quale si incontrano gli argomenti principali solitamente spesi in suo favore. Se ne possono isolare due. In primo luogo, si afferma che "l'art. 186 *bis* l. fall. non prevede un obbligo in capo a colui che redige un piano di destinare ai creditori tutte le utilità derivanti dalla continuazione, essendo consentito all'imprenditore, in deroga ai principi di cui all'art. 2740 c.c. ed in un'ottica di favore verso il risanamento dell'impresa, conservare per sé parte delle risorse generate dall'esercizio dell'attività di impresa, onde assicurare una patrimonializzazione sufficiente e comunque a porre condizioni adeguate a prevenire future situazioni di crisi". Il secondo argomento aggiunge che quella con continuità sarebbe una procedura "strutturalmente e funzionalmente ben distinta rispetto ai concordati liquidatori"; giacché "la differente modalità di soddisfacimento dei creditori (i quali vengono pagati non attraverso la liquidazione del patrimonio ma con i proventi ritratti dall'esercizio dell'attività di impresa) e la finalità, favorita dal legislatore, di risanamento e conservazione dell'impresa, pur nell'ottica della massimizzane degli interessi dei creditori, giustifica la deroga *tout court* al principio della responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 c.c.". Ambedue le affermazioni meritano di essere prese in seria considerazione per il consenso che raccolgono e le importanti conseguenze che determinano.

12. Il concordato preventivo con continuità tra le eccezioni alla responsabilità patrimoniale universale

Il primo supporto alla tesi che giudica ammissibili le limitazioni della responsabilità nel concordato con continuità è dato dall'idea secondo cui esse non sarebbero vietate, dal momento che l'art. 186 *bis* l. fall. non fa obbligo al debitore di destinare al soddisfacimento dei creditori l'intero patrimonio, comprensivo delle utilità conseguite con la prosecuzione dell'esercizio. La debolezza dell'affermazione dipende dal fatto che il carattere universale della responsabilità patrimoniale è già affermato in termini generali dall'art. 2740, comma 1, cod. civ.. Non è tanto da ricercare la norma che sancisca l'universalità, essendovi quella stabilita dal codice civile, quanto quella che ad essa faccia eccezione. È allora da stabilire se dalla disciplina del (solo) concordato con continuità si possa ricavare una eccezione alla disciplina generale della responsabilità patrimoniale.

Secondo un diffuso modo di vedere[186] l'eccezione sarebbe contenuta nell'art. 186 *bis*, comma 1, l. fall.. Questa disposizione precisa che "il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa". L'opinione richiamata ricava da queste parole la libertà per l'imprenditore di articolare il piano di concordato secondo modalità tali da sottrarre alcuni beni alla procedura concorsuale. Si deve però obiettare che un conto è

[185] Ci si riferisce a Trib. Firenze, 2 novembre 2016, cit..

[186] Cass. civ., Sez. I, 17 ottobre 2018, n. 26005, cit.; Trib. Roma, 25 luglio 2012, cit.; App. Roma, 5 marzo 2013, cit.; Trib. Torino, 5 giugno 2014, cit.; Trib. Mantova, 9 ottobre 2014, cit. Allo stesso modo, per la dottrina, M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, cit., 7-8; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014, 127; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3463. Per L. PANZANI, *Sorte della partecipazione dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi*, cit., 92, l'art. 186 *bis*, comma 1, non conterrebbe alcuna norma eccezionale, ma semmai la conferma di una eccezione al principio di universalità immanente alla disciplina concordataria, e quindi non circoscritta al concordato con continuità.

consentire che la continuità sia assistita dalla liquidazione di alcuni beni - attuata con modalità tali da escludere l'assunzione del rischio d'impresa -, senza che si debba disapplicare la disciplina speciale, altro è consentire la limitazione della garanzia patrimoniale generica[187]. La disposizione non deroga al principio di universalità; evita invece che un maggior soddisfacimento dei creditori sia ostacolato da una concezione della continuità la quale escluda la liquidazione di parte del patrimonio, ancorché non necessaria a proseguire l'esercizio[188]. Per consentire un maggior ricavo la disciplina del concordato chiarisce che la liquidazione di parte del patrimonio non impedisce l'applicazione della disciplina prevista per quello con continuità.

13. Interesse alla continuità e concordato preventivo: la crisi d'impresa nel sistema costituzionale

L'altra affermazione posta a fondamento dell'orientamento maggioritario individua nella disciplina del concordato con continuità principi differenti da quelli che ispirano quello ordinario. La prospettiva è appunto quella della diversità strutturale e funzionale tra le due forme di concordato. Quello con continuità servirebbe anzitutto a tutelare l'interesse pubblico alla conservazione delle strutture produttive, oltre che quello egoistico dei creditori[189]; il secondo potrebbe perciò essere sacrificato alle ragioni del primo.

Contro quest'idea orienta già l'impostazione secondo cui tra disciplina del concordato ordinario e con continuità corre invece un rapporto di genere a specie. La struttura, composta dalla sequenza ordinata dei medesimi atti, appare la medesima; così come identica appare la funzione: in entrambi i casi la "ristrutturazione dei debiti" e la "soddisfazione dei crediti" indicate nell'art. 160, comma 1, lett. a), l. fall..

Tuttavia, la tesi della diversità funzionale è tanto diffusa da meritare qualche considerazione in più.

L'affermazione sembra procedere da un equivoco e, poi, non spiegare adeguatamente perché l'interesse alla prosecuzione dell'attività dovrebbe giustificare la deroga al principio di universalità. La necessità della deroga sembra più presupposta che dimostrata se si considera

---

[187] Così anche D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, absolute priority rule *e* new value exception, cit., 346-347. Di altro avviso M. CAMPOBASSO, *Nuovi principi e vecchi problemi nel concordato preventivo "con continuità aziendale"*, cit., 32-33; C. COSTA, *Il concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., 63-64.

[188] Una soluzione simile a quella indicata dall'art. 186 *bis*, comma 1, era stata già presente in un orientamento della giurisprudenza di merito prima che la disposizione fosse introdotta. In particolare, Trib. Arezzo, 8 novembre 2011, cit., aveva affermato che il piano di concordato potesse escludere la liquidazione dei beni necessari alla prosecuzione della attività, qualora prevista.
Con riguardo alla possibilità di liquidare i beni non necessari a proseguire l'esercizio, la disciplina italiana giunge, seppur all'esito di un percorso inverso, alla medesima soluzione adottata dall'ordinamento spagnolo. In questo era previsto il divieto di procedere alla cessione dei beni nella procedura di *convenio*, essendo tale attività riservata alla procedura denominata di *liquidación*. Tale regola risultava spesso violata mediante gli espedienti più disparati. Anche in considerazione di ciò, l'attuale art. 100, comma 3, Ley Concursal, pur mantenendo il divieto di liquidare l'intero patrimonio, consente la cessione di beni e crediti che non risultino necessari alla prosecuzione dell'attività. Per un compiuto esame della disposizione, A. GUTIÉRREZ, *Sub art. 100*, in *Comentario a la Ley Concursal*, J. Pulgar (directora), 2016, Madrid, 1317 ss..

[189] Così Trib. Piacenza, 26 ottobre 2012, in *IlCaso.it*, secondo cui scopo principale del concordato sarebbe la conservazione delle strutture produttive. Per la possibilità che l'interesse alla prosecuzione dell'impresa prevalga su quello dei creditori si esprime, già prima dell'introduzione del concordato con continuità, S. SCARAFONI, *La riforma del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 839.

che la continuità potrebbe invece realizzarsi senza dover necessariamente prescindere dall'universalità[190]; come avverrebbe qualora l'attività proseguisse sino all'integrale soddisfacimento dei creditori o al termine del periodo di continuità tutti i beni venissero liquidati.

Soprattutto, notevoli dubbi si annidano introno alla premessa metodologica, che sembra concedere spazio ad un malinteso uso normativo del mercato[191], e poi all'assioma secondo cui il concordato disciplinato nella legge fallimentare servirebbe anzitutto a realizzare l'interesse alla conservazione dell'impresa[192]. Interesse, quest'ultimo, considerato pubblico[193] e perciò prevalente su quello egoistico di ciascun creditore. Nella logica normativa la continuità sembra invece lo strumento escogitato per la ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento dei crediti[194]. La conferma del nesso funzionale tra prosecuzione rischiosa

[190] Il rilievo è condiviso da G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 365-366; G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, cit., 318-319.

[191] Sull'uso normativo del mercato, anzi contro di esso, P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ*., 1995, 112 ss.. L'aggettivo "malinteso" deriva dalla considerazione (approfondita nel paragrafo) che non sembra affatto dimostrata l'efficienza economica di un sistema orientato alla prevalenza dell'interesse alla continuità rispetto a quello dei creditori.

[192] Con riguardo alla previgente disciplina dell'amministrazione straordinaria, B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 9, osservava che "la crisi dell'impresa, o piuttosto, per adesso, il dissesto dell'imprenditore, non vengono più affrontati con la preoccupazione di soddisfare massimamente i creditori (nel rispetto della par condicio). È il risanamento, la riorganizzazione dei complessi aziendali che preoccupano: o, più precisamente, la riorganizzazione dell'impresa al fine del risanamento dei complessi aziendali. La logica della produzione non tollera stasi, o soluzioni di continuità".

[193] Non si può omettere di segnalare come lo stesso ricorso in chiave ermeneutica alle categorie di pubblico e privato con riguardo all'interesse susciti più di qualche perplessità. Come sottolinea P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. Dir. civ*., 1986, 934, è anzitutto necessario stabilire una nozione di interesse pubblico che non risulti soggettiva o arbitraria né dogmatica e astorica. Soprattutto, poi, lo stesso Autore richiamando il pensiero di Kelsen sottolinea che "ogni norma giuridica serve sempre all'interesse collettivo e a quello individuale allo stesso tempo; perché l'interesse collettivo non è un interesse diverso dall'individuale. Propriamente vi sono soltanto interessi individuali" (934). Se così è diventa difficile sostenere che l'eventuale conflitto tra interesse alla sicurezza del credito e alla prosecuzione dell'impresa corra tra interessi disomogenei: interesse privato dei creditori, il primo; altrettanto privato, ma riferibile ad altri soggetti, il secondo. Interessi tra i quali - come si dirà subito - il concordato preventivo assegna prevalenza al primo, il quale non può mai trovare nella procedura concorsuale l'occasione per la sua lesione.

[194] Così A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., 291; D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, absolute priority rule *e* new value exception, cit., 336; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1223; G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 364-365, per il quale "la disciplina del concordato con continuità aziendale non consente certo il sacrificio dei creditori per favorire la conservazione dell'impresa, ma favorisce la continuità proprio al fine di conseguire il migliore soddisfacimento dei creditori" (364); G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, cit., 318; M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 176; A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, cit., 1107; M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, cit., 6-7; M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2016, 26, per il quale "la continuità è nel concordato un valore-mezzo (in funzione del miglior soddisfacimento dei creditori)"; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, F. Vassalli-F.P. Luiso-E. Gabrielli (diretto da), vol. IV, Torino, 2014, 5-6; G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, cit., 83, per il quale "non si possono sacrificare i diritti dei creditori in nome di presunte finalità istituzionali, che non hanno nulla a che vedere con un'economia di mercato"; A. AZARA, *Il concordato preventivo*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, M. Nuzzo (a cura di), vol. II, Torino, 2014, 629-630, per il quale "la continuità aziendale è un bene che in tanto riceve tutela, in quanto la garanzia patrimoniale dei creditori sarebbe destinata a ridursi, ove l'attività d'impresa venisse interrotta" (630); F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto*

dell'attività e interesse dei creditori si ricava già dalla necessità del loro consenso[195], oltre che da numerose disposizioni della legge fallimentare[196]: l'art. 186 *bis*, comma 2, lett. *b*), prescrive che la relazione del professionista attesti che la continuità è "funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori" e non invece che sussistano le "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività produttive" pretese dell'art. 27, comma 1, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, per l'amministrazione straordinaria; sempre l'art 186 *bis*, all'ultimo comma, prevede la revoca del concordato che risulti "manifestamente dannoso per i creditori"; l'art. 182 *quinquies*, comma 5, consente il pagamento di debiti anteriori per prestazioni di beni e servizi se il professionista attesta che "tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione delle attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori"; l'art. 163, comma 5, consente proposte concorrenti che prevedano una soluzione liquidatoria anche se il debitore aveva predisposto un piano basato sulla prosecuzione dell'impresa[197]. Queste regole confermano l'opinione secondo cui "le procedure concorsuali" - o almeno quelle della legge fallimentare - "hanno come obiettivo primario la tutela dei creditori attraverso la loro massima soddisfazione"[198].

Il risanamento dell'impresa è del resto una conseguenza meramente eventuale del concordato con continuità, senza poterne perciò identificare la funzione caratteristica[199] o, per dire con termine tecnico, la causa. Se così stanno le cose, l'idea della diversità funzionale tra concordato ordinario, pensato per tutelare la ricchezza dei creditori, e con continuità, volto a incrementare quella collettiva, sembra dissolversi.

---

societario della crisi, cit., 68; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc*., 2017, 341.

[195] A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2000, 15, afferma che "con l'affidare le sorti del concordato nelle mani dei creditori, consentendo loro di respingere qualsiasi soluzione per essi meno vantaggiosa, e con l'imporre al giudice di non omologare accordi che non siano i migliori possibili per i creditori, il legislatore mostra di aver operato una scelta precisa, consistente nel privilegiare le attese dei creditori rispetto ad eventuali prospettive di salvaguardia dell'organismo produttivo che si traducano in una penalizzazione dei creditori". Considerazioni simili formula L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 76.

[196] Così D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, absolute priority rule *e* new value exception, cit., 336-337.

[197] Così A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *IlCaso.it*, 3; M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *IlCaso.it.*, 11; M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi d'impresa*, cit., 25-26; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1168; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, cit., 97; G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, cit., 1400; P.D. BELTRAMI, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in *IlCaso.it*, 30; F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 351.

[198] Così, prima della riforma, G.D. MOSCO, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2009, 374, il quale ricava il corollario secondo cui "le soluzioni liquidatorie sono tutt'oggi da preferire ogni qual volta consentano di formulare una prognosi di più elevata tutela - in termini di minori sacrifici economici - dei creditori"; dopo la riforma, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 94, per il quale "la tutela dei creditori è [...] la finalità principale delle procedure d'insolvenza".

[199] Così D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, absolute priority rule *e* new value exception, cit., 336-337. In chiave analoga M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 63, rileva che "lo statuto legale del concordato non impone la prosecuzione dell'impresa e, soprattutto, preclude codesta prosecuzione ogni volta sia suscettibile di convertirsi in un danno per i creditori".
Un ragionamento analogo svolge, rispetto al concordato preventivo più in generale, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., 291, per il quale "in sede di omologazione, l'accento cade sul consenso dei creditori alla sistemazione concordataria dell'esposizione debitoria, al di là ed indipendentemente dalla idoneità o meno di tale sistemazione a consentire la conservazione dell'impresa, che non rappresenta dunque un obiettivo indefettibile - ma solo eventuale e strumentale - della procedura".

La gerarchia tra interessi stabilita dal legislatore, si mostra in linea con i principi costituzionali, cui sembra dare coerente sviluppo[200]. Da una parte, sarebbe illogica una tutela dell'interesse generale alla continuità imposta ai creditori, ma non all'imprenditore: "tipico dell'imprenditore classico è il potere di dismettere in ogni momento l'impresa, da lui iniziata ed esercitata; e questo potere di certo si collega al dato di fatto che egli nell'impresa rischia, e rischia del proprio"[201]. In altre parole, mentre i primi non potrebbero opporre le esigenze del credito per evitare la prosecuzione dell'esercizio, il debitore potrebbe in ogni momento decidere di interrompere la propria attività[202]. Dall'altra parte, anche assumendo l'esistenza di

[200] Che l'interesse creditorio non possa essere travolto da quello pubblico è affermazione ricorrente anche con riguardo al concordato nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, la cui disciplina tiene senz'altro in maggior considerazione l'interesse pubblico. Così G. BAVETTA, *Liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1974, 280-281; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La chiusura della liquidazione e il concordato*, in *Le procedure concorsuali. Le procedure minori*, G. Ragusa Maggiore-C. Costa (diretto da), Torino, 2001, 979; S. SERAFINI, *Nuove questioni in tema di concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Riv. dir. comm*., 2006, II, 89-90, per il quale "l'esigenza di tutelare le posizioni dei creditori concorsuali renderà possibile l'approvazione del concordato da parte del tribunale soltanto quando la proposta presentata dall'imprenditore circa le modalità di soddisfacimento dei creditori non comporti un sacrificio di questi ultimi rispetto a quanto essi potrebbero ottenere con la liquidazione dell'impresa ad opera del commissario liquidatore, considerati anche i costi della procedura e i tempi necessari alla ripartizione dell'attivo"; Trib. Varese, 4 aprile 2006, in *Nuova Giur. Civ. Comm*., 2007, I, 448, con nota di F. Tomasso, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa tra interessi privati e interesse pubblico*, secondo cui in tale concordato, "il Tribunale è chiamato a valutare ed a comparare l'interesse pubblico come riconosciuto ed affermato dall'Autorità di vigilanza con l'interesse del ceto creditorio, interesse alla cui tutela deve ritenersi espressamente deputata l'attività omologatoria del Tribunale medesimo"; Cass. civ., Sez. I, 22 aprile 2013, n. 9675, in banca dati *Iusexplorer on line*; Cass. civ., Sez. I, 6 febbraio 2013, n. 2782, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 579, per la quale "il perseguimento di obiettivi di pubblica utilità non giustifica [...] il sacrificio delle ragioni dei creditori, che con quegli obiettivi non hanno alcuna relazione di strumentalità (diversamente da quanto avviene nel caso dell'espropriazione per pubblica utilità), né dei diritti dei privati che da quell'azione amministrativa non siano avvantaggiati in modo particolare, sì da giustificare il sacrificio medesimo"; Cass. civ., Sez. I, 18 marzo 2008, n. 7263, in *Fall*., 2008, 893, con nota di F. Tomasso, *Concordato nella l.c.a. (e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza), conservazione o liquidazione ed interesse dei creditori*, la quale nel fissare il proprio principio di diritto precisa che "nella liquidazione coatta amministrativa, le peculiarità della disciplina di approvazione del concordato nel R.D. 16 marzo 1942, n. 167, art. 214, e in particolare la sottoposizione preventiva della proposta di concordato all'autorizzazione dell'autorità di vigilanza, e la sua sottrazione all'approvazione del ceto creditorio non si traducono nell'affermazione della preminenza dell'interesse pubblico alla conservazione dell'impresa su quello dei creditori alla soddisfazione delle loro ragioni; sicché, solo qualora le prospettive di soddisfazione dei creditori, offerte dal concordato con la conservazione dell'impresa *in bonis*, siano almeno equivalenti a quelle che sarebbero offerte dalla sua liquidazione il concordato può essere approvato, nonostante l'opposizione dei creditori medesimi"; Cass. civ., Sez. I, 19 settembre 2006, n. 20259, in *Giur. comm*., 2007, II, 1171, con nota di F. Tomasso, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa dopo le riforme della legge fallimentare e la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.*. Secondo Corte Cost., 19 giugno 1975, n. 159, in *Giurcost.org*, "la liquidazione coatta realizza una forma di collaborazione tra l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria, per la coordinata tutela dell'interesse pubblico e degli interessi privati, pienamente compatibile con il vigente ordinamento costituzionale".

[201] Così G. MINERVINI, *Nuove riflessioni sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm*., 1977, I, 690, nel rivolgere una critica al declino della responsabilità d'impresa provocato da numerosi interventi di sostegno pubblico ai privati.

[202] Così L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 113, per il quale "l'ordinamento consente ai fornitori di capitale di rischio, quali i soci di una società, di decidere se continuare l'esercizio dell'impresa o, quando essa distrugge ricchezza, cessarla in tutto o in parte; conseguentemente e a maggior ragione, l'ordinamento non può, in nome di interessi «generali» che non invoca di fronte ai soci, imporre la continuazione dell'impresa, o il mantenimento della sua «unità», ai creditori, i quali non avevano accettato il rischio d'impresa, pena un'inammissibile disparità di trattamento"; G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, in *Giur. comm*., 2016, I, 291, il quale osserva che "se un principio di prevalenza dell'interesse alla continuazione fosse davvero prevalso nel nostro sistema, ben prima che nella disciplina fallimentare, esso avrebbe dovuto manifestarsi nella disciplina sostanziale della ricapitalizzazione in situazioni di perdita del capitale, nella quale, invece, non è mai stato previsto a carico dei soci obbligo alcuno - bensì lasciandone la decisione indisturbata ai

un interesse pubblico alla conservazione delle strutture produttive, sarebbe difficile negare l'esistenza di un altro, ugualmente pubblico, alla realizzazione del credito[203]. I due si pongono sullo stesso piano e appaiono complementari, anziché in conflitto: il sacrificio dell'uno implica anche quello dell'altro[204]. Bisogna anzitutto segnalare che il sacrificio dei creditori determina conseguenze negative nel loro patrimonio e nella attività (in ipotesi anche d'impresa) che essi esercitano, potendone determinare la cessazione[205]. Inoltre, tale pregiudizio, benché imposto per favorire la continuità, dissuade dall'erogazione del credito o ne incentiva la revoca ai primi segnali di crisi, pregiudicando così lo stesso avvio e la conservazione delle attività imprenditoriali[206]. Soprattutto bisogna però aggiungere che l'interesse a mantenere attive le imprese non potrebbe realizzarsi attraverso la procedura concorsuale e in pregiudizio dei creditori senza che ciò configuri, oltre che un'inammissibile espropriazione del credito[207], una violazione delle regole che impongono la partecipazione proporzionale al finanziamento della spesa pubblica. Il relativo costo, anziché attraverso il

---

soci, e anche la non decisione - la sola minaccia di scioglimento e liquidazione, antitetica all'interesse alla continuità e, di norma, all'interesse dei creditori sociali a veder giocata una *chance* di recupero".

[203] Per F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. Comm*., 1984, 53, se pubblico risulta l'interesse alla continuità, altrettanto può dirsi di quello alla sicurezza del credito e, quindi, all'integrale adempimento delle obbligazioni. Ricorda B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 19, come in passato all'stesso interesse dei creditori nella procedura fallimentare fosse attribuito carattere generale.

[204]Per G. TARZIA, *Intervento*, in *Giur. comm*., 1979, I, 274, "la contrapposizione tra la tutela del credito e la tutela del posto di lavoro è una contrapposizione fittizia. In realtà, il posto di lavoro si tutela non fittiziamente, ma si tutela realmente ed in quanto l'impresa abbia una capacità vitale". Nella stessa direzione, F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, in *Giur. comm*., 2008, I, 978-979, osserva che "la tradizionale concezione basata sulla contrapposizione tra gli interessi relativi alla conservazione dei valori produttivi ed alla tutela del ceto creditorio può considerarsi superata anche nel fallimento, in quanto la conservazione può essere sicuramente funzionale ad una massimizzazione del valore dell'attivo. Né si può ormai concepire l'interesse dei creditori in modo univoco ed omogeneo, considerato che questi ultimi sono spesso portatori di istanze del tutto divergenti. I creditori del fallito sono spesso anch'essi imprenditori: pertanto, il sacrificio che sopportano nella loro tutela individuale può essere compensato dal beneficio che la disciplina adottata comporta per l'intero sistema delle imprese di cui sono partecipi". La scomposizione tra gli interessi, quello alla continuità come pubblico e quello al soddisfacimento dei crediti come individuale è giustamente contestata da, F. TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa dopo le riforme della legge fallimentare e la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 1185, il quale rileva come nel concordato proposto dall'imprenditore sia normalmente presente anche un suo interesse, privato come quello dei creditori; sicché la contrapposizione non corre tanto tra interessi disomogenei, bensì tra interessi ugualmente egoistici.

[205] Per A. MAFFEI ALBERTI, *Intervento*, in *Giur. comm*., 1979, I, 294, "n[on] va dimenticato che quasi sempre i creditori dell'imprenditore insolvente sono a loro volta imprenditori commerciali ed anche la conservazione della loro impresa [...] comporta interessi collettivi che vanno tutelati".

[206] Lo stretto collegamento tra la tutela del credito e la propensione dei privati alla sua erogazione è sottolineato da L.A. BEBCHUK, *Chapter 11, Discussion Paper n. 227*, in *Harvard Law School* 1997, 2; R.K. RASMUSSEN, *Debtor's choice: a menu approach to corporate bankruptcy*, in 71 *Texas Law Revierw* 1992, 56 ss.; I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, Oxford, 2009, 112; D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, absolute priority rule *e* new value exception, cit., 346; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 32 e 90 ss., per il quale "maggiori sono i rischi di mancata soddisfazione per i creditori, maggiore è il premio di rischio che i finanziatori impongono su coloro che richiedono credito" (32); F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 67-68.

[207] Così, nel formulare un severo giudizio rispetto alla legislazione per la soppressione dell'EGAM, P. SCHLESINGER, *La legge di soppressione dell'Egam: i creditori possono essere espropriati legittimamente?*, in *Giur. comm*., 1979, I, 9. In tal senso anche F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ*., 2006, II, 331, il quale condivide il riferimento ad una espropriazione del credito. Di segno opposto sembra l'opinione di D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare fra diritto ed economia*, Bologna, 2006, 39, secondo il quale i creditori non sarebbero gli unici a subire le conseguenze della crisi, sicché essi "possono anche essere assoggettati a un trattamento giuridico che non li collochi esplicitamente al centro della tutela".

sistema tributario e secondo le sue regole, finirebbe per ricadere unicamente sui creditori[208]. Una disciplina del concordato pregiudizievole anziché a tutela dei loro interessi sarebbe perciò irragionevole ed in urto contro i principi costituzionali, insieme a quelli della legge fallimentare.

14. Il concordato preventivo tra i patti limitativi della responsabilità patrimoniale

Le considerazioni svolte nei paragrafi che precedono inducono ad escludere che il problema della responsabilità patrimoniale universale possa trovare la propria soluzione all'interno della legge fallimentare e in maniera diversa per il concordato ordinario e quello con continuità. Non sembrano convincenti le tesi che argomentano questa conclusione muovendo dal testo dell'art. 186 *bis*, l. fall. o da distinzioni riguardanti la causa della procedura.

Sembra allora necessario invertire il metodo tuttora prevalente e procedere non tanto alla ricerca di norme eccezionali rispetto all'universalità della responsabilità nella disciplina concorsuale, ma alla rilettura delle regole sulla garanzia patrimoniale; in altre parole, all'ispezione del rapporto tra questa responsabilità e l'autonomia privata. Procedendo con ordine, occorre dapprima approfondire l'esame della responsabilità patrimoniale, per poi tentare di risolvere il problema del rapporto tra questa e l'autonomia privata. Una volta conclusa questa fase dell'indagine, si potrà passare a quella sulla declinazione che la disciplina concorsuale fa dei principi e delle regole in materia di responsabilità e autonomia privata.

[208] Su questa linea, F. D'ALESSANDRO, *Politica della crisi d'impresa: risanamento o liquidazione dell'azienda?*, in *Fall*., 1980, 32, ove si legge che "nella misura in cui il salvataggio, e i corrispondenti sacrifici, si impongono in forza di un interesse della collettività, deve essere questa a sopportarne il peso, che non può essere accollato ai creditori"; F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, cit., 54 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. Comm*., 2001, I, 417; F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 331, nel rilevare che "il diritto di garanzia dei creditori sul patrimonio del debitore è assistito da tutela costituzionale, onde non può essere espropriato, neppure indirettamente, né a vantaggio dell'interesse pubblico (alla piena occupazione e simili), né, meno ancora, è ovvio, a vantaggio dell'interesse del debitore". Di segno analogo risultano le opinioni di G. TARZIA, *Intervento*, cit., 274, per il quale "il prezzo della riconversione industriale, il prezzo della riconversione della mano d'opera che dipende dalle imprese dissestate, non può essere evidentemente che pagato dalla comunità nazionale; non può essere addossato se non con gravissime conseguenze ai creditori delle singole imprese"; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale,* cit., 17, quando afferma che "la mancata soddisfazione dei creditori tutelati, quando dipende da riduzione dell'oggetto responsabile, tende a postulare nuove forme di solidarietà sociale, in favore, appunto, di questi creditori. Infatti, l'imbarazzo di costoro va considerato come un costo sociale, specialmente quando è lo stesso Stato che si è arricchito di quei diritti soggettivi, la cui sottrazione ai privati ha provocato la cessazione o la limitazione oggettiva della responsabilità patrimoniale".

CAPITOLO III

Autonomia privata e responsabilità patrimoniale

15. Responsabilità patrimoniale e rapporto obbligatorio

La struttura dell'obbligazione appare composta da quella coppia di situazioni giuridiche soggettive correlate e da un oggetto che caratterizzano la nozione di rapporto[209]. Sul piano funzionale, essa trova la propria giustificazione in un titolo[210] ed è orientata a soddisfare l'interesse proprio di uno dei soggetti[211]. Tale scopo si realizza anzitutto attraverso la prestazione del debitore, la quale può consistere in un dare o fare ovvero nel mantenimento di un contegno passivo. L'adempimento consiste appunto nell'esecuzione della prestazione e consegue lo scopo dell'obbligazione, determinandone l'estinzione. In caso di inadempimento, sono la responsabilità e la garanzia patrimoniale a realizzare l'interesse creditorio.

Cenni tanto sintetici ed approssimativi, buoni per fissare un punto di partenza, lasciano in ombra i problemi che il tema trascina con sé.

La persistente mancanza nelle nostre leggi di una definizione dell'obbligazione favorisce il proliferare e susseguirsi di ricostruzioni diverse[212], le quali bastano già a smentire la comune impressione di una categoria astorica e data[213].

Tra le numerose vedute a contendersi il campo, la più risalente fa capo alla teoria personale, secondo la quale il diritto del creditore consiste in una signoria sulla persona del debitore o sulla sua volontà.

---

[209] P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ*., 1969, I, 366. Sottolinea G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 475-476, "è una esigenza logica che ogni rapporto abbia due termini fra i quali intercede".

[210] Di titolo come "causa giustificatrice (e caratterizzante) del rapporto discorre" P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 33. Per la nozione di titolo, v. nt. 53.

[211] E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 40: "come, in generale il soddisfacimento di un interesse tipico costituisce la funzione economico-sociale del diritto subiettivo privato, così il soddisfacimento dell'aspettativa (= interesse) del creditore la funzione economico-sociale del diritto di obbligazione". Per R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 15, "sotto il profilo economico, [...] l'obbligo del debitore non è che uno strumento che la legge predispone per garentire al creditore l'aspettativa di una determinata situazione".

[212] L'art. 1 del progetto preliminare del libro delle obbligazioni, nel primo dei suoi quattro articoli, rubricato "concetto di obbligazione", affermava che "l'obbligazione è un vincolo in virtù del quale il debitore è tenuto verso il creditore a una prestazione, positiva o negativa". La scelta di non inserire tale definizione è spiegata dalla Relazione ministeriale sul testo definitivo del codice, n. 557, con l'affermazione secondo cui "l'argomento è schiettamente dogmatico; e la legge, se l'avesse affrontato, mentre non avrebbe sedato il grave dissenso esistente in dottrina, avrebbe esorbitato dal campo normativo, entro cui deve strettamente mantenersi". In termini analoghi all'art. 1 del progetto preliminare si esprime il vigente codice civile portoghese, che all'art. 397 código civil stabilisce che "obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação".

[213] La storicità e la mutevolezza del concetto di obbligazione è sostenuta con risolutezza da P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not*., 1976, 1027, per il quale "la disciplina delle obbligazioni assume contenuti e significati diversi in relazione alla realtà socio-normativa, intesa nella sua più lata ed unitaria accezione; e ciò non solamente per una ragione d'interpretazione sistematica dell'ordinamento, quanto per le particolari funzioni che i singoli assetti d'interessi assumono nei diversi contesti economico-politici". Sul pregiudizio dell'astoricità per le obbligazioni, anzi contro di esso, e con riguardo soprattutto alla letteratura francese, D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, 2007, 1 ss.. Per E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 75-76, sarebbe soprattutto dai mutamenti riguardanti le misure per la realizzazione forzata dell'obbligazione che proviene il mutamento nella struttura del rapporto.

A sostegno della tesi si trovano le due più note definizioni tramandate dalle fonti romane[214]. La prima riduce il concetto di *obligatio* in quello di *vinculum*: "*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*"[215]. La seconda stabilisce che "*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpu nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum*"[216].

In questa prospettiva, l'obbligazione è considerata il "vincolo tra colui che è tenuto, per giuridica necessità, a comportarsi in certo modo (dare, fare, non fare), e colui che ha diritto a quell'agire"[217], al quale è riconosciuto il "potere di influire sulla volontà altrui, indirizzandola ad un certo comportamento"[218]. L'obbligazione consisterebbe nel rapporto tra due soggetti, dei quali uno, il creditore, esprime una posizione di signoria sulla persona dell'altro[219] (non a mo' di una nuova forma di schiavitù, ma limitatamente al compimento degli atti che coinvolgono l'interesse creditorio[220]) o sulla sua volontà[221].

La *summa divisio* tra concezioni del rapporto obbligatorio risale proprio dalla contrapposizione tra questa più risalente e quelle che sin dalla seconda metà del XIX secolo negano che il debitore o la sua volontà possano costituire l'oggetto dell'obbligazione.

Queste ultime tesi sono quelle patrimoniali, stando alle quali l'obbligazione consisterebbe nel "vincolo fra due patrimonii meglio che fra due volontà"[222]. La teoria patrimoniale distingue il comportamento dal bene dovuto, fissando nel secondo il riferimento oggettivo per

---

[214] Opportuno fare solamente un cenno ai dubbi sollevati circa l'origine delle due definizioni. Per taluno, entrambe risalirebbero all'epoca classica (G. PACCHIONI, *Appendice al volume del Savigny, Le obbligazioni*, vol. I, Torino, 1912, 656 ss.); per qualche altro, classica sarebbe solo la prima (A. MARCHI, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 1917, 29 ss.); per qualche altro ancora, entrambe da attribuire ai compilatori giustinianei (S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 8 ss.).

[215] Inst. 3, 13 pr. La definizione, sottolinea G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 508, si riferisce al rapporto, e non al fatto che lo costituisce.

[216] D. 44, 7, 3 pr.

[217] La posizione in esame è descritta così da N. IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, in *Diritto sostanziale e processo*, Aa. Vv., Milano, 2006, v. In questi termini, V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 7, per il quale l'obbligazione è "il rapporto giuridico patrimoniale in forza di cui una persona (che dicesi *debitore*) è vincolata ad a prestazione (d'indole positiva o negativa) verso altra persona (che dicesi *creditore*)" (corsivi dell'Autore).

[218] Così descrive la tesi personale L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in ID., *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi (a cura di), Milano, 2011, 55.

[219] È questa la veduta che suole ascriversi a F.C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. it. G. Pacchioni, vol. I, Torino, 1912, 4. Ad essa pare aderire in Italia R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. III, Messina-Milano, 1933, 1 ss..

[220] Precisa F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, cit., 376, che "la persona del debitore non è nella sua totalità sottoposta alla signoria del ceditore, ma in singole direzioni e lati: la sua libertà è sacrificata solo in tanto che riguarda la prestazione, ma egli rimane integro come soggetto giuridico"; così pure F.C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. it. G. Pacchioni, vol. I, cit., 4; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 69.

[221] V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 69. Questa definizione è accusata da E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 174, di essere "ibrida e scorretta, perché accoppia concetti tra loro ripugnanti: dall'una parte, i concetti di *signoria* e di *non-libertà*, che sono attinenti al momento della responsabilità; dall'altra parte, il concetto di atto, che si attiene al momento del debito, e che sfugge così al dominio altrui come alla coazione fisica" (corsivi dell'Autore).

[222] L'espressione, di Vittorio Polacco, è riportata da N. IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, cit., v.
Muovendo dalla premessa secondo cui il patrimonio altro non sarebbe che la proiezione della personalità, C. AUBRY-C. F. RAU, *Cours de droit civil francais par C.S. Zachariae*, t. 2, cit., 339, fanno un'affermazione simile a quella delle teorie patrimoniali, dichiarando che "celui qui s'oblige, oblige le sein".

l'obbligazione[223]. Di qui l'importanza riconosciuta alla responsabilità[224], ora intesa come lo strumento per soddisfare l'interesse del creditore in mancanza dell'adempimento.

La contestazione alla concezione personale proviene, oltre che da una rilettura delle fonti romane[225], dall'accusa di proporre definizioni vaghe e perciò di scarsa utilità[226] e dal convincimento che non avrebbe senso parlare del debitore o della sua volontà come oggetto del diritto altrui. Si pone in luce, da un lato, che la personalità del debitore impedisce di

[223] Così S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 292-293; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 60 ss.; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 228 ss..
La distinzione tra concezioni personali e patrimoniali è così illustrata da L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 53: "da una parte le teorie c.d. personali, che ravvisano l'oggetto del diritto del creditore nel comportamento cui è astretto il debitore; dall'altra le teorie c.d. patrimoniali, le quali distinguono dal comportamento dovuto il bene dovuto, e indicano in quest'ultimo il termine oggettivo del diritto obbligatorio".
Al fondo del contrasto tra concezioni patrimoniali e personali F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 6-7, individua la diversa importanza assegnata a due problemi: la giustificazione dell'efficacia estintiva associata all'adempimento del terzo (art. 1180 cod. civ.) o all'esecuzione in forma specifica (artt. 2910 ss.), le quali svincolano l'interesse dal creditore dal comportamento del debitore, portando l'attenzione sul risultato patrimoniale; la giustificazione dei casi in cui il rapporto si estingue a prescindere dall'utilità patrimoniale attesa dal creditore (art. 1189 ed artt. 1206 ss. cod. civ.), la quale sembra invece militare in favore della tesi personale.
[224] Per E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 20, alla dottrina pandettistica si può rimproverare di avere assunto "una concezione meramente astratta, superficiale e irreale del diritto privato", la quale "perdeva completamente di vista proprio il momento più importante del concetto di obbligazione: vale a dire la responsabilità". Secondo C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, in *Scritti giuridici vari*, vol. I, Padova, 1933, 317, "l'essenza dell'obbligazione non sta nell'obbligo del debitore di eseguire la prestazione, ma nel diritto del creditore di agire coattivamente contro di lui, e in particolare di aggredire il suo patrimonio, in caso di inadempimento della prestazione stessa".
La centralità della responsabilità riconosciuta per la prima volta dalle tesi patrimoniali giustifica ricostruzioni a loro volta originali. Tra queste la più nota risale a Giovanni Brunetti, per il quale "il creditore ha diritto non già che *il debitore* eseguisca una *determinata prestazione*, ma *sibbene di soddisfarsi sui beni del debitore, se questi non eseguisce una determinata prestazione*" (G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, 404 - corsivo dell'Autore). Da questa premessa deriva come corollario quasi ineludibile la tesi secondo cui nell'obbligazione non figurerebbe un dovere giuridico, ma un "dovere libero", previsto da una norma così formulata, "*si deve* compiere quell'azione, *se si vuole* conseguire quel determinato scopo" (G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Napoli, 1979, 73 - corsivi dell'Autore; nello stesso senso a 115-116); il debitore deve allora adempiere soltanto se intende evitare l'esecuzione. Contro queste affermazioni, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 177-178, per il quale nell'obbligazione sussisterebbe una autentica necessità giuridica, riconducibile nella nozione di obbligo; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 229 ss.. Sulla distinzione tra onere, corrispondente al dovere libero teorizzato da Brunetti, ed obbligo, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, 1998, 174, "*l'obbligo è subordinazione di un interesse dell'obbligato a un interesse altrui, 'onere è subordinazione di un interesse dell'onerato a un altro interesse proprio*" (corsivo dell'Autore)"; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, 111, per il quale "va tenuta ferma l'antitesi concettuale fra l'obbligo, al quale nel caso di inadempimento tiene dietro una responsabilità verso la parte cui si era obbligati, e l'onere cui, in caso d'inosservanza, corrisponde una auto-responsabilità (per colpa propria)"; N. IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in ID, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 140, per il quale "l'obbligo è un dovere dal *punto di vista giuridico*, ossia delle valutazioni normative che isolano e connotano singoli contegni umani; l'onere è dovere dal *punto di vista sociale*, ossia dell'autonomia privata che, prima spontanea e libera, si piega poi alla diversa logica del diritto" (corsivi dell'Autore).
[225] G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 209 ss.. Nella prospettiva di G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 630, si tratta non tanto di una rilettura, quanto di un mutamento nel contenuto delle fonti: "nel concetto romano l'*obligatio* vincolava veramente la persona fisica prima che i beni; il patrimonio ne risentiva gli effetti solo come *accessione* della persona; i debiti si estinguevano colla morte della persona che li aveva contratti. La sopravvivenza ereditaria di essi è già il segno che, più o meno inconsciamente, la subbiettività è riconosciuta al patrimonio. Ma in origine l'*eredità* è più istituzione di diritto pubblico che privato; si riferisce alla collettività agnatizia, ed è una conseguenza della successione nella sovranità di essa" (corsivi dell'Autore).
[226] E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 129 ss..

considerarlo oggetto: egli è e non può essere altro che soggetto dell'obbligazione[227]. Dall'altro lato, si denuncia l'insuccesso del tentativo volto a superare questa critica spostando l'attenzione dalla persona alla volontà del debitore: questa, intesa come attributo necessario della personalità, risulta insuscettibile di oggettivazione allo stesso modo di quella[228]. Da ultimo, si segnala che il diritto positivo porta un argomento contro la tesi personale quando prescrive che l'oggetto dell'obbligazione debba essere suscettibile di valutazione economica; qualità, questa, che nei sistemi moderni deve essere negata alla persona del debitore come alla sua volontà[229].

All'ultima critica si sottrae solo una particolare declinazione della concezione personale, quella secondo cui oggetto dell'obbligazione non sarebbero in effetti né il debitore né la sua volontà, bensì il suo comportamento, ossia la prestazione[230]. Ad essa però si replica che tale comportamento può essere inteso in atto, e in questo caso non si distingue dall'adempimento, il quale non è l'oggetto ma un fatto estintivo dell'obbligazione, ovvero in potenza, nel qual caso oggetto dell'obbligazione sarebbe un mero "dover essere", dicendo allora nient'altro che l'oggetto del credito consiste nel debito[231]. A questa si aggiunge la critica secondo cui questa tesi non spiegherebbe come l'obbligazione possa conseguire lo scopo in caso di inadempimento, ossia in mancanza del comportamento dovuto[232].

Fatta questa rapidissima rassegna tra gli argomenti a favore e le critiche contrarie alle teorie personali, occorre soffermarsi su quelle patrimoniali. Le differenti risposte al quesito fondamentale se la obbligazione consista in un "corpo semplice" o "composto"[233] inducono

[227] L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 55-56, il quale conclude che "il debitore è vincolato al creditore non in quanto oggetto di un potere di quest'ultimo, ma in quanto soggetto di un dovere correlativo al diritto del creditore. Dal punto di vista logico-giuridico il carattere transitivo dell'obbligazione ha un significato affatto diverso, direi quasi in certo senso opposto, che dal punto di vista logico-grammaticale: esso esprime la dipendenza del diritto del creditore da una corrispondente posizione di dovere giuridico".

[228] L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 56, per il quale "la volontà, intesa come facoltà psichica, è un attributo inseparabile della persona, e come tale non tollera di essere obiettivata. D'altra parte, questa [...]formula spiega la «signoria» del creditore nel senso di un potere di determinare il debitore ad assumere un certo contegno. E allora, se tale potere vuol dire forza coercitiva, il concetto è assurdo perché la volontà è incoercibile; se invece allude ad una semplice possibilità di motivazione psicologica, è un concetto giuridicamente irrilevante, e comunque non si tratterebbe di un potere vero e proprio". Intorno alla incoercibilità della volontà concordano V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 74, nel patrocinare una concezione intermedia tra quelle patrimoniali e personali; ALF. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 19-20; ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 677; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 94, il quale associa alla responsabilità appunto una coercizione solo indiretta, assimilabile alla "motivazione psicologica" richiamata da Mengoni.

[229] L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 56.

[230] Questa definizione, a ben vedere non molto lontana da quella di Savigny, si fa risalire a J.E. KUNTZE, *Die Obligation und Singularsuccession des röm. und heut Rechts*, Leipzig, 1856, 115; in senso analogo sembra orientare l'affermazione di M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, Torino, 1958, 230 ss., secondo la quale l'oggetto del dovere giuridico non può che risolversi nel comportamento dovuto.

[231] L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 56 ss.; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 174 F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 231-232.

[232] R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 61 ss., per il quale nemmeno supererebbe l'obiezione il tentativo di intendere la prestazione in senso obiettivo, perché così facendo si finirebbe per parlare del bene dovuto.

[233] Di "corpo semplice" e "composto" parla F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 205, nel segnalare il principale problema sulla struttura del rapporto obbligatorio.

ad isolare, tra gli orientamenti patrimoniali, due gruppi di teorie, che per mera comodità possono essere designate l'una come "monista" e l'altra "dualista"[234].

16. Tesi monista e concezione processuale della responsabilità patrimoniale

Un ruolo determinante nell'evoluzione dei concetti riveste la tesi monista. Essa tenta di recuperare l'unitarietà del concetto di obbligazione, precedentemente frantumata dalla teoria del debito e della responsabilità (par. seguente), di cui è contestata la premessa: "l'obbligazione non può scomporsi in due elementi, senza rimanere distrutta, perché è fatta di un elemento solo"[235].

La tesi monista si lega soprattutto alla concezione proposta da Francesco Carnelutti per il rapporto obbligatorio.

Nella sua ricostruzione i diritti di credito non solo condividono con quelli reali la stessa nozione di oggetto materiale[236], ma l'oggetto stesso sarebbe il medesimo: in entrambi i casi un bene[237]. Il punto di partenza è quello della distinzione, già tracciata da Alfredo Rocco, tra interessi di conservazione e di cooperazione[238]. A questa coppia corrisponderebbe quella tra rapporti di concorrenza, disciplinati con regole distributive, volte ad attribuire a ciascuno una propria sfera di godimento su specifici beni, e rapporti di cooperazione, disciplinati con regole commutative, le quali servono a consentire alterazioni nelle sfere di godimento tracciate da quelle altre norme[239]. Tanto i primi quanto i secondi avrebbero per oggetto beni, ma i primi - corrispondenti ai diritti reali - servirebbero ad assicurare la conservazione di un bene che già ha, mentre i secondi - coincidenti ai diritti di credito - a fargli acquistare un bene che ancora non si ha[240].

---

[234] L'utilizzo delle denominazioni "monista" e "dualista" è piuttosto raro. Se ne serve, per tracciare una storia del rapporto obbligatorio, D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, cit., 8.

[235] F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 549.

[236] L'importanza del modello concettuale dei diritti reali nella costruzione della teoria personale è segnalata da L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 55, il quale ne pone in luce le somiglianze e le differenze rispetto alla concezione proposta da Carnelutti per l'obbligazione (59).

[237] Così F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 525 ss. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 231 ss.. In termini simili, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 79 ss., il quale precisa che il bene va inteso come "punto di riferimento del contenuto dell'obbligo (prestazione) e come risultato necessario dell'attuazione di tale contenuto" (95).

[238] ALF. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 13; ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 675.

[239] In questi termini, F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 526-527, il quale pone bene in risalto come il secondo gruppo di norme presupponga il primo: "non si può pensare alla vendita se non esiste la proprietà" (527); R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 84-85.

[240] ALF. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 14; ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 675; F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 526-527; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, cit., 375, il quale subito chiarisce che "mentre i diritti reali tendono ad assicurare il godimento di un bene che *si ha*, i diritti d'obbligazione servono a *procurare* il godimento di un bene che *si aspetta*" (corsivi dell'Autore); A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 8 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 408; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 85, per il quale "la differenza fra diritti reali e di credito non va considerata sotto il profilo dell'oggetto ma sotto quello del *contenuto*, ossia delle specificazioni del potere, dei suoi atteggiamenti concreti e visibili. L'elemento fondamentale del contenuto del diritto reale, ossia la sua specificazione essenziale, è la possibilità di *conservazione* e di *esclusione*; l'elemento fondamentale del contenuto del diritto di credito è la possibilità di *conseguire*" (corsivi dell'Autore). Affermazioni analoghe svolge E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 157, nel sostenere che la cooperazione tra soggetti che è necessaria nell'obbligazione ne implicherebbe più marcati caratteri di socialità e solidarietà rispetto ai diritti reali, caratterizzati dal diritto ad escludere altri dalla utilità

Mentre Rocco conserva però l'idea secondo cui il creditore avrebbe un diritto all'azione del debitore[241], Carnelutti risolve sempre la prestazione in un contegno passivo. Il quale viene designato come *pati* del debitore; un vero e proprio *patientiam praestare*, consistente nel lasciare che il creditore s'impossessi del bene che forma il vero oggetto del rapporto[242]. Sul lato attivo sta invece lo stato di libertà del creditore nell'azionare gli strumenti di tutela in caso di inadempimento[243]. La concezione monista riduce così quello del creditore nei termini di un diritto al bene, scongiurando così le difficoltà incontrate dalla tesi personale nell'identificare l'oggetto dell'obbligazione. L'accusa che viene subito mossa è però quella di confondere natura giuridica e sostrato economico del rapporto[244].

Da questo modo di intendere il rapporto obbligatorio discende una precisa configurazione della responsabilità patrimoniale: mezzo alternativo alla prestazione per procurare il bene a cui il creditore ha diritto, anche qualora il debitore violando l'obbligo gli impedisca di conseguirlo[245]. Mentre l'obbligo del debitore avrebbe natura privatistica, poiché corre tra privati e mira a soddisfare l'interesse di uno di loro, la responsabilità patrimoniale designerebbe un rapporto che nasce con l'inadempimento e si traduce in un diritto all'esecuzione coattiva nei confronti dello Stato[246]. La responsabilità viene allora intesa non

---

procurata da un bene. Sul concetto di cooperazione, contrapposto a quello di subordinazione individuato nell'obbligazione dalla dottrina più antica, si sofferma P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 48-49.

Occorre segnalare che la distinzione tra rapporti di cooperazione e di concorrenza ricorda, almeno nelle linee di fondo, quella individuata da A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. A. Levi, Padova, 1951, 190, tra norme di comando e di divieto: mentre le prime aspirano a un cambiamento, le seconde consentono la conservazione della realtà esistente.

[241] ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 678, per il quale nell'obbligazione "il diritto è unicamente diritto ad un'azione di un subietto determinato".

[242] È questo il nocciolo della tesi difesa da F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 528 ss., il quale intende "il diritto di credito non affatto come il diritto ad una *azione*, ma come il diritto ad una *tolleranza* di un subietto determinato (debitore). [...] Dei due è il creditore che *agisce*; il debitore, invece, *patisce*" (528 - corsivi dell'Autore). L'oggetto di questa tolleranza è individuato nella cosa per le obbligazioni di *dare*, nelle energie occorrenti in quelle di *facere* e nell'astenersi dal godere di tali energie in quelle di *non facere*. La tesi è ribadita, insieme con la replica alle numerose contestazioni della dottrina, anche in altra occasione (F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 234 ss.). Questa prospettiva sembra accolta in alcune affermazioni della giurisprudenza; per modo d'esempio, App. Milano, 29 novembre 1985, in *Fall.*, 1986, 529, con nota di V. Lo Fiego, *Gli effetti del concordato preventivo sui diritti del creditore ipotecario nei confronti del terzo acquirente*, afferma che il terzo acquirente di un bene ipotecato "non è obbligato (arg. *ex* art. 2858, codice civile) ma deve semplicemente tollerare (arg. *ex* art. 2910, codice civile) che il creditore si soddisfi sul bene acquistato".

[243] F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 252, "l'interesse protetto del creditore diventa un diritto perché solo al creditore compete il potere di far muovere la sanzioni della legge".

[244] È la critica mossa da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 77-78. Un completo esame e conclusioni ostili verso la tesi di Carnelutti, si trovano in L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, cit., 38 ss..

[245] F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 231 ss.; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. I, cit., 41, precisando che "lo scopo dell'esecuzione è identico a quello dell'adempimento; questa identità di scopo traspare anche dalla notevole incertezza del nostro linguaggio giuridico, per cui invece che di «adempimento» si parla spesso di «esecuzione volontaria» in contrasto con la «esecuzione forzata». L'identico scopo viene raggiunto con mezzi diversi: mediante l'attività dell'obbligato (adempimento) o mediante l'attività di un organo dello Stato (esecuzione). Questa diversità di mezzi influisce, naturalmente, fino a un certo punto, sul risultato della esecuzione; mentre lo scopo di questa coincide con quello dell'adempimento, il risultato ne può divergere; che ne rimanga più o meno distante dipende dalla maggiore o minore perfezione dei mezzi impiegati per l'esecuzione".

[246] Con affermazioni prossime a quelle del Carnelutti, E.T. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1931, 151 ss.; T. CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936, 4 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, cit., 99; L. BARASSI, *Le obbligazioni. Con speciale*

come la manifestazione passiva della garanzia, che è elemento di diritto sostanziale[247], ma dell'azione esecutiva[248]. Questa viene intesa allora come un rapporto processuale tra il creditore e lo Stato: "se la responsabilità è soggezione al potere dello Stato, siamo sul terreno del diritto pubblico"[249]. In seguito all'inadempimento, al creditore è riconosciuto il diritto di ottenere dallo Stato l'esercizio del potere[250] necessario a soddisfare il proprio interesse. Al monopolio pubblico della forza viene fatta corrispondere la possibilità per il creditore insoddisfatto di pretendere il bene dovuto non più dal debitore, ma dallo Stato. Di qui, le basi per una concezione processuale a pubblicistica della responsabilità[251].

---

riguardo ai contratti, Milano, 1934, 40 per il quale "l'esperimento effettivo della garanzia patrimoniale, cioè l'esercizio del diritto soggettivo pubblico verso lo Stato, in sede di cognizione o di esecuzione, riguarda solo il diritto processuale"; E. GARBAGNATI, *Il concorso di creditori nel processo d'espropriazione*, Milano, 1959, 9 ss.; G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, 86 ss., il quale parla di "responsabilità esecutiva"; C. VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, cit., 99-100.

[247] Per la distinzione tra norme di diritto sostanziale (o materiale) e processuale, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 213, secondo il quale "le norme materiali sono quelle che, componendo direttamente dei conflitti di interessi, costituiscono a carico o a favore degli interessati un obbligo e, eventualmente, un diritto. Le norme processuali (che appartengono, almeno in grandissima parte, al gruppo delle norme *strumentali*), non compongono direttamente un conflitto di interessi, ma, essendo questo già composto da una norma materiale, *disciplinano la sua attuazione sotto la forma dell'accertamento (giudiziale) e della esecuzione forzata*; o (nel nostro ordine giuridico, in via eccezionale) quando il conflitto non sia già composto con una norma materiale, *regolano il modo con cui si compone (mediante la sentenza dispositiva)*" (corsivi dell'Autore).

[248] Così F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 302, per il quale "la responsabilità è una soggezione *allo Stato*, non *al creditore*; al creditore il debitore *deve*, allo Stato è *soggetto*; al diritto di quello corrisponde l'*obbligo*; al potere di questo uno *status subiectionis*, che con l'obbligo non ha niente a che fare. [...] Finché si tratta dell'adempimento, debitore e creditore sono in contatto; quando si passa sul terreno della esecuzione, il contatto è interrotto dalla interferenza dello Stato; perciò aspettativa e soggezione non sono, in questo stadio, fra le due parti; ma tra ciascuna di queste e lo Stato" (corsivi dell'Autore); F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. I, cit., 103, ove precisa che "la responsabilità è, come la azione, una posizione di diritto processuale; mentre la azione esprime un potere verso l'organo del processo, la responsabilità consiste in una soggezione al potere di questo"; R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 2 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 90, per il quale "un diritto sostanziale del creditore sui beni o sulla persona del debitore non esiste; il patrimonio del debitore può solo rappresentare un atteggiamento del *mezzo* (esecuzione forzata) impiegato dalla legge per la forma di realizzazione coattiva del diritto di credito" (corsivo dell'Autore); A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, cit., 12, che pur senza lasciar coincidere responsabilità ed esecuzione intende la prima "come un profilo oggettivo e soggettivo dell'esecuzione forzata, e non come un rapporto giuridico a sé stante"; V. ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile. Processi di cognizione e di esecuzione forzata*, cit., 245, secondo cui la responsabilità "segue all'inadempimento" e "si risolve nella soggezione dei beni presenti e futuri, che ne formano oggetto, all'esecuzione forzata".

[249] F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 302, il quale in un'altra pagina aggiunge che "il *diritto di aggressione contro i beni del debitore* [...] o il *diritto di garanzia su quei beni*, di cui si parla comunemente, quando venga considerato da vicino, si risolve, *a parte creditoris*, nell'azione esecutiva. Infatti non è altro che il *diritto alla attuazione della sanzione esecutiva*; ora questo diritto non può esistere se non contro chi ha il potere o il compito di attuarla" (268 - corsivi dell'Autore). In senso analogo parrebbero R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 6-7; G. AULETTA, *Revocatoria civile e fallimentare*, Milano, 1939, 67, per il quale "la responsabilità [...] si sostanzia nella mancanza di tutela giuridica [...] di fronte al potere giurisdizionale, nei confronti di un diritto, che riceve, per altro, piena tutela nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento. Trattasi di una posizione passiva, a cui corrisponde, dal lato attivo, il potere giurisdizionale stesso e non già un diritto del soggetto, per la tutela del cui interesse il potere stesso viene esercitato".

[250] In dottrina è frequente il richiamo alla categoria del potere in senso tecnico per designare la situazione strumentale, connessa ad un ufficio (pubblico o privato), cui corrisponde il dovere di un altro soggetto; così S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 23 ss..

[251] Da segnalare l'opinione di S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 142 ss., secondo cui bisogna distinguere una "responsabilità esecutiva", la quale indica la posizione di soggezione verso l'organo del

Si comprende allora perché a questa veduta si dia il nome di "monista"[252]. Sottratta la responsabilità al rapporto obbligatorio e intesa questa come un'autonoma relazione del creditore e dello Stato, tra i privati rimane il solo debito (obbligo di prestare)[253]. La prima viene identificata con un rapporto solo eventuale e successivo[254], che è determinato dall'inadempimento e si indirizza dal creditore allo Stato, risultando perciò estraneo alla struttura dell'obbligazione, alla quale offre protezione dall'esterno.

In questa prospettiva è anche ricorrente l'affermazione secondo cui un rapporto non assistito da tale presidio esterno, dalla responsabilità, non sarebbe una vera obbligazione, né tanto meno una autentica relazione giuridica[255]. Questa tesi trova il presupposto nell'idea secondo

---

processo che si contrappone alla posizione attiva di azione, ed una "responsabilità di natura sostanziale", che altro non è che la comunemente denominata "responsabilità patrimoniale". La distinzione tra responsabilità esecutiva e sostanziale sembra chiara solo in teoria, come si nota quando si prova a dare spiegazione ai casi di limitazione della responsabilità (190-191).

[252] Occorre segnalare che la tesi monista è presente in letteratura anche sotto una diversa declinazione, sulla quale in questa sede non interessa soffermarsi. Si allude alla prospettiva, difesa da G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 280 ss., secondo cui il rapporto di responsabilità sarebbe un *tertium quid*, estraneo tanto alla struttura della obbligazione quanto a quella della esecuzione forzata.

[253] Le parole di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 250, suonano di straordinaria chiarezza: "una scomposizione dell'obbligo nei due elementi del debito e della responsabilità non si può concedere neanche, a guisa di un'analisi chimica, nel senso che si tratti di due elementi, la cui combinazione sia necessaria per produrre l'obbligo. L'obbligo del debitore, come l'obbligo del *non dominus*, è un corpo semplice, non un corpo composto. La proposizione *obbligo (del debitore) = debito + responsabilità* è una ricetta di alchimia, non una formula di chimica. Ciò non vuol dire che la responsabilità non esista come figura a sé; nessuno è più convinto, che io non sia, non tanto della sua esistenza, quanto del suo sommo valore teorico; ma per trovarla, bisogna cercare *fuori dall'obbligo, non dentro di questo*" (corsivi dell'Autore). In quest'ordine di idee (e cioè per collocare la responsabilità all'esterno dell'obbligazione) anche V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 7 e 19-20; R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 3, per il quale "il criterio sistematico seguito dal nuovo legislatore dimostra che la concezione prevalsa è [...] quella della scissione fra l'obbligo e la responsabilità, ma non nel senso che si tratti di due elementi della medesima entità, bensì nell'altro, prevalso nella nostra più moderna dottrina, che la responsabilità del debitore e il correlativo potere del creditore di agire sui beni del primo per la realizzazione del suo diritto configurano una situazione giuridica autonoma, se pure strumentale rispetto al rapporto obbligatorio"; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 10-11; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 18; F. LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 cod. civ.)*, cit., 496; R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 226-227, per il quale "la *responsabilidad* no es un elemento constitutivo de la obligación, sino únicamente una sanción del incumplimiento y el *medio de realización coactiva del derecho del acreedor*" (227 - corsivi dell'Autore).

[254] Pur rifiutando l'idea secondo cui l'obbligazione si risolverebbe in un *pati*, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 110, afferma che "dal punto di vista del debitore [...] la sanzione non è che il complesso di conseguenze giuridiche che dalla norma sono ricollegate all'inadempimento dell'obbligo, e che quindi stanno fuori del contenuto di questo. Il debitore è *soggetto* alla sanzione non in quanto obbligato, ma in quanto inadempiente; tale soggezione (responsabilità) come entità concreta non può dunque essere considerata elemento costitutivo dell'obbligo, ma solo come un momento successivo ed estrinseco; come entità virtuale non ha alcuna consistenza perché non può significare altro se non che esiste in astratto l'eventualità dell'inadempimento e quindi la possibilità di applicazione della sanzione, ossia in altre parole che esiste una norma che prevede una sanzione" (corsivo dell'Autore).

[255] In tal senso R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 89-90, secondo il quale "il diritto del creditore, come situazione tutelata, nasce in quanto la norma ha creato un obbligo e una correlativa sanzione"; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 37. A una conclusione simile sembra per la verità approdare anche E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 73, nell'affermare che "un *obbligo* giuridico è *logicamente inconcepibile* senza una concomitante responsabilità giuridica per l'inadempimento e in tanto può sussistere in quanto sussista questa responsabilità, staccato dalla quale esso non avrebbe più senso e *valore giuridico*" (corsivi dell'Autore). Una posizione simile a quelle riferite sembra assumere anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, 71, per il quale "quando [...] il contenuto del diritto soggettivo è costituito da una pretesa, allora soltanto al diritto soggettivo è correlativo un obbligo".

cui il diritto sostanziale e l'azione, distinguibili sul piano logico, non potrebbero stare separati per il diritto[256]. In questa prospettiva, giuridica sarebbe solamente la relazione assistita da sanzione, che è considerata come categoria del diritto processuale[257] e nella quale viene fatta rientrare quale sua specie la responsabilità[258]: questa non sarebbe altro che la sanzione prevista dall'ordinamento per la violazione del precetto che impone la prestazione, la quale trasmetterebbe il carattere della giuridicità all'intero rapporto.

Queste affermazioni, e soprattutto quella secondo cui la responsabilità patrimoniale designerebbe un rapporto di diritto pubblico, meritano qui attenta considerazione perché conducono alla regola secondo cui i privati non potrebbero disciplinare un simile rapporto, e quindi al divieto di limitazioni della responsabilità. Ogni accordo volto a modificare il regime della garanzia generica andrebbe a regolare un rapporto di diritto pubblico, il quale consiste in una pretesa verso lo Stato, ed è perciò indisponibile all'autonomia dei privati[259].

17. Tesi dualista. Debito e responsabilità patrimoniale nella struttura del rapporto obbligatorio

La tesi dualista merita questo nome perché scompone l'unitario concetto di obbligazione in due rapporti distinti, che ne comporrebbero la struttura[260].

Questa teoria, solitamente ricondotta al novero di quelle patrimoniali, non disconosce la presenza dell'elemento personale[261].

I suoi sostenitori condividono l'affermazione secondo cui il rapporto obbligatorio avrebbe natura complessa, trovandosi in esso sia il debito (spesso indicato con l'espressione latina

---

[256] Per S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 2-3, "è talmente stretto il nesso tra l'aspetto sostanziale e quello formale (processuale) del diritto, che si può dire indissolubile, sì che non si può concepire un diritto sostanziale senza il diritto processuale, e viceversa".

[257] Decisamente contrario, e quindi per la pertinenza della sanzione al diritto sostanziale, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, cit., 258 ss., a giudizio del quale sarebbe non la sanzione, ma la sua realizzazione, a competere al diritto pubblico.

[258] Il rapporto tra responsabilità, come specie, e sanzione, che rappresenta il genere, è chiarito da E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, Padova, 1942, 235-236.

[259] In senso contrario, P. MARÍN PÉREZ, *La hipoteca de responsabilidad limitata*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, 458, rileva come la natura pubblica del rapporto non implichi necessariamente la sottrazione all'autonomia privata, come ricava dalla disciplina dell'arbitrato; in maniera simile G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 22-23.

[260] Tra i promotori della teoria si possono segnalare: ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 682 ss.; G. PACCHIONI, *Appendice al volume del Savigny, Le obbligazioni*, vol. I, cit., 503 ss.; G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 212 ss., ove si muove dalla separazione propria del diritto romano tra *debitum* e *nexus*, prima, e da quella tra *debitum* ed *obligatio*, poi; G. PACCHIONI, *Obbligazioni e contratti. Succinto commento al libro quarto del codice civile*, Padova, 1950, 4-5; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 232-233; C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 145 ss.; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 11 ss.; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 22 ss., per il quale l'obbligazione "non si esaurisce nel debito e nella aspettativa di prestazione ad esso correlativa, bensì è, inoltre, responsabilità e diritto di garanzia (=aspettativa di soddisfazione), in quanto è precostituita all'adempimento" (61-62).Solitamente il nome di Vittorio Polacco è annoverato tra quelli ostili alla tesi dualista; egli però - in linea con questa teoria - afferma che "vi hanno nel concetto del vincolo obbligatorio [...] due momenti distinti: 1° vincolo personale del debitore ad una prestazione, sotto comminatoria 2° di realizzare il vincolo sul patrimonio" (V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 77).

[261] Che l'elemento personale rimanga nella tesi dualista, degradato però ad uno soltanto tra quelli che formano l'obbligazione, è segnalato da M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 156.

debitum o con quella tedesca di *Schuld*) che la responsabilità o rispondenza (indicata anche con le parole *obligatio*[262] o *Haftung*[263]). Si avrebbe perciò, come affermato dal più tenace sostenitore di questa tesi, "la decomposizione del concetto dell'obbligazione in due elementi, nell'elemento del *debito*, cioè, e in quello della *responsabilità*"[264].

Il primo rapporto sarebbe composto dall'obbligo di chi è tenuto ad eseguire una certa prestazione e dalla speculare situazione giuridica soggettiva del creditore[265]. Questa situazione non è però designata con la categoria del diritto soggettivo, ma come un'aspettativa: all'obbligo del debitore corrisponderebbe non un autentico diritto di credito, ma la legittima attesa del creditore di essere soddisfatto[266]. Alla base di questo modo di vedere si pone un preciso modo di intendere il diritto soggettivo, concepito come il "potere di aumentare, con un atto della propria volontà, la probabilità dello spontaneo adempimento dell'obbligato"; è allora un rigoroso corollario di questa premessa che "di fronte al debitore egli [il creditore] è dunque in una posizione di semplice attesa, in quanto non ha altre probabilità di ricevere ciò che gli è dovuto, all'infuori di quelle che gli sono assicurate dalla forza persuasiva del precetto giuridico, dal quale trae origine il debito"[267].

---

[262] Quest'uso della parola "*obligatio*" risulta improprio se si tiene a mente la considerazione di E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 64, secondo il quale "*obligatio* designa una categoria di rapporti giuridici tipici che, secondo il *ius civile* dello Stato romano, costituiscono un vincolo di responsabilità tra persona e persona: categoria che, per l'elemento della responsabilità *personale* e pel carattere *civile* di essa responsabilità, è nettamente circoscritta da altre categorie di rapporti in apparenza consimili" (corsivi dell'Autore).

[263] Sulle differenze di significato tra "responsabilità" ed "*Haftung*" si sofferma E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 81 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 28 ss, per mettere in guardia contro possibili fraintendimenti. Mentre il primo vocabolo designa il "rischio soggettivo di un male"; il secondo fa riferimento alla "destinazione di una persona o di una cosa a servire di soddisfazione ad alcuno (creditore) per alcunché, o - in altra formulazione - l'assoggettamento di una persona o di una cosa a un potere di aggressione (o di coazione, come altri dicono) del creditore" (28-29 del secondo scritto). Perciò l'Autore considera che "la parola italiana che meglio renderebbe il concetto della «Haftung» sarebbe «garanzia». Senonché questa esprime il lato attivo del rapporto di responsabilità, non il passivo come la parola tedesca, o come quella latina di «*obligatio*» nel significato che essa assume nella espressione «*obligatio rei*»" (32).

[264] C. GANGI, *Debito e responsabilità nell'antico diritto germanico e nel vigente diritto tedesco*, cit., 3 (corsivi dell'Autore).

[265] Un'analisi del concetto di debito è svolta da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 47, il quale ne offre la definizione quale "dovere giuridico di eseguire una determinata prestazione avente un valore economico" (49).

[266] Così G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 219-220, per il quale "*l'aspettativa del creditore* di essere spontaneamente soddisfatto dal debitore [...] solo impropriamente può essere chiamata *diritto*, giacché la prestazione, *come atto della volontà, del debitore è sempre incoercibile*" (219 - corsivi dell'Autore); G. PACCHIONI, *Appendice al volume del Savigny, Le obbligazioni*, vol. I, cit., 525; G. PACCHIONI, *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni. Parte generale*, Padova, 1926, 14; C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, cit., 322; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 29; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 5 e 37, il quale individua nella "aspettativa di un bene" la situazione speculare all'obbligo del debitore.
Ad una "aspettativa di prestazione" si riferisce E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 53 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, cit., 143; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 53 ss., sembrando però alludere più all'elemento pregiuridico e psicologico - attesa che venga soddisfatto un bisogno - che a una specifica situazione giuridica soggettiva.

[267] G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 227, il quale perciò conclude che "il destinatario della prestazione dovuta, ha, in base al semplice debito del debitore, una *attesa* o *aspettativa legittima o giuridica*, di ottenere la prestazione che gli è dovuta" (corsivi dell'Autore). Secondo G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 2, "senza una tutela coattiva da parte dello Stato, la pretesa del singolo non assurgerebbe [...] nemmeno a diritto, rimanendo confinata nell'ambito delle mere aspettative".

Un vero diritto del creditore sarebbe predicabile solo nel secondo rapporto, quello di responsabilità, ai cui poli sono poste una situazione qualificata come diritto[268] ed una intesa come soggezione[269]. Diritto del creditore di soddisfarsi sul patrimonio del debitore, quindi avente ad oggetto beni[270]. Soggezione del debitore, il quale non può contrastare l'aggressione rivolta contro i suoi beni, subendone passivamente le conseguenze.

A differenza di come conclude la tesi monista, quella dualista pone entrambi i rapporti, sia il debito che la responsabilità, all'interno dell'obbligazione[271].

La responsabilità può allora essere meglio qualificata come la relazione tra due soggetti, il creditore e il debitore, avente per oggetto i beni di questo. Il problema più consistente della tesi dualista attiene alla definizione del rapporto tra i due soggetti e il patrimonio. La ricostruzione più nota tenta di risolvere il problema qualificando la responsabilità come un rapporto di natura reale. L'opinione più radicale in tal senso rimane quella di Alfredo Rocco - per vero già difesa da altri in precedenza[272] -, secondo cui la garanzia patrimoniale andrebbe configurata come un vero e proprio diritto reale di garanzia, e più precisamente come un pegno generico del creditore sui beni del debitore[273]. A quest'affermazione si oppone anzitutto la mancanza nella responsabilità patrimoniale degli elementi caratteristici dei diritti

[268] Così G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 219-220; G. PACCHIONI, *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni. Parte generale*, cit., 14. Fa riferimento ad una "aspettativa di soddisfazione" E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 75, il quale poi qualifica tale situazione come diritto potestativo (150-151). Il richiamo alla categoria del diritto potestativo è condiviso da S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 6.

[269] Espressamente così S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 6.

[270] Critico verso questa concezione, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, cit., 15, per il quale il vincolo del debitore avrebbe sempre ad oggetto l'esecuzione della prestazione e non il conseguimento di un bene per il creditore, sicché non potrebbe parlarsi soltanto di aspettativa per quell'adempimento e invece di vero e proprio diritto soltanto con riferimento al patrimonio in garanzia.

[271] Sulla inclusione della responsabilità nell'obbligazione non lascia adito a dubbi E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 22 ss.; in particolare, Betti afferma che "non soltanto la realizzabilità in via di esecuzione volontaria (spontanea o coatta), ma anche e soprattutto la realizzabilità in via di esecuzione forzata vera e propria [...] è immanente alla obbligazione come tale. L'esecuzione forzata - qualunque ne sia la forma, sia essa puramente privata, come nelle prime origini, sia sorretta dalla autorità pubblica, sia esercitata esclusivamente dallo Stato - non si aggiunge alla obbligazione dal di fuori, non sopravviene ad essa, per una apposita disposizione speciale del legislatore. L'idoneità all'esecuzione forzata proviene, per contro, dal di dentro, cioè dall'organismo stesso della obbligazione, in quanto questa [...] non si esaurisce nel debito e nella aspettativa di prestazione ad esso correlativa, bensì è, inoltre, responsabilità e garanzia (= aspettativa di soddisfazione, in quanto è precostituita all'inadempimento)" (22-23). Negli stessi termini, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, cit., 262-263; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 37. In linea analoga parrebbe Corte Cost., 15 luglio 1992, n. 329, in *Foro it.*, 1993, I, 2785, ove si legge che la responsabilità patrimoniale del debitore "è una componente essenziale" dell'obbligazione, la quale "funge da tramite dell'assoggettamento all'esecuzione forzata".

[272] Secondo L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. VI, Torino, 1887, 5-6, attraverso l'esecuzione i creditori "hanno tradotto in atto e concretato il pegno generale che la legge accorda sui beni del debitore".

[273] ALF. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 39 ss.; ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 689 ss.. Nel senso del diritto reale *sui generis*, e quindi non del pegno vero e proprio, G. PACCHIONI, *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni. Parte generale*, cit., 46 ss..

L'idea del pegno generale risulta alla base del linguaggio diffuso in Francia, che identifica la garanzia universale come "gage général", traducibile appunto con "pegno generale". La dottrina precisa però che del pegno esiste solamente la garanzia, ma non il privilegio; così F. TERRÉ-P. SIMLER-Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., 921.

reali di garanzia, diritto di prelazione e di seguito[274] e, poi, quella di beni specificamente individuati coi quali instaurare la relazione reale, almeno fino al momento del precetto o del pignoramento[275]. Di qui l'affermazione secondo cui di pegno generico si potrebbe parlare al più in senso a-tecnico, come sinonimo di "garanzia generica"[276].

Il tentativo del Rocco svela la debolezza della teoria del debito e della responsabilità; i suoi sostenitori, compatti nel contestare la tesi personale, se ne servono in parte per descrivere il rapporto di debito e poi non trovano l'accordo per spiegare la natura di quello di responsabilità.

18. Separazione tra debito e responsabilità nel diritto positivo

La concezione monista inclina per la natura pubblicistica della responsabilità, nella quale riconosce il contraltare dell'esecuzione. Questa premessa porta ad escludere che l'autonomia negoziale possa modificarne le regole e quindi ad intendere l'art. 2740, comma 2, cod. civ. come la coerente sottrazione ai privati della disciplina dedicata a un rapporto governato dal diritto pubblico. L'impostazione dualista sostiene invece il carattere sostanziale della responsabilità, alla quale contrappone non l'esecuzione, ma la garanzia. Quest'altra teoria sembra poter indirizzare verso conclusioni diverse e impone di cercare altrove il senso della regola su responsabilità e autonomia privata.

La seconda teoria risale agli studi sui diritti antichi, nei quali emergerebbe l'originaria separatezza dei due rapporti[277]. Dagli ordinamenti del passato si trascorre poi a quelli

---

[274] V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 86-87; F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 548 ss., il quale in termini più generali svolge una critica alla prospettiva dualista ed aggiunge contro quella del Rocco la mancanza dell'assolutezza; G. CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, in ID, *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Roma, 1930, 467; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1933, 265; L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, cit., 24; C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, cit., 333-334; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 21; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 294-295, il quale rileva come il pegno più che i rapporti con il debitore, riguarda quelli nei confronti degli altri creditori; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 16 ss.; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 32; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 10; G. OSTI, *La separazione dei patrimoni e il fallimento «post mortem»*, Padova, 1997, 86 ss..

[275] Questa critica, insieme ad altre, svolgono E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 189 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 146 ss.; F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 553; L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, cit., 25; R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 228; Sentencia del Tribunal Supremo, 29 de noviembre de 1962.

[276] Così si serve delle espressioni "pegno generale" e "pegno generico" E. BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, Napoli-Torino, 1907, 4 ss., il quale concorda sulla mancanza degli elementi caratteristici delle garanzie reali. In maniera simile, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 21-22.

[277] Per ulteriori riferimenti, soprattutto rispetto al diritto romano e italiano, C. GANGI, *Debito e responsabilità nell'antico diritto germanico e nel vigente diritto tedesco*, cit., 4 ss.; G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 212 ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 89 ss.; V. ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile. Processi di cognizione e di esecuzione forzata*, cit., 29 ss.. Con riguardo al diritto spagnolo, E. MAYER, *El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales*, Extremadura, 2005, 23 ss., rileva come il mero dovere di prestare non fosse originariamente assistito da responsabilità e come solo con l'aggiunta di questo elemento si determini la costituzione di un rapporto obbligatorio.

moderni: la separazione tra debito e responsabilità sarebbe una costante, riscontrabile anche nei sistemi attuali.

I sostenitori della compresenza nel rapporto obbligatorio di due rapporti tendono a riconoscere che le vere obbligazioni sono composte sia dal debito che dalla responsabilità[278], ma non escludono rapporti che pur essendo giuridicamente rilevanti siano privi di uno dei due elementi[279]. Viene allora riconosciuto il predicato della giuridicità anche a relazioni prive del debito o della responsabilità[280], cui è semmai negata l'inclusione tra le vere e proprie obbligazioni[281].

Coloro che avversano la tesi dualista procedono invece verso la negazione di rapporti giuridici caratterizzati da uno solo dei due elementi. Si escludono la giuridicità del rapporto sprovvisto di sanzione e la possibilità di separare tra loro i due elementi[282].

Dal canto loro, i sostenitori della prospettiva dualista individuano rapporti nei quali mancherebbe uno dei due elementi oppure sarebbe riscontrabile una struttura anomala - asimmetrica - del debito o della responsabilità. Tra quelle indicate in letteratura si possono isolare sei ipotesi:

---

[278] E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 109 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 59-60.

[279] E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 109 ss., per il quale "sono [...] in errore coloro che affermano inconcepibile un debito giuridico disgiunto da responsabilità: ma in un errore anche più grave incorrono coloro [...] che, pur tenendo fermo alla distinzione concettuale tra debito e responsabilità, concepiscono la responsabilità come di necessità concomitante a un debito"; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 58-59; C. GANGI, *Debito e responsabilità nell'antico diritto germanico e nel vigente diritto tedesco*, cit., 22, secondo il quale "appunto perché debito e responsabilità sono rapporti giuridici indipendenti, *possono esservi debiti senza responsabilità e responsabilità senza debiti*" (corsivo dell'Autore).

[280] Per C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 171, "il dover prestare e il dover ricevere possono essere intesi in modo affatto indipendente da qualunque responsabilità o garanzia per l'inadempimento; possono cioè essere intesi come un dover prestare e un dover ricevere che sono giuridici, non già perché il diritto appresta una reazione qualsiasi per l'inadempimento della prestazione, ma unicamente perché il diritto in qualche modo riconosce la loro esistenza. Contro l'ammissibilità di questo concetto del debito si può certo obiettare da coloro che ritengono elementi essenziali del rapporto giuridico la pretesa di una parte e il corrispondente obbligo dell'altra, che esso non è un rapporto giuridico; quest'obiezione cade, quando per rapporto giuridico s'intende, come noi intendiamo, un rapporto di fatto in qualunque modo riconosciuto e protetto dal diritto".

[281] Per E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 19-20, "l'obbligazione separata dall'azione non è più obbligazione, a meno che per «obbligazione» non s'intenda la parte per il tutto: il debito astratto dalla responsabilità, l'aspettativa di prestazione astratta dall'aspettativa di soddisfazione. Senza l'azione, l'obbligazione non sarebbe più atta a fungere eventualmente da leva della volontà dell'obbligato, non sarebbe più responsabilità realizzabile nel mondo dei fatti. Onde non darebbe luogo che a una «pretesa» vana e impotente. [...] Nell'esecuzione forzata - a cui l'azione di condanna tende come a scopo ultimo - si attua quella stessa responsabilità che è insita nella obbligazione a cui l'azione medesima è coordinata".

[282] V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 93; L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, cit., 12-13; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, cit., 110 ss.; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, cit., 311, per il quale "il dovere giuridico porta con sé come contenuto immanente la coazione e perciò la responsabilità non è che una conseguenza del rapporto obbligatorio. Il debito non è semplicemente il *dover prestare*, ma il dover prestare *sotto la coazione dell'ordine giuridico*" (corsivi dell'Autore); R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 9, secondo cui "un debito senza responsabilità, ossia senza sanzione per il debitore e senza la possibilità del creditore di conseguire coattivamente il bene dovuto, non può considerarsi un'entità giuridicamente rilevante".

1. Debito senza responsabilità;
2. Responsabilità senza debito attuale;
3. Responsabilità senza debito proprio;
4. Debito senza responsabilità propria;
5. Debito assistito da più responsabilità;
6. Debito con responsabilità limitata ad una parte soltanto del patrimonio del debitore.

Ciascuna di tali figure potrebbe trovare riscontro in diversi istituti. Seguendo la precedente elencazione[283]:

a) Obbligazione naturale;
b) Fideiussione, pegno ed ipoteca per debito condizionale o futuro;
c) Garanzia per debito altrui;
d) Obbligazione naturale garantita da un terzo;
e) Obbligazione solidale passiva;
f) Debito ereditario in caso di accettazione col beneficio d'inventario.

All'analisi di tali istituti si dedicano con lo stesso impegno la letteratura favorevole e quella contraria all'individuazione nell'obbligazione di due rapporti distinti; la prima per accreditare la propria tesi e la seconda per denunciare il carattere solo apparente di questa separazione.

L'economia di queste pagine impedisce di ripercorrere con la dovuta puntualità l'intero dibattito, al quale si può dedicare appena qualche cenno nelle pagine che seguono. Un paragrafo a parte merita invece, per l'importanza che assume rispetto alle limitazioni convenzionali della responsabilità, il problema del debito privo di responsabilità e delle obbligazioni naturali.

Muovendo da fideiussione, pegno e ipoteca per un rapporto sottoposto a condizione o futuro[284], si tratterebbe ipotesi di responsabilità senza debito attuale[285]. A questa tesi un diverso orientamento oppone che fino alla costituzione del debito mancherebbe anche la responsabilità, poiché questa può esistere solo congiunta a quello[286]. Al di là del tema delle

[283] Sia questa che l'altra elencazione riprendono, schematizzandola, quella formulata da M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, cit., 448-449.

[284] La giurisprudenza appare consolidata nell'escludere l'ammissibilità di una ipoteca per generici crediti eventuali e futuri, esigendo invece un rapporto attuale nel cui ambito andrà a formarsi il credito futuro; così Cass. civ., Sez. I, 23 marzo 1994, n. 2786, in *Banca borsa tit. cred*., 1995, II, 297; Cass. civ., Sez. I, 6 ottobre 1995, n. 10521, in *Giust. civ.*, 1996, I, 67; Cass. civ., Sez. II, 3 aprile 2000, n. 3997, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 706.
La possibilità di garantire con un'ipoteca un debito sottoposto a condizione o futuro è generalmente riconosciuta anche in ordinamenti diversi dal nostro. Per modo d'esempio, in Francia è l'art. 2421 code civil a stabilire che "l'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables. La cause en est déterminée dans l'acte". In quello spagnolo, l'art. 142 Ley Hipotecaria stabilisce che "la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse. Si la obligación asegurada estuviere sujeta a condición resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto, en cuanto a tercero, hasta que se haga constar en el registro el cumplimiento de la condición".

[285] Così C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 240 ss.; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 53-54. Peraltro, non manca nella letteratura la tesi secondo cui potrebbe aversi anche una responsabilità senza alcun debito - nemmeno futuro - per la quale, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 137-138; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 90 ss..

[286] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 180; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 100-101, il quale rileva che

garanzie, il debito condizionale o a termine sembrerebbe offrire comunque argomento alla tesi dualista: l'art. 2901, comma 1, cod. civ. consente l'esercizio dell'azione revocatoria, che della responsabilità patrimoniale è espressione (par. 21), anche per questi rapporti[287].

Il punto di maggior forza alla tesi dualista risiede però nelle garanzie per debito altrui[288]; ci si riferisce non tanto alla fideiussione, poiché questa costituisce un debito oltre alla responsabilità[289], quanto alle garanzie reali[290], considerate ipotesi emblematiche di garanzia senza debito proprio[291]. Nel caso del pegno e dell'ipoteca dati dal debitore la garanzia non

---

allora futuri sarebbero entrambi i rapporti, sia di debito che di responsabilità. Tuttavia, e come entrambi gli Autori riconoscono, con riguardo al pegno e all'ipoteca, poi, bisogna ammettere che almeno la costituzione del privilegio precede il debito, poiché l'ipoteca prende grado dal momento dell'iscrizione (art. 2852 cod. civ.) e il bene è sottratto all'esecuzione per gli altri debiti del proprietario.

[287] A superare questa considerazione, la letteratura contraria rileva che il debito si troverebbe in uno stadio preliminare alla sua esistenza, proprio come la revocatoria sarebbe una manifestazione soltanto preliminare della responsabilità, nella quale non è presente uno spostamento patrimoniale; così M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 180-181. M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, cit., 456, il quale fa riferimento a "una non ancora avvenuta vicenda di costituzione del rapporto di garanzia". Per U. NATOLI-L. BIGLIAZZI-GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria): appunti delle lezioni*, Milano, 1974, 157, l'art. 2901 cod. civ. consentirebbe di agire anche a tutela di un credito sottoposto a termine o condizione proprio in virtù delle conseguenze - limitate all'inefficacia relativa - determinate dall'accoglimento della revocatoria.

[288] F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 310, pone in risalto come l'estensione della responsabilità ad un soggetto diverso dall'obbligato non abbia una funzione coercitiva - quella, cioè, di indurre all'adempimento -, ma esclusivamente satisfattiva, aumentando le possibilità che l'interesse protetto dall'ordinamento venga realizzato.

[289] Stando all'art. 1944, comma 1, cod. civ., "il fideiussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito" (art. 1944, comma 1, cod. civ.). Sull'assunzione del debito da parte del fideiussore concordano C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 254 ss.; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 40 ss.; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 134-135; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 87, il quale dimostra però che il fideiussore non assume il debito principale, ma un'obbligazione sussidiaria; R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 9; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 13; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 311-312; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, cit., 456; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 226; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 181; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 100; C. PUNZI, *Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione*, cit., 743-744; A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Eur. dir. priv*., 2008, 991, per il quale "nella fideiussione il fideiussore è debitore tendenzialmente allo stesso modo del debitore principale, ossia è tenuto ad eseguire la medesima prestazione del debitore o anche solo parte di essa alle medesime condizioni o, tutt'al più, a condizioni meno onerose". Nella dottrina spagnola, discorre di assunzione del debito, R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 247-248. Sotto il vecchio codice ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 684, negava invece che il fideiussore assumesse anche il debito.

[290] E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 136-137; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 88-89, il quale rileva che i diritti reali di garanzia non implicano mai la costituzione di un debito, ma sempre e soltanto di una responsabilità; C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 261 ss.; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 43; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 314. In direzione analoga Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 1977, n. 2068, in *Foro it*., 1979, I, 1083.

[291] Tra le ipotesi di responsabilità senza debito proprio taluno annovera quella dell'acquirente di un bene in forza di un atto successivamente revocato; così L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 25. In maniera analoga, in una risalente pronuncia di legittimità si legge che "la situazione che si delinea in esito alla pronunzia di revoca nei riguardi del compratore per gli effetti dell'esecuzione sull'immobile recuperato [è] molto affine a quella del terzo possessore dell'immobile gravato da garanzia ipotecaria a vantaggio del debitore" (Cass. civ., Sez. III, 17 gennaio 1933, in *Foto it*., 1933, I, 583, con nota di F. Ciaccio). Per E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 87-88,

costituisce una responsabilità nuova, ma determina l'applicazione di un particolare regime a beni già compresi in quella patrimoniale generica[292]. Nel caso del terzo datore di pegno o ipoteca e dell'acquirente di bene ipotecato si forma invece una nuova responsabilità, nella quale l'attuazione della minaccia è legata più alla condizione negativa dell'inadempimento da parte dell'obbligato che a una condotta del garante diversa da quella attesa[293]; lo stesso avviene nel caso, più raro e perciò considerato meno spesso, in cui sia non il bene a circolare, ma il solo lato passivo del rapporto. Chi contesta la distinzione tra debito e responsabilità replica che neppure in questi casi sarebbe corretto affermare che al polo passivo di debito e responsabilità si trovano soggetti diversi[294].

---

darebbe luogo a un'ipotesi di responsabilità senza un proprio debito anche quella dell'acquirente di un'azienda commerciale, responsabile anche in caso di mancato accollo per i debiti risultanti dai libri contabili obbligatori. Secondo C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 43, potrebbe aggiungersi ai casi di responsabilità senza debito proprio quello del legato di cosa certa e determinata nel caso di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario. Il caso più emblematico può oggi apparire quello della responsabilità posta a capo del socio unico dagli artt. 2325, comma 2, e 2462, comma 2, cod. civ.: egli non assume la qualifica di debitore, inconciliabile rispetto alla distinta personalità giuridica della società, e ciononostante per alcune obbligazioni risponde con il suo intero patrimonio; perciò A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, cit., 233, discorre di "responsabilità per debito altrui". Il caso del socio unico di società di capitali è emblematico per la presenza di una persona giuridica, ma i termini della questione non mutano neppure nel caso della mera soggettività: anche in questa ipotesi i soci sono responsabili, senza essere debitori; in tal senso, P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 32.

[292] Per, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 136, "la costituzione di una garanzia reale, che il debitore faccia su una cosa propria, non dà vita [...] a un nuovo imperativo giuridico che imponga al debitore l'adempimento del suo debito. [...] Insomma qui a garanzia di un *unico debito* sussistono, in capo a uno stesso debitore (subietto del debito), due diverse responsabilità: una *responsabilità personale* (con l'intero patrimonio) [...] e una *responsabilità circoscritta ad una cosa*" (corsivi dell'Autore). D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 13: "il pegno e l'ipoteca, se concessi dallo stesso debitore, danno luogo sulla cosa gravata ad una responsabilità qualitativamente diversa dall'ordinaria e più intensa".

[293] In termini simili, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 136, per il quale "agli effetti della garanzia reale, l'inadempimento del debito del debitore non costituisce punto un torto, bensì l'adempimento di esso funge da *condizione negativa*" (corsivo dell'Autore).

[294] Secondo una prima critica, il garante assumerebbe la qualifica anche di debitore, come nella fideiussione, ma per un importo limitato al valore del bene; così N. DISTASO, *Natura giuridica dell'ipoteca. Contributo allo studio dei diritti reali di garanzia*, Milano, 1953, 44; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 100, il quale pur sostenendo che il terzo che offra un proprio bene in garanzia assume anche un debito limitato, riconosce che invece "el tercer adquirente de los bienes hipotecados no es, efectivamente, un deudor, a menos que haya asumido de manera específica la deuda. Pero [...] tampoco es un responsable". Di diverso avviso, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 313; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 60. Contro l'affermazione ella assunzione di un debito per il valore del bene si può notare che la garanzia reale è assistita dal diritto di seguito, il quale implica non la circolazione del rapporto, ma la "irrilevanza del criterio dell'appartenenza del bene ai fini della configurabilità del legame di responsabilità patrimoniale tra obbligazione e bene" (E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, cit., 69). Soprattutto, il collegamento diretto tra titolare della garanzia e *res*, oltre a giustificare quel diritto di seguito, spiega perché la garanzia possa sussistere anche senza responsabilità - cioè senza un soggetto responsabile - qualora la cosa resti senza proprietario; come rileva E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 98, "*la garanzia*, come destinazione obiettiva della cosa, *sussiste egualmente senza la responsabilità*, sino a che la cosa non perisca. Ciò che qui ha valore essenziale è soltanto il lato attivo del rapporto: la garanzia, il diritto di soddisfarsi sulla cosa" (corsivi dell'Autore).

Non sembrano convincenti nemmeno gli altri due argomenti portati contro l'esistenza di una responsabilità senza debito proprio. Il primo sostiene che la garanzia reale sul bene del terzo non determina il venir meno della responsabilità universale del debitore; così V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 92; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, cit., 456; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 183. Il secondo, che la disciplina delle eccezioni, come delineata dagli artt. 2859 e 2870 cod. civ., confermerebbe lo stretto legame tra debito e responsabilità; così sempre M. GIORGIANNI,

Per quanto riguarda la garanzia prestata da un terzo a favore del debitore naturale, addotta da taluno tra gli esempi di debito senza responsabilità propria[295], la sua stessa ammissibilità è contestata. Secondo l'indirizzo prevalente simili garanzie andrebbero escluse[296]. In posizione intermedia si colloca la posizione che invece esclude garanzie reali per un'obbligazione naturale, mentre potrebbe darsi una fideiussione naturale; una garanzia, cioè, che nel rispetto dell'art. 1941, comma 1, cod. civ. sia soggetta al medesimo regime stabilito per l'obbligazione garantita, e la cui prestazione sia dunque inesigibile e al tempo stesso irripetibile una volta eseguita[297]. Un autentico debito senza responsabilità propria può semmai conseguire proprio al concordato preventivo dell'imprenditore in crisi: come si vedrà meglio in avanti (cap. 5), il concordato può privare il rapporto obbligatorio della responsabilità patrimoniale, senza che ciò estingua le garanzie prestate da terzi: accade allora che per almeno una frazione dell'obbligazione originaria sussistono la responsabilità di un terzo ed il debito senza responsabilità dell'obbligato[298].

Con riguardo all'obbligazione solidale passiva, si ribatte alla tesi dualista che non vi sarebbe una dissociazione tra debito e responsabilità, ma tanti rapporti quanti sono i condebitori solidali[299]. Di riflesso, non si avrebbe un debito assistito da molteplici responsabilità, bensì tante responsabilità quanti sono i debiti.

Per il caso di debito con responsabilità limitata ad una parte soltanto del patrimonio del debitore si richiama invece quello dell'erede che accetti con beneficio d'inventario (cui andrebbero aggiunti oggi gli altri numerosi istituti di destinazione e segregazione patrimoniale; par. 32). L'opinione che sostiene la divisione tra debito e responsabilità

L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni, cit., 183. Questi rilievi non smentiscono l'esistenza di una responsabilità del terzo possessore del bene in garanzia e la mancanza di un suo debito.

[295] Di quest'opinione, sotto il codice civile previgente, C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, cit., 359-360. Lo stesso Autore, però, rivedendo l'opinione precedentemente espressa (C. GANGI, *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, in *Scritti giuridici vari*, vol. I, Padova, 1933, 477 ss.), afferma l'inammissibilità di simili garanzie nel codice civile attuale (C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 45).

[296] SALV. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1953, 125; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 99; G. LO CASCIO, *Creditori concordatari e terzo acquirente del bene ipotecato*, in *Dir. fall.*, 1992, I, 2025; Cass. civ., Sez. III, 25 ottobre 1974, n. 3120, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 2004.

Sotto questo profilo si nota una delle differenze più marcate tra la *obligatio naturalis* romana (o meglio, secondo la gran parte degli storici, la sua versione giustinianea) e la moderna obbligazione naturale. È prevalente l'opinione secondo cui per l'ordinamento romano "l'obbligazione naturale [...] ha quasi tutti gli effetti di ogni altra" (N. DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, Napoli, 1869, 276); perciò, secondo V. SCIALOJA, *Lezioni di diritto romano*, Roma, senza data (probabilmente 1899), 681, nel diritto romano sarebbe possibile assistere con una garanzia esigibile una obbligazione non esigibile, poiché naturale.

[297] È questa la teoria formulata da P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., 390-391, il quale se da un lato afferma che "sarebbe [...] contraddittorio che il creditore naturale - il quale non ha altro che un titolo a trattenere quanto spontaneamente il debitore gli dà - abbia poi, in forza della garanzia reale, il diritto di espropriare dei beni e di soddisfarsi anche con preferenza su altri" (390); dall'altro, nota come non sia da escludere "una forma impropria di garanzia personale rilevante entro i limiti della *soluti retentio*" (391).

[298] L'intuizione è di C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 46, per il quale "se il debito residuo dopo il concordato continua a sussistere [...] come obbligazione naturale, e quindi come un debito senza propria responsabilità, nel caso anzidetto si può appunto ravvisare un caso di debito senza propria responsabilità (del debitore) ma con responsabilità di un terzo (fideiussore), o della cosa di un terzo".

[299] R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 9; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, cit., 455-456; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 184-185; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 101. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 1987, n. 2623, in *Vita not.*, 1987, 738; Cass. civ., Sez. I, 22 marzo 1990, n. 2400, in *Foro it.*, 1990, I, 2871.

sostiene che l'erede, pur assumendo la qualifica di debitore, risponda dell'inadempimento con i soli beni ricevuti[300]. A questa si contrappongono le impostazioni minoritarie di coloro secondo i quali: l'erede sarebbe responsabile senza essere debitore, al pari dell'acquirente di un bene oggetto di una garanzia reale[301]; l'erede sarebbe non solo limitatamente responsabile, ma anche limitatamente debitore, in quanto la responsabilità come il debito sarebbero contenuti nel valore dell'eredità[302].

19. Debito senza responsabilità. Obbligazioni naturali

Il terreno dei maggiori contrasti è quello delle obbligazioni naturali, disciplinate dall'art. 2034 cod. civ.. Il primo comma stabilisce che "non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace". Il secondo aggiunge che "i doveri indicati dal comma precedente, e ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato, non producono altri effetti"[303].

Quanti condividono la dottrina del debito e della responsabilità individuano nelle obbligazioni naturali un caso paradigmatico di obbligazioni anomale[304], più spesso indicate come "imperfette" [305], poiché segnate dalla mancanza di uno dei due elementi[306]: al rapporto

[300] Pur non condividendo la tesi del debito e della responsabilità, M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, cit., 455, ne riconosce l'utilità per spiegare la condizione dell'erede il quale accetti con beneficio d'inventario. Di segno analogo si direbbero le opinioni di S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 192; A. ZACCARIA, *Rapporti obbligatori e beneficio d'inventario*, Torino, 1994, 33 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 60. Contigua a quella appena esposta è la tesi che qualifica l'eredità beneficiata come patrimonio separato; così Pret. Napoli, 14 settembre 1975, in *Vita not*., 1978, 1154, estendendo la considerazione anche all'eredità giacente; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 50 ss.L. BIGLIAZZI-GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, cit., 289-290; L.V. MOSCARINI, *La tutela dei diritti*, Napoli, 2003, 35; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Parte general*, t. 1, Madrid, 1986, 327; P. MARÍN PÉREZ, *La hipoteca de responsabilidad limitata*, cit., 457; Cass. civ., Sez. II, 28 gennaio 1983, n. 808, in banca dati *Iusexplorer on line*, per la quale è da considerare patrimonio separato anche l'eredità accettata in via condizionata fino all'avveramento della condizione. In termini analoghi, rispetto al tema dell'eredità giacente, G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 662.

[301] In questa direzione L. FERRI, *Delle successioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1997, 356; A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Trattato Cicu-Messineo*, vol. XLII, Milano, 1961, 262 ss..

[302] A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 177 ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 185; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, cit., 312.

[303] Un problema di questa disposizione, da accennare per adesso ed approfondire poi in avanti (par. 30) è se la qualifica di "obbligazione naturale" vada riservata ai doveri menzionati dal comma 1 o anche a quelli per i quali la legge preveda l'inesigibilità, ma che non nascano da un dovere (solo) morale o sociale, quale è il caso dell'obbligazione prescritta.

[304] Ulteriori esempi di debito senza responsabilità sono considerati da E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 134, il mutuo con la clausola che consenta di accettare ma non di richiedere il pagamento, il legato che superi il patrimonio ereditario e il credito prescritto; al solo mutuo "colla clausola che il mutuante accetterà in ogni tempo la restituzione della cosa mutuata, ma non la esigerà mai" si riferisce C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 39; tra i rapporti senza responsabilità C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 229 ss., include poi anche i negozi giuridici affetti da vizi formali a suo avviso sanabili, i contratti stipulati dai minori d'età e l'obbligazione successiva al concordato preventivo; per G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 314-315, una ulteriore ipotesi di debito senza responsabilità si avrebbe nell'insolvenza del debitore.

[305] Per C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 80, "l'obbligazione naturale è in realtà una obbligazione giuridica imperfetta, un'obbligazione cioè con effetti giuridici limitati"; per F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 247, quella naturale è "una obbligazione imperfetta; un germe di obbligazione; un

difetta la responsabilità nonostante sia presente il debito[307]. Per argomentare la conclusione si portano l'utilizzo nell'art. 2034 cod. civ. della parola "pagamento"[308], la quale rivelerebbe pure l'onerosità dell'atto[309], e l'irripetibilità di quanto prestato[310], reputata inconcepibile in assenza di un obbligo. Il carattere imperfetto non esclude che si tratti comunque di rapporti rilevanti per il diritto[311], poiché caratterizzati dalla presenza di un dovere riconosciuto dall'ordinamento[312].

A questa impostazione si replica con due teorie: quella che riconosce anche in quelle naturali la presenza della responsabilità e quella che invece nega l'esistenza di un vero debito giuridico.

---

feto". Secondo R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 355, l'obbligazione naturale "es *una obligación civil*, pero con cobertura o *protección jurídica incompleta*" (corsivi dell'Autore).

[306] Per l'individuazione nelle obbligazioni naturali di un debito privo di responsabilità, soprattutto C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 79 ss.; C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, cit., 322 ss.; C. GANGI, *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, cit., 423 ss.; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 103; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 51.

[307] E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 103: le obbligazioni naturali consistono in un "debito puro che è semplicemente pagabile, in quanto non importa una responsabilità ad esso *organicamente congiunta*" (corsivo dell'Autore).

[308] E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 103; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 51. Di altra opinione sembrerebbe F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 246. Per capire meglio la letteratura meno recente occorre ricordare che ai sensi dell'art. 1237, comma 1, del codice civile italiano del 1865, "ogni pagamento presuppone un debito: ciò che è pagato senza essere dovuto, è ripetibile". L'art. 1302, comma 1, del *code civil* francese - il cui contenuto corrisponde a quello dell'originario art. 1235, comma 1 - stabilisce che "tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition".

[309] Par. 63.

[310] E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 103; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 51. Pur annoverandosi tra gli oppositori della teoria dualista, F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 560-561, ne riconosce l'utilità per spiegare le obbligazioni naturali, e soprattutto l'effetto della *soluti retentio*.

[311] La rilevanza giuridica delle obbligazioni naturali è espressamente riconosciuta da E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 103, per il quale "tale debito pagabile e non esigibile è da qualificare come *giuridicamente rilevante*, nel senso che è sanzionato, *ex postfacto*, da un imperativo di diritto (p. es. il divieto della ripetizione) ed è, in virtù di tale sanzione, causa di certi limitati effetti giuridici, quale la esclusione della ripetizione" (corsivi dell'Autore); E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 51. Secondo P. BONFANTE, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, in *Scritti giuridici vari*, vol. III, Roma, 1921, 12, ricorre "nelle obbligazioni naturali un rapporto giuridico, ma non un rapporto obbligatorio, né un rapporto di obbligazione".
Deve richiamarsi, per la sua originalità, l'idea di F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 547, il quale non nega che giuridico sia il solo rapporto provvisto di sanzione, ma riconduce al concetto di sanzione anche l'esecuzione a contenuto negativo, consistente nel contegno passivo dello Stato, il quale rifiuta il proprio intervento al debitore che agisca per la ripetizione. Dalla premessa discende che "la irripetibilità del pagato è una forma di esecuzione dell'obbligo", e quindi che le obbligazioni naturali sono giuridiche, non essendo più vera la mancanza di sanzione. In termini simili anche in F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 244-245.

[312] E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 103; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 50-51; C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 172 ss.; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 29.

La prima opinione è fortemente minoritaria. Per dire che le obbligazioni naturali non sono rapporti di debito senza responsabilità si dice che quest'ultima è presente, poiché la *soluti retentio* sarebbe espressione di un diritto del creditore sui beni del debitore[313].

Una più nutrita schiera di autori contesta invece la presenza nell'obbligazione naturale di un autentico rapporto di debito: non vi sarebbe alcuna relazione giuridica, ma doveri che pur essendo riconosciuti dalla legge rimarrebbero di carattere solamente morale o sociale[314]. Il primo indizio in tal senso sarebbe dato proprio dalla mancanza di azione[315], la quale - si dice - "non va considerata in sé, ma in quanto sintomo della mancanza di dovere giuridico"[316]. L'irripetibilità di quanto prestato in esecuzione dell'obbligazione naturale rivelerebbe allora non l'esistenza di un debito, bensì la mera presenza di una causa lecita e sufficiente a determinare un'attribuzione patrimoniale[317]. A sostegno dell'affermazione si richiama la disciplina stabilita dall'art. 2034 cod. civ. per il pagamento eseguito dall'incapace: mentre per l'obbligazione naturale è consentita la ripetizione, come se la prestazione non fosse dovuta, l'art. 1911 cod. civ. esclude che l'incapacità possa costituire causa d'impugnazione dell'adempimento di un'obbligazione civile[318]. Da queste premesse derivano numerosi corollari. Per modo d'esempio: non essendo l'obbligazione naturale costruita come rapporto giuridico, essa sarebbe insuscettibile di novazione verso una civile, non essendovi alcun rapporto da estinguere per uno nuovo[319]; la prestazione eseguita per ottemperare ad un obbligo morale o sociale andrebbe ricondotta al novero degli atti a titolo gratuito[320].

---

[313] Così D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 9: "un diritto del creditore sui beni del debitore riappare pur sempre, poiché è ad esso che si riporta la *soluti retentio*". *Contra* G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 254, il quale rileva che all'adempimento spontaneo dell'obbligazione naturale consegue un diritto sul solo bene trasferito, e non un vincolo di garanzia su beni altrui.

[314] R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 9; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, cit., 467 ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 117 ss.; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2004, 48-49; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 75 ss.; J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La obligación natural*, Barcelona, 1990, 43-44; J.I. REALES ESPINA, *La obligación natural en el Código Civil*, Granada, 2000, 131 ss.; M. ALBALADEJO, *Derecho civil. Derecho de las obligaciones*, vol. II, Madrid, 2004, 356. A quest'orientamento sembrano aderire, almeno nelle linee di fondo, anche F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 142 ss.; L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, cit., 12-13.

[315] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 117-118; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 94 ss..

[316] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 118. In termini analoghi F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 244 ss., per il quale l'irripetibilità della prestazione eseguita segnalerebbe la presenza di una obbligazione, ma la mancanza di strumenti per la coazione a disposizione del creditore attesterebbe la mancanza di un obbligo in senso giuridico. L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 95, trattando il tema delle obbligazioni naturali afferma che "un deber cuya infracción no produce alteración del orden jurídico, un deber que puede impunemente dejar de cumplirse, no es un verdadero deber jurídico".

[317] R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 9; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 120-121; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, 47; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 145; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 75 ss.; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 48-49, per il quale "può dirsi che l'obbligazione naturale, come fattispecie giuridicamente rilevante, non preesiste all'adempimento, neppure in qualità di entità dotata di una limitata rilevanza giuridica"; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II cit., 94 ss.; J.I. REALES ESPINA, *La obligación natural en el Código Civil*, cit., 150 ss.; M. ALBALADEJO, *Derecho civil. Derecho de las obligaciones*, vol. II, cit., 356-357.

[318] G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 325 ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 122.

[319] Per quest'opinione, nettamente prevalente nella letteratura teorica e pratica, G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 102 ss.; Cass. Sez. III, 25 ottobre 1974, n. 3120,

Tra gli estremi rappresentati dalla tesi secondo cui quella naturale sarebbe una relazione giuridica a tutti gli effetti, benché priva di responsabilità, e quella che ne fa una mera causa di attribuzione patrimoniale, è inoltre possibile individuare una prospettiva in un certo senso intermedia. Il riferimento è all'orientamento che, muovendo dalla categoria della rilevanza, pone in luce come la relazione tra debitore e creditore di un'obbligazione naturale, che sul piano strutturale presenta i medesimi elementi dell'obbligazione civile, sia giuridicamente rilevante già prima dell'adempimento, benché sempre in funzione di esso. L'ipotesi intermedia è allora quella di una ridotta rilevanza[321]. Questa impostazione, pur senza riconoscere espressamente che tale relazione sia qualificabile come obbligazione, benché imperfetta[322], pare confermare le tesi che non negano al rapporto naturale il predicato della giuridicità anche prima del pagamento[323].

---

cit.; Cass. civ., Sez. III, 29 novembre 1986, n. 7064, in *Foro it*., 1987, I, 805. Nello stesso senso, rispettivamente per l'ordinamento spagnolo e per quello portoghese: L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 98-99; J.L.A. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, 1990, 151 ss.. Per la possibilità di novare l'obbligazione naturale in una civile, invece, B. BIONDI, *Ricognizione e novazione dell'obbligazione naturale*, in *Foro pad*., 1961, I, 479; P. RESCIGNO, *Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it*., vol. XI, Torino, 1965, 436; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1996, 196-197.

[320] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 123 ss., secondo il quale nel senso della gratuità orienterebbe l'art. 64 l. fall., poiché pare includere gli "atti compiuti in adempimento di un dovere morale" tra quelli a titolo gratuito. Da segnalare che secondo F. CARRESI, *Obbligazioni naturali e fallimento*, in *Dir. fall*., 1959, I, 7 ss. il richiamo nell'art. 64 l. fall. ai doveri morali andrebbe riferito alla donazione rimuneratoria, e non invece alle obbligazioni naturali.
Secondo una parte della dottrina (G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 286 ss.; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 70, la citata disposizione confermerebbe invece la natura di atto neutro dell'adempimento) l'adempimento dell'obbligazione naturale non sarebbe atto né gratuito né oneroso, bensì neutro (v. nt. seguente). In chiave analoga, L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 95 ss..

[321] Negando sia l'assoluta irrilevanza del dovere morale per l'ordinamento giuridico, sia il suo pieno riconoscimento (11 ss.), G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 6, reputa che "fra l'esistenza di un dovere giuridico e l'assenza, fra l'esistenza di una relazione giuridica che imponga un determinato contegno verso altri e l'assenza di qualsiasi relazione che predetermini l'agire del soggetto, fra queste due situazioni iniziali estreme, vi è un *quid medium*: l'esistenza di un dovere non giuridico, di una relazione non obbligatoria, *ma tuttavia non irrilevante per il diritto*" (corsivi dell'Autore).

[322] Apertamente contro l'idea di un'obbligazione in senso giuridico si posiziona G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 251-252, per il quale "qualificare giuridica un'obbligazione *il cui adempimento non può essere giuridicamente perseguito* e la cui violazione *non dà luogo ad alcuna conseguenza giuridica*, è una contraddizione in termini: una simile obbligazione non è giuridicamente «imperfetta», ma è inesistente come *vincolo giuridico*, giacché difetta del crisma stesso della giuridicità" (corsivi dell'Autore).

[323] L'opinione riferita nel testo è quella proposta da P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 133-134; P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., 366 ss., il quale dopo aver sottolineato che quelle naturali hanno la struttura dei rapporti - due situazioni soggettive ed un oggetto -, rileva che "la relazione tra codeste situazioni soggettive è rilevante per il diritto per il fatto che l'art. 2034 le considera, attribuendo al creditore la tutela in chiave di eccezione d'irripetibilità. Questo non vuol dire che tale relazione costituisca un'obbligazione, ma neppure vuol dire che essa abbia rilevanza giuridica soltanto al momento dell'eventuale spontanea esecuzione del debitore. Già prima di tale momento, anche se in vista dell'adempimento - che è fatto incontestabilmente giuridico - v'è da parte del legislatore un giudizio implicito di valutazione, con la conseguente attribuzione al creditore del potere di ricevere e di ritenere la prestazione eventualmente adempiuta, ed al debitore del potere di eseguire la prestazione medesima. Sì che la relazione acquista rilevanza giuridica, non a momento dell'adempimento, bensì in funzione di tale adempimento, con il quale essa si realizza e si attua" (367). Per il concetto di rilevanza assunto dall'Autore, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 597: "fatto rilevante è non soltanto quello produttivo di conseguenze giuridiche ben individuabili, ma ogni fatto che, in quanto espressione positiva o negativa (fatto illecito) di regole o di princìpi presenti nell'ordinamento, abbia una propria significatività secondo il diritto".

20. La responsabilità patrimoniale come elemento di diritto sostanziale interno all'obbligazione

Alcune delle ipotesi esaminate portano ad escludere l'asimmetria del rapporto, intesa come diversa estensione del debito e della responsabilità. Altre, invece, rivelano al loro interno proprio tale struttura asimmetrica, ed inducono a confermare l'esistenza di due rapporti distinti.

Il profilo più controverso è rappresentato dalla qualificazione di tali rapporti. Il merito delle concezioni patrimoniali sembra consistere soprattutto nel segnalare il legame tra le regole sostanziali dell'obbligazione e quelle processuali dell'azione. Proprio sul modo di essere di tale legame si consuma il dissidio interno alle teorie patrimoniali.

La conferma delle tesi sostanziali, secondo le quali la responsabilità starebbe all'interno dell'obbligazione sin dalla sua costituzione, sembra poter essere ricavata da alcune considerazioni relative a due temi ad essa connessi: il fondamento dell'azione revocatoria ed il dominio esclusivo del diritto pubblico sulla tutela dei diritti.

21. Responsabilità e azione revocatoria

La considerazione svolta in partenza, per la quale il debitore e il suo patrimonio sono in una condizione giuridica differenziata rispetto ad ogni altro, risulta più chiara se si esaminano le possibilità di ingerirsi nella sfera patrimoniale dell'obbligato che sono riservate al creditore. Al soggetto attivo del rapporto[324] è permesso di evitare che condotte omissive del debitore possano ridurre il patrimonio o impedirne l'accrescimento (azione surrogatoria *ex* art. 2900 cod. civ.) o anche che atti di disposizione possano ridurne la capacità di servire al soddisfacimento dell'interesse tutelato (sequestro conservativo *ex* artt. 2905 cod. civ. e 671 cod. proc. civ.; azione revocatoria *ex* art. 2901 cod. civ.; inibitoria *ex* art. 2813 cod. civ.; decadenza dal termine *ex* art. 1186 cod. civ.; alla stessa logica rispondono le regole sulla simulazione poste dagli artt. 1416 e 1417 cod. civ.).

Il carattere sostanziale delle norme sulla responsabilità patrimoniale può essere affermato muovendo dall'azione revocatoria[325], in un discorso al quale bisogna premettere una definizione generale di azione. Secondo Emilio Betti l'azione individua "il potere giuridico secondario espresso dall'ordinamento processuale in ordine all'attuazione di una determinata norma concreta di diritto sostanziale (costituente la ragione dell'azione), in quanto è posta a disposizione dell'interessato: potere spettante a costui di fronte a un determinato soggetto

[324] Nel riferirsi al "soggetto attivo del rapporto", si accoglie per comodità la terminologia corrente, senza però voler negare che la complessità del rapporto induce a ravvisare situazioni sia positive che negative in capo a entrambe le parti; in tal senso, P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 46-47; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., 4, per il quale "normalmente il rapporto giuridico è *complesso*, comprende cioè più diritti d'una parte verso l'altra e frequentemente più diritti soggettivi reciproci fra le parti" (corsivo dell'Autore).

[325] Come si farà per l'azione più in generale, sembra utile riportare una definizione della revocatoria che ne ponga subito in luce i profili essenziali: "l'azione revocatoria è un mezzo legale di conservazione della garanzia patrimoniale consistente nel potere del creditore (revocante) di domandare giudizialmente che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni" (C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 2012, 450-451).

passivo (avversario), di provocare - col porre in essere le condizioni richieste a tale uopo dall'ordinamento del processo [...] - l'accertamento incontrovertibile in confronto di lui, o la realizzazione forzata a suo carico, di essa norma di diritto sostanziale, nelle forme processuali a ciò predisposte dallo stesso ordinamento giuridico"[326]. L'azione presuppone allora una norma di cui l'ordinamento intenda conseguire l'attuazione[327]. Considerando sia la pauliana che l'azione esecutiva si ha l'impressione che in entrambi i casi la norma da attuare sia quella in cui si esprime la destinazione del patrimonio responsabile a servire per la soddisfazione del soggetto garantito ossia, in altre parole, quella che sancisce la responsabilità patrimoniale del debitore[328]. Norma, allora, realizzata mediante strumenti processuali, ma di carattere sostanziale, contenente la disciplina degli interessi privati più che una pretesa verso lo Stato.

Questi profili, e soprattutto la sussistenza di responsabilità e garanzia già prima dell'inadempimento, sembrano particolarmente evidenti esaminando l'azione revocatoria. Essa consente al creditore di reagire alla lesione di un interesse giuridicamente rilevante; all'atto illecito[329] con cui il debitore diminuisce la garanzia patrimoniale[330] (comprensiva

---

[326] E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 42.

[327] In questa direzione anche numerose altre definizioni dell'azione, tra cui quella chiovendiana, secondo la quale "esiste [...] nel privato «*il potere giuridico di rendere incondizionata la volontà della legge rispetto alla sua attuazione*» o in altri termini «*il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge*». Questo e non altro intendiamo esser l'azione" (G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 6 - corsivi dell'Autore).

[328] Sul punto si sofferma G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 33 ss., il quale rileva come l'esclusione degli strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale dalla responsabilità debba essere scartata per l'impossibilità - dimostrata dall'Autore - di qualificare la situazione giuridica del creditore in termini di posizione mera, ossia priva di condizioni di merito, o di giustificarla con il riferimento a un rimedio di natura cautelare. Di altro avviso E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, cit., 57-58, per la quale "i mezzi di conservazione rappresentano poteri di natura cautelare che, pur operando sul piano sostanziale, sono funzionali rispetto non già alla responsabilità patrimoniale in senso ampio, bensì specificamente alla esecuzione forzata".

[329] La qualificazione dell'atto revocabile come illecito è contestata da coloro (*ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., 453) che pongono in risalto come possano risultare irrilevanti la mala fede o la colpa del terzo.

Occorre però rilevare che l'illecito - al quale il terzo presta la sua collaborazione - è del debitore, il cui stato soggettivo (come precisa A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, cit., 258) è sempre rilevante per la revocatoria nei termini della colpa o del dolo. Per la tesi che desume dai riferimenti normativi alla colpa o al dolo l'illecito del debitore, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 242-243.

La condotta del terzo assume rilevanza nelle ipotesi di cooperazione nell'inadempimento, nel qual caso l'opinione prevalente (A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 26; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, cit., 190) fa riferimento ad una responsabilità extracontrattuale. Perplessità in ordine alla natura aquiliana della responsabilità del terzo manifesta invece F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 555 ss., il quale però chiarisce che "il terzo complice viola il *dovere giuridico del debitore*" (corsivo dell'Autore). Espressamente nel senso della responsabilità da inadempimento del terzo, invece, A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, cit., 265, portando a sostegno della propria, le tesi di C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 552 ss..

Negli atti a titolo gratuito, invece, la prevalenza accordata all'interesse del creditore su quello del terzo si giustifica per una diversa valutazione dei valori in conflitto; così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, cit., 194 ss.; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 269. Secondo A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 35, la diversa disciplina prevista per gli atti a titolo gratuito deriverebbe dalla circostanza che per tali atti è da escludere il regresso del terzo contro il debitore; regresso invece possibile per gli acquisti a titolo oneroso e suscettibile di mettere il terzo in una condizione deteriore rispetto a quella del creditore, ponendo anzitutto a suo carico il rischio dell'insolvenza.

come di consueto dei beni sia presenti che futuri[331]). Nell'obbligazione, e più esattamente nel rapporto di responsabilità[332], confluiscono l'obbligo di astenersi[333] da atti che possano ridurre l'idoneità del patrimonio[334] ad appagare l'interesse creditorio in mancanza

---

Per concludere su questo profilo, si può riportare un passaggio della Relazione al Re, n. 119, nel quale si afferma che il sistema della revocatoria "può a prima vista sembrare molto grave per il terzo contraente, ma occorre considerare che la prevalenza del creditore sul terzo è giustificata dal comportamento normalmente illecito di questo e dal fatto che altrimenti le ragioni del creditore finirebbero per l'essere nella maggior parte dei casi compromesse dal concorso del terzo".

[330] L'esistenza di un simile obbligo è riconosciuta da ALF. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 83-84, in linea con la sua tesi del diritto di pegno sull'intero patrimonio del debitore; L. COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, 1950, 67, secondo il quale "l'obbligo del debitore di destinare i beni patrimoniali all'adempimento dell'obbligazione dura quanto l'obbligazione stessa"; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 33, per il quale "il debitore è libero di disporre dei propri beni; ma fino al punto ed in modo da non sopprimere o diminuire la garanzia che questi rappresentano per i creditori"; G. RAGUSA MAGGIORE, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960, 123 ss., persuaso che l'atto revocabile violerebbe un "dovere accessorio all'obbligazione, che si sostanzia nell'obbligo di correttezza del debitore" (128); G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 75 ss., il quale affronta il tema delle obbligazioni solidali passive, affermando che "la gestione di ciascun patrimonio deve essere condotta come se non esistessero né la solidarietà né i beni dei condebitori" (76); A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, cit., 254 ss.; R. PERCHINUNNO, *Il sequestro conservativo*, cit., 197; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 35; A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 21, affermando che "fin dal sorgere dell'obbligazione, nasce a favore del creditore la pretesa che il debitore conservi nel proprio patrimonio beni sufficienti a garantire che, in caso di inadempimento dell'obbligazione stessa, il creditore possa ottenere coattivamente l'equivalente pecuniario della prestazione"; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, cit., 163-164: dell'opinione che "il debitore non deve trascurare l'efficienza del suo patrimonio; egli ha un onere di vigilanza, in quanto si tratti della tutela dei propri diritti, e un dovere di astensione da atti illeciti in quanto lesivi delle aspettative creditorie. In altri termini, incombe al debitore, come a qualsiasi altro consociato che abbia un patrimonio, un onere di vigilanza e di cautela, la cui inosservanza compromette l'adempimento". Secondo L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 152, la garanzia patrimoniale consiste non tanto nell'attribuzione del potere di aggredire il patrimonio garante, ma nel diritto alla conservazione di questo nella misura sufficiente a far conseguire il loro interesse ai creditori. Contro l'esistenza di un obbligo di conservare l'integrità del patrimonio si esprimono L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 23; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 5.

Come emerge già da alcuni dei riferimenti che precedono, la prospettiva che fonda la revocatoria nell'inadempimento di un obbligo coinvolge il tema dell'onere della prova. Per R. NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1953, 194, "se un tale obbligo sussistesse, l'onere della prova del dolo o della colpa del debitore non dovrebbe essere a carico del creditore che agisce in revocatoria, ma dovrebbe essere il debitore a provare che l'inadempimento dell'obbligo è dovuto a una causa a lui non imputabile (art. 1218)". In linea con questa considerazione si muove A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 48-49, il quale afferma che "spetta al debitore, come in ogni altro rapporto obbligatorio dimostrare che dell'inadempimento egli non è responsabile perché non in colpa".

[331] Proprio l'inclusione dei beni futuri giustifica la soluzione favorevole alla revocabilità di atti dispositivi aventi per oggetto beni futuri; così P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, cit., 289 ss..

[332] Mediante il richiamo alle regole sulla responsabilità patrimoniale sembra si superi la critica avanzata contro la tesi che riconosce il fondamento giuridico della revocatoria in un fatto illecito contrattuale del debitore da C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., 453, stando alla quale nel nostro ordinamento mancherebbe una norma che vieti al debitore di disporre del proprio patrimonio contro l'interesse dei creditori.

[333] Secondo la ricostruzione di R. NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 194 ss., sussisterebbe non tanto un obbligo di astenersi, quanto un una limitazione qualitativa del potere dispositivo del debitore. Contro questa tesi si obietta anzitutto che il vincolo di indisponibilità dovrebbe condurre all'inefficacia originaria, a prescindere dall'esperimento della revocatoria; così C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., 452.

[334] Il riferimento al patrimonio nel suo complesso, imposto dall'oggetto del discorso (garanzia patrimoniale generica) non esclude che un obbligo simile vi sia nelle garanzie localizzate su singoli beni. Appare pienamente condivisibile l'opinione di L. COVIELLO, *L'ipoteca è un diritto reale?*, in *Riv. dir. civ.*, 1936, 3, secondo cui

dell'adempimento[335] e, per gli imprenditori fallibili, anche da atti che distribuiscano in misura arbitraria e non proporzionale il peso dell'insolvenza. A fronte di questi obblighi sta il diritto di chi possa vantare un credito di ingerirsi nella gestione del patrimonio altrui[336]. Si deve allora riconoscere che "il debitore, pur restando titolare del patrimonio, si trova controllato nella libera disponibilità e amministrazione del medesimo, per il fatto che il patrimonio stesso, pur essendo suo, costituisce tuttavia, ad un tempo, la *comune garanzia dei suoi creditori*. Egli potrà dunque ancora disporre delle cose e dei diritti nel medesimo compresi; ma potrà disporne *solo in quanto non restino pregiudicate le ragioni dei suoi creditori* i quali dunque mentre, da una parte, potranno chiedere l'annullamento di tutti gli atti compiuti in frode delle loro ragioni, potranno anche, dall'altra, [...] sostituirsi a lui nel compimento di tutti quegli atti la omissione dei quali comprometta del pari la loro garanzia"[337].

Gli obblighi e i diritti che si sono richiamati paiono discendere direttamente dall'art. 2740, comma 1, cod. civ. e, per la revocatoria fallimentare, anche all'art. 2741 cod. civ. [338]. La violazione non è qualificabile come inadempimento - ossia inesatta o mancata realizzazione della prestazione -, ma come inosservanza di un obbligo strumentale a consentire il soddisfacimento con il patrimonio, sicché siamo nel rapporto di responsabilità. Il comportamento incoerente rispetto alla funzione di garanzia assegnata al patrimonio dall'art. 2740, comma 1, cod. civ. è sanzionato (anche) con l'azione revocatoria.

L'idea della responsabilità come rapporto sostanziale, poiché insuscettibile di ridursi nella sola tutela espropriativa[339], sembra trovare allora una conferma. Il vincolo che l'obbligazione

---

anche il proprietario che concede ipoteca su un proprio bene subisce una limitazione nella propria libertà di godimento: "egli deve astenersi dal fare qualsiasi atto che possa compromettere la sicurezza del credito garantito. Così per esempio non potrebbe dissodare un bosco o aprire cave in un bosco distruggendone o diminuendone il valore, o neanche demolire un edificio, sia pure allo scopo di ricostruirlo in maniera diversa. Neppure potrebbe staccare dal fondo le pertinenze industriali per alienarle separatamente".

[335] Le possibilità di soddisfare i creditori possono diminuire sia in conseguenza di un impoverimento del patrimonio, che di una sua variazione solo qualitativa. Si tende a riconoscere che entrambe le modificazioni del patrimonio - sia quantitative che qualitative - possano dipendere da atti revocabili; così A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 125-126; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 125 ss.; C. COSSU, *Revocatoria ordinaria (Azione)*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ*., vol. XVII, Torino, 1998, 464-465; A. BREGOLI, *Effetti e natura della revocatoria*, cit., 50; Cass. civ., Sez. I, 22 marzo 1990, n. 2400, cit.; Cass. civ., Sez. I, 5 dicembre 1996, n. 10359, in *Giur. comm*., 1998, II, 482.

[336] È diffuso in dottrina il riferimento - soprattutto con riguardo alla revocatoria - a un potere di ingerenza del creditore nella sfera patrimoniale del debitore; così G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, cit., 82 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 93.

[337] G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 234 (corsivi dell'Autore). Occorre segnalare che il riferimento all'annullabilità discende dalle incertezze sulla qualificazione dell'azione revocatoria ancora presenti all'epoca delle affermazioni riportate.

[338] Nella letteratura è frequente il riferimento alla clausola di buona fede oggettiva o a quella di correttezza in relazione con gli artt. 2740 e 2741 cod. civ. per spiegare il fondamento della revocatoria. In tal senso A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, cit., 259 ss.; R. PERCHINUNNO, *Il sequestro conservativo*, cit., 197; G. RAGUSA MAGGIORE, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, cit., 128. Un riferimento al dovere di correttezza previsto nell'art. 1175 cod. civ. quale fondamento però dell'azione surrogatoria svolge E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, cit., 163.

[339] Così Sentencia del Tribunal Supremo, 12 de marzo de 1984. Secondo Trib. Monza, 15 maggio 2006, in banca dati *Pluris on line*, "la revocatoria ordinaria è uno strumento processuale volto ad assicurare la realizzabilità concreta del principio cardine posto dall'art. 2740 c.c. di responsabilità patrimoniale, affine al più alla garanzia dell'obbligazione e non all'esecuzione. Non a caso è posta nel capo V del titolo III del libro sesto del codice civile che è denominato "dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale" e non nel titolo IV "della tutela giurisdizionale di diritti", ove è l'esecuzione forzata. Sarebbe come dire che la costituzione di un

determina nel patrimonio garante non si riduce a una pretesa nei confronti dello Stato, ma modula le prerogative su quel patrimonio, andando ad incidere sul piano sostanziale degli interessi e sul rapporto schiettamente privatistico tra debitore e creditore[340]. Ad analoghe conclusioni si perverrebbe prendendo in considerazione, anziché la pauliana, l'azione surrogatoria[341], la quale si radica nell'obbligo del debitore di conservare ed incrementare la garanzia generica per i creditori[342].

22. Responsabilità e autotutela

I rilievi del paragrafo appena concluso inducono a negare la veste solo processuale della responsabilità patrimoniale, per affermarne il carattere sostanziale. Essa precede l'inadempimento e perciò non si esaurisce nella tutela esecutiva.

All'inadempimento il creditore può reagire chiedendo la condanna del debitore e, se il comando del giudice rimane inosservato, ricorrendo alla tutela esecutiva. Il postulato della concezione che vede nella responsabilità una pretesa indirizzata verso lo Stato, risiede

---

pegno deve essere considerata attività affine alla esecuzione poiché lo stesso consente di agire in via esecutiva e prima o poi il bene sarà aggredito esecutivamente. La revocatoria è sicuramente un mezzo per consentire la realizzazione del vincolo obbligatorio e per far si che il debitore risponda con il suo patrimonio del medesimo obbligo". In questa direzione anche M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, 251 ss., che dal controllo gestorio concesso al creditore prima ancora dell'inadempimento fa discendere la critica alla concezione monista, per il suo porre al di là del rapporto obbligatorio la responsabilità patrimoniale.
Conclusioni diverse dovrebbero discendere dalla tesi di coloro che intendono la responsabilità patrimoniale come fenomeno processuale di diritto pubblico, promuovendo una concezione processuale anche della revocatoria. Per quest'opinione, contestata dalla dottrina maggioritaria, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 279-280, per il quale "il c.d. controllo gestorio del creditore esprime un diritto processuale, non un diritto materiale del creditore e perciò esce dal contenuto del *diritto* per essere compreso in quello della *azione* del creditore" (corsivi dell'Autore); F. CARNELUTTI, *Azione revocatoria e trascrizione*, in *Riv. dir. proc*., 1947, I, 213-214.

[340] Per R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria. Parte generale*, cit., 87-88, invece non esisterebbe "un principio di responsabilità come sintesi delle varie norme sull'esproprio, sul sequestro, sull'azione revocatoria, e così via: esiste semplicemente un termine generico, una categoria generica, a cui si dà il nome di responsabilità patrimoniale, o di garanzia generica, per indicare con termine compendioso i multiformi poteri, e (per chi creda di denominarli così) gli svariati, eterogenei diritti attribuiti al creditore per il soddisfacimento delle sue ragioni"; da ciò l'Autore ricava che "la garanzia generica, essendo null'altro che la sintesi di tutti i poteri spettanti al creditore, concettualmente è un doppione di questi poteri, e ne costituisce un *posterius* logico: come tale, non ne può rappresentare il fondamento".

[341] Per ampie considerazioni, estese anche al sequestro conservativo, G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 42 ss..

[342] I rilievi svolti sembrano infatti riferibili anche all'azione surrogatoria. Su una diversa linea, G. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir*., vol. IV, Milano, 1959, 950-951, il quale da una parte afferma che la surrogatoria "ha il proprio fondamento nel principio di responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)" (950), ma dall'altra sostiene che "il potere attribuito al creditore non è peraltro in relazione ad un supposto diritto di garanzia (cosiddetto pegno generale) che al medesimo spetterebbe su tutti i beni del debitore, né si giustifica con un presunto dovere del debitore di conservare l'oggetto della responsabilità patrimoniale. Se di quel diritto si potesse ammettere l'esistenza e la surrogatoria fosse un mezzo a sua difesa, qualunque comportamento omissivo del debitore che importasse un depauperamento patrimoniale, venendo a integrarne una lesione, dovrebbe autorizzare l'esperimento della surrogatoria; laddove il rimedio è invece ammesso nella sola ipotesi in cui si profili un pericolo di insolvenza del debitore. [...] Quel che si tutela attraverso il rimedio dell'art. 2900 c.c. non è tale supposto diritto di garanzia, ma lo stesso diritto di credito, del quale si previene una potenziale lesione con l'assicurarne la possibilità di futura realizzazione" (951). Tuttavia, a queste considerazioni sembra di poter replicare che il pericolo di insolvenza è elemento di fattispecie della surrogatoria per la necessità di giustificare un interesse ad agire del creditore, oltre che per giustificare l'intromissione di un terzo nelle scelte patrimoniali di un soggetto in conformità all'ineludibile canone della proporzionalità.

nell'idea secondo cui la tutela esecutiva sarebbe affidata in via esclusiva al potere pubblico. La premessa è a prima vista inattaccabile e sembra connettersi ad una funzione essenziale dei moderni ordinamenti nazionali[343]: l'art. 2907, comma 1, cod. civ. stabilisce che "alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria" e norme penali puniscono chi si faccia giustizia da sé (artt. 392 e 393 cod. pen.). Se si approfondisce l'analisi ci si accorge però che accanto agli strumenti di tutela statuale se ne pongono altri, i quali prescindono da ogni attività del potere pubblico[344] e smentiscono allora il postulato della ricostruzione pubblicistica. Il punto di partenza è quello già suggerito da una risalente letteratura: "se si riuscirà a dimostrare che esistono in concreto determinati modi per attuare la soddisfazione coattiva di crediti pecuniari al di fuori della tutela assicurata dal codice di procedura civile, si dovrà necessariamente riconoscere che il concetto di responsabilità patrimoniale non è indissolubilmente legato all'azione giurisdizionale" [345]. Si tratta delle ipotesi di autotutela privata, tra le quali interessa isolare quelle di carattere esecutivo[346], con le quali mutano i mezzi utilizzati, ma non il risultato perseguito[347].

Quale forma di autotutela si potrebbe richiamare l'efficacia estintiva della compensazione, e soprattutto la sua disciplina nella procedura fallimentare[348].

Sono però da ricordare soprattutto altri istituti, tra i quali la cessione dei beni ai creditori disciplinata dagli artt. 1977 ss. cod. civ., solitamente inclusa tra le forme di autotutela convenzionale a scopo satisfattorio[349]. L'intervento esecutivo dello Stato è evitato mediante un mandato conferito anche nell'interesse dei mandatari (profilo interno)[350] e l'attribuzione ai creditori della rappresentanza sostanziale e processuale del debitore (profilo esterno)[351].

Si deve poi richiamare la disciplina stabilita dagli artt. 1515 e 1516 cod. civ.. I quali consentono rispettivamente al venditore di far vendere la cosa per conto e a spese del compratore se questi non paga il prezzo e al compratore di far acquistare le cose a spese del

---

[343] Sull'origine invece privata dell'esecuzione forzata nel diritto romano, E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, in *Annuario della Università degli studi di Camerino*, Camerino, 1919, 130 ss..

[344] Tra i processualisti sono soprattutto L. MONTESANO, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, cit., 93 ss.; GIR. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 14-15, a porre in risalto come la reazione all'inadempimento di obbligazioni pecuniarie possa risolversi ed esaurirsi in via di autotutela, senza che appaia indefettibile l'intervento dello Stato.

[345] È la lucida notazione di GIR. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., 15. In prospettiva analoga, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 75, il quale coerentemente aggiunge che "*è arbitrario restringere il concetto del processo a quella forma di attuazione del diritto che viene esercitata esclusivamente da organi dello Stato e in nome di questo*" (corsivo dell'Autore).

[346] Per questa categoria è imprescindibile il richiamo a GIR. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., 52 ss..

[347] L'identità di presupposti e finalità tra eterotutela ed autotutela è posta in risalto da T. ASCARELLI, *Sulla derogabilità delle forme d cui all'art. 363 cod. comm.*, in *Riv. dir. prov. civ.*, 1927, I, 29; F. SALVI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1947, 95-96.

[348] Il legame tra compensazione ed autotutela è segnalato da P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 112-113.

[349] Così E. BETTI, *Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 314; diversamente, F. SALVI, *La cessione dei beni ai creditori*, cit., 94

[350] Cass. civ., Sez. I, 1 giugno 1999, n. 5306, in *Foro it*., 1999, 2869; Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 1993, n. 709, in *Fall*., 1993, 807; E. BETTI, *Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori*, cit., 314. Per una diversa qualificazione del rapporto, M. GHIDINI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1956, 44.

[351] Cass. civ., Sez. III, 16 dicembre 1988, n. 6853, in banca dati *Iusexplorer on line*. Per F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 284, la rappresentanza in questione avrebbe fonte legale, fondandosi su un potere riconosciuto dalla legge, consentirebbe di agire in piena indipendenza dalla volontà di colui per cui agisce.

venditore se questi non adempie la sua obbligazione, purché esse siano fungibili ed abbiano un prezzo corrente. All'acquisto o alla vendita provvede una persona autorizzata o, se questa manca nel luogo in cui la vendita deve essere eseguita, l'ufficiale giudiziario; la vendita avviene all'incanto, salvo che la cosa abbia un prezzo corrente. Si tratta di una forma di esecuzione extra-processuale per la mancanza di controlli da parte di un organo giudiziario e di un titolo esecutivo[352].

L'autotutela esecutiva può anche derivare dalla volontà dei privati diretta ad attribuire un diritto di pegno[353]. In caso di inadempimento, il creditore può far vendere il bene (artt. 2796, 2797 e 2804, comma 2, cod. civ.) oppure domandarne l'assegnazione (art. 2798 e 2804, comma 1, cod. civ.).

Una forma di autotutela si trova anche nella disciplina stabilita dall'art. 1851 cod. civ. per il pegno irregolare[354]. Alla banca è trasferita la proprietà dei beni in garanzia, con l'obbligo di restituirli se l'obbligazione è adempiuta; in caso di inadempimento all'istituto creditore è invece riconosciuto il diritto di non restituire il denaro, le merci o i titoli di valore non eccedente quello dei debiti garantiti[355].

A queste ipotesi vanno aggiunti istituti più recenti, i quali tendono ad attribuire al creditore non il diritto di far vendere il bene, ma di procedere direttamente alla vendita.

Occorre richiamare la disciplina stabilita dall'art. 4, d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, rubricato "escussione del pegno". La disposizione prevede che nell'ambito dei contratti di garanzia finanziaria indicati dall'art. 1, lett. *d*), e dall'art. 2 il creditore possa escutere autonomamente la garanzia, procedendo egli stesso: "alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita" (comma 1, lett. *a*)); "all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione" (comma 1, lett. *b*)); "all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita" (comma 1, lett. *c*)).

Una disciplina simile è prevista dall'art. 1, d.l. 3 maggio 2016, n. 59 (convertito, con modificazioni, in l. 30 giugno 2016, n. 119), il quale consente agli imprenditori iscritti nel

---

[352] Così GIR. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., 52-53. *Contra*, in relazione all'analoga disciplina contenuta nel codice di commercio, F. BOLCHINI, *La vendita per autorità del creditore*, in *Riv. dir. comm*., 1908, 448 ss..

[353] GIR. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, cit., 128-129, riconduce l'espropriazione giudiziale a favore del creditore garantito da pegno al concetto di autotutela.

[354] Sulla disciplina del pegno irregolare, S. CICCARELLO, *Pegno (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., vol. XXXII, Milano, 1982, 687 ss.; A. SERRA, *Anticipazione bancaria*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. comm.*, vol. I, Torino, 1987, 134-135.

[355] Per Cass. civ., Sez. III, 24 maggio 2004, n. 10000, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2154, "qualora il debitore, a garanzia dell'adempimento della sua obbligazione, vincoli al suo creditore un titolo di credito o un documento di legittimazione individuati e gli conferisca anche la facoltà di disporre del relativo diritto, si esula dall'ipotesi del pegno regolare (artt. 1997 e 2784 cod. civ.) e si rientra nella disciplina, delineata dal predetto art. 1851, del pegno irregolare, in base alla quale il creditore garantito acquisisce la somma portata dal titolo o dal documento, che dovrà restituire al momento dell'adempimento o, in caso d'inadempimento, dovrà rendere per quella parte eccedente l'ammontare del credito garantito, determinata in relazione al valore delle cose al tempo della scadenza del credito garantito". In senso analogo Cass. civ., Sez. I, 9 maggio 2000, n. 5845, in *Dir. fall*., 2001, II, 725.

registro delle imprese la costituzione di un "pegno mobiliare non possessorio" a garanzia di debiti, sia esistenti che futuri, sia determinati che solamente determinabili, purché inerenti all'esercizio dell'impresa. Il bene rimane in possesso del garante[356], grazie all'iscrizione della garanzia in un registro informatizzato. Il creditore può escutere autonomamente tale garanzia. Gli è riconosciuto il diritto di procedere: (*i*) alla vendita dei beni oggetto della garanzia, trattenendo il corrispettivo fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il garante dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza; (*ii*) all'escussione o alla cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita; (*iii*) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro informatizzato, alla locazione del bene oggetto della garanzia, imputando i canoni a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita, purché il contratto preveda i criteri e le modalità per la determinazione dei canoni; (*iv*) ove previsto nel contratto e iscritto nel registro informatizzato, all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene e dell'obbligazione garantita.

Nel solco di questi interventi si inserisce anche il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, che con l'art. 1, comma 2, modificando il d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (testo unico bancario; di seguito, anche "t.u.b.") aggiunge il capo 1 *bis* al titolo VI. In questo si trova l'art. 120 *quinquiesdecies*, il cui terzo comma consente, nel concludere i contratti previsti dall'art. 120 *quinquies*, comma 1, lett. *c*), t.u.b., di convenire in forma espressa che in caso di inadempimento la restituzione da parte del debitore o il trasferimento dell'immobile oggetto di garanzia reale oppure dei proventi della sua vendita estinguono l'obbligazione, anche qualora il valore del bene o l'ammontare dei proventi sia inferiore al debito residuo da pagare. Se invece il valore dell'immobile, secondo la stima fatta da un perito, ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il debitore ha diritto all'eccedenza. La regola, oltre ad un'ipotesi di autotutela esecutiva, contiene in sé la deroga alla responsabilità universale[357] e al divieto di patto commissorio (come confermato dalle parole d'esordio nella disposizione: "fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile").

Una forma di autotutela si registra pure in un'altra novella al t.u.b., introdotta dal già citato d.l. 59 del 2016. L'art. 2 aggiunge al t.u.b. l'art. 48 *bis*, rubricato "finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato". Il primo comma della disposizione consente all'imprenditore e ai creditori espressamente indicati di garantire

[356] Forme di pegno non possessorio erano già previste dall'ordinamento. Gli artt. 1 ss., l. 24 luglio 1985, n. 401, disciplinano il pegno non possessorio sui prosciutti a denominazione d'origine tutelata, la cui costituzione avviene mediante l'apposizione di un contrassegno indelebile e la contestuale annotazione su appositi registri (art. 1, comma 1). A questa modalità di costituzione - apposizione di un contrassegno ed annotazione in un registro, senza spossessamento - fa rinvio anche l'art. 7, comma 1, l. 27 marzo 2001, n. 122. Lo stesso d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, all'art. 2, comma 1, lett. *b*), consente la costituzione del pegno tramite registrazione sui conti degli intermediari. Sul pegno non possessorio più in generale, S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nei confronti di imprese in difficoltà: pegno non possessorio e patto marciano*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. V, Milano, 2017, 1265 ss..

[357] Rileva S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1087, che attraverso questa disciplina "la responsabilità da situazione a contenuto indeterminatamente mutevole si trasforma, parallelamente al moltiplicarsi degli statuti creditori, in una condizione ad *oggetto predefinito*, col sintagma ad indicare non un debitore chiamato a rispondere con *tutti* i beni che si trovi ad avere al tempo dell'inadempimento bensì secondo lo spartito di un *debitore responsabile* in base a delle «concrete modalità di ... attuazione»".

il contratto di finanziamento attraverso il trasferimento, in favore del creditore o di una società collegata o da egli controllata, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento[358], come definito dal comma 5 del medesimo articolo. In caso di inadempimento al debitore deve essere riconosciuta l'eventuale eccedenza del valore di stima del diritto trasferito rispetto all'ammontare del debito inadempiuto e delle spese di trasferimento.

Da ultima, si può richiamare la disciplina prevista dall'art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, la quale pure consente alla banca o all'intermediario finanziario che concede un prestito vitalizio ipotecario di procedere direttamente alla vendita del bene in garanzia, soddisfacendosi sul ricavato. Anche in questo caso si può realizzare una limitazione della responsabilità universale, stabilita direttamente dalla legge e non delegata ai privati[359]; con una formula ambigua la disposizione prevede che "l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute"[360].

Le novità di cui si è dato conto dimostrano che il legislatore ha da tempo superato il postulato assunto dalla concezione pubblicistica della responsabilità patrimoniale, secondo il quale il soddisfacimento dell'interesse creditorio passerebbe di necessità attraverso la collaborazione del debitore ovvero l'aggressione al suo patrimonio condotta dallo Stato[361]. Tra queste due ipotesi si trova sempre più spesso quella dell'aggressione al patrimonio condotta però non da un'autorità pubblica, ma interamente mediante attività private, talvolta per un accordo, altre volte in virtù di una diretta previsione di legge.

Il diritto del creditore insoddisfatto non è allora più soltanto quello di pretendere l'intervento dello Stato, ma in certe ipotesi è di realizzare da sé il proprio interesse, senza uscire dalla logica della responsabilità e della garanzia patrimoniale. Non sembra allora più possibile sostenere che la responsabilità consista e si esaurisca in un diritto nei confronti dello Stato e di un suo correlativo obbligo verso il creditore, a meno di voler qualificare diversamente la responsabilità a seconda che l'obbligazione sia o meno suscettibile di autotutela. Tale rapporto tra il creditore e lo Stato si trova semmai nell'azione esecutiva, ma non nella responsabilità, sulla quale si fondano tanto l'esecuzione per opera dello Stato quanto quella per opera dei privati.

---

[358] Nel senso della condizione sospensiva di inadempimento, S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nei confronti di imprese in difficoltà: pegno non possessorio e patto marciano*, cit., 1287.

[359] Anche per questa ragione S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, cit., 1089, riconosce alla limitazione della responsabilità "una valenza tipologica" rispetto alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario.

[360] G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., xviii, ricava da questa disposizione una deroga alla responsabilità patrimoniale universale.

[361] L'assunto richiamato incontrava un tempo il favore anche della letteratura più scettica nei confronti della concezione pubblicistica della responsabilità: secondo G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 23, "il contenuto della responsabilità patrimoniale comprende, certamente, il momento finale della attuazione, nel quale l'oggetto responsabile viene definitivamente utilizzato in pro' della soddisfazione delle obbligazioni tutelate, a mezzo [...] del trasferimento forzato e mai, peraltro, a mezzo di un automatico impadronimento dell'oggetto responsabile da parte dei creditori tutelati" (in termini analoghi, 114).

23. Responsabilità ed esecuzione forzata

Nelle pagine che precedono si è affermato che: la responsabilità patrimoniale precede l'inadempimento, mentre l'esecuzione forzata può aversi solo dopo; la prima è prevista in una norma materiale la quale viene attuata mediante la seconda; tale attuazione coinvolge sempre il patrimonio responsabile, ma non sempre l'aggressione è svolta dallo Stato. Mentre la responsabilità appartiene all'obbligazione, l'azione esecutiva la attua[362], permettendo il conseguimento dell'utilità spettante al creditore[363].

Viene allora da domandarsi la ragione che induce una parte della dottrina a sovrapporre responsabilità e azione esecutiva. La confusione tra piani diversi pare derivare dalle comuni base giuridica e funzione economico-sociale. Tanto l'obbligazione, e dunque la responsabilità, quanto pure le azioni di condanna e quella esecutiva sono precedute dalla scelta che assegna prevalenza ad un interesse contro un altro e mirano a promuoverne la realizzazione[364]. A favorire la confusione tra i concetti contribuisce l'identità del titolare della garanzia patrimoniale con l'attore in sede esecutiva. Tolte queste somiglianze, responsabilità ed esecuzione divergono: la prima designa uno dei rapporti che compongono l'obbligazione; la seconda, lo strumento per l'attuazione di tale rapporto[365]. Come il rapporto di debito conduce (anche) all'azione di condanna, la responsabilità patrimoniale trova tutela (anche)

[362] Per E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 62-63, "ciò che in esso processo [esecutivo] viene attuato non potrà che essere *o* l'obbligazione *o* l'azione. Ora, se l'azione esecutiva è il potere giuridico di porre in essere le condizioni per l'attuazione ulteriore (realizzazione) del diritto obiettivo accertato nel caso specifico, non potrà essere, *essa stessa*, ciò *di cui* essa provoca l'attuazione. Non potrà essere ad un tempo l'*attuante* e l'*attuando*; il *potere di* attuare e la *ragione da* attuare. Forza è dunque riconoscere che ciò che è destinato a venire realizzato nella esecuzione forzata, non è l'azione bensì l'obbligazione" (corsivi dell'Autore).

[363] È E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 64, a mettere in risalto che "l'obbligazione (intesa nel senso lato di obbligo il cui inadempimento importa una responsabilità giuridica) e l'azione di condanna ed esecutiva hanno [...]una *base giuridica comune* e sono legate da una fondamentale *identità di scopo economico-sociale* (non di obiettivo giuridico)" (corsivi dell'Autore). Poco più avanti (69) lo stesso Autore ricorre all'immagine geometrica di due linee - una l'obbligazione e l'altra l'azione - che nascono da uno stesso punto ("volontà concreta di legge"), diventano parallele e poi convergono in un unico punto ("conseguimento del medesimo bene della vita").

[364] In questa direzione, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 63-64; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 11-12

[365] Rileva E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 42, che "l'esecuzione forzata non è che la realizzazione della responsabilità e della corrispondente aspettativa o garanzia gravante sul corpo o sui beni del responsabile". In linea con questa premessa, l'azione esecutiva è definita come "il potere di promuovere la realizzazione d'una responsabilità" (43).
In questo senso si deve leggere anche la contestazione di D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 10, alle tesi che invece fanno coincidere responsabilità ed esecuzione: "l'azione esecutiva, l'assoggettamento del debitore al potere coattivo dello Stato, e tutta l'esecuzione forzata costituiscono non la responsabilità propriamente detta, ma solo un mezzo per la realizzazione di questa. La responsabilità, cioè la possibilità di aggredire i beni del debitore in caso di inadempimento dell'obbligazione, costituisce un *prius* rispetto all'esecuzione forzata, la quale in tanto può aver luogo in quanto sussiste la responsabilità, e questo *prius* non può appartenere che al diritto sostanziale. Allo stesso modo, qualsiasi diritto soggettivo, se violato, si fa valere in giudizio mediante l'azione; ma sia il diritto soggettivo violato (nella specie, il credito) che la relativa sanzione (nella specie, la responsabilità) rimangono distinti dall'azione e appartengono al diritto sostanziale". In questa direzione, e cioè rilevando la propedeuticità della responsabilità rispetto all'azione esecutiva, e quindi la loro diversità, anche R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 4; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 16-17.

nell'azione esecutiva[366]. Proprio alla luce di queste considerazioni si comprende e può condividere la critica mossa alla concezione monista, la quale, come già riferito, considera la responsabilità come inerente ad un rapporto di diritto pubblico: sembra invece essere non la responsabilità, ma i mezzi esecutivi, con i quali si escute la garanzia patrimoniale, a formare oggetto di un potere dello Stato verso il debitore[367]. Mentre la garanzia è il diritto sostanziale che si fa valere, i mezzi esecutivi sono lo strumento messo a disposizione di quel diritto[368]. Lo stesso diritto d'azione consiste in un diritto processuale, coordinato ma non coincidente alla situazione sostanziale protetta[369]. La responsabilità patrimoniale è strumentale all'interesse del creditore; la tutela esecutiva è a sua volta strumentale alla responsabilità[370]: ciò che si realizza e lo strumento con cui lo si realizza non possono che essere cose distinte[371], come la forza che lo attua non può essere la stessa cosa del diritto che riceve

[366] Benché relegata in una nota, è importante la considerazione di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 42-43, per il quale il diritto di garanzia non si esercita nell'azione di condanna, ma unicamente con quella esecutiva.

[367] Così G. CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, cit., 467, per il quale "il diritto di vendere spetta allo Stato, come *mezzo esecutivo*, come mezzo cioè dell'attuazione della legge" (corsivo dell'Autore); E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 162, per il quale "i mezzi esecutivi sono esclusivamente oggetto di un diritto subiettivo *dello Stato* verso il cittadino debitore e sono quindi affatto estranei al rapporto di obbligazione tra creditore e debitore" (corsivo dell'Autore); E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 118 ss..

[368] "Diconsi *mezzi esecutivi* le misure che la legge consente agli organi giurisdizionali di prendere al fine di ottenere che il creditore consegua praticamente il bene a cui ha diritto" (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., 261 - corsivo dell'Autore).

[369] E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 167, il quale in un'altra pagina afferma che "l'azione resta anche oggi un diritto concreto contro lo avversario" (61); E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 123-124; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, cit., 163-164; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 13, secondo cui "i punti estremi sono sempre costituiti dal diritto subiettivo e dalla sua realizzazione, e in mezzo stanno gli atti e i diritti processuali, come serie che comincia subito dopo il diritto subiettivo e si estingue subito prima della estinzione di esso".

[370] Non si può approfondire l'antico dibattito sull'interesse protetto in linea prioritaria nel processo esecutivo. Secondo un primo orientamento "indubbiamente il fine del processo esecutivo è di natura pubblica: attuazione di uno dei princìpi cardinali dell'ordine giuridico, quale quello di garentire la realizzazione dei diritti soggettivi, e la prevalenza dell'interesse del creditore su quello (arbitrario ed illegittimo) del debitore riluttante" (S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 175). Secondo una diversa linea, invece, "che l'espropriazione forzata non attui l'interesse pubblico all'osservanza del diritto, si desume da ciò che essa dipende dalla volontà del creditore ed è diretta a soddisfare un suo interesse: è quindi un suo diritto" (A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 231).
Opportuno, con riguardo a tale questione, richiamare il pensiero di M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391 ss., cui va il merito di aver denunciato che a voler porre "eccessivamente l'accento sul criterio del «fine» o dello «interesse»" si rischia l'esito per cui "qualunque norma, anche quella diretta a tutelare i più egoistici istinti, può considerarsi posta per i fini dello Stato o della comunità"; comprensibile, dunque, l'invito proprio di M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 75 ss., a rivedere la tendenza che espande oltre il consentito i confini del diritto pubblico. In termini analoghi A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985, 65, quando rileva che "un interesse pubblico, ancorché generico, è sotteso a qualsiasi norma giuridica". In sintonia con questi rilievi Cass. civ., Sez. un., 16 luglio 2008, n. 19506, in *Fall.*, 2008, 1394, con nota di G. Lo Cascio, *Natura giuridica della liquidazione postconcordataria*, secondo cui "nella giurisdizione esecutiva, si esprime la forza cogente dello Stato, sia pur messa in campo per la concreta attuazione di interessi privati che l'ordinamento ha giudicato meritevoli di considerazione".

[371] Così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 124; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, cit., 163-164.

attuazione[372]. La confusione tra piani distinti che sta dietro l'identificazione tra responsabilità ed azione esecutiva sembra la conseguenza di un modo di vedere diffuso. Ad esempio, per Alfredo Rocco a fronte del divieto di uccidere starebbe unicamente il diritto dello Stato ad attuare la sanzione[373]; le considerazioni svolte in questo paragrafo inducono invece a dire che al divieto corrisponde anzitutto il diritto alla vita, che non viene meno per la sua materiale incoercibilità ed è semmai il presupposto della sanzione.

Alla luce di queste riflessioni, si può tornare al divieto di limitazioni convenzionali della responsabilità con la consapevolezza che la sua giustificazione non può oggi ricercarsi nell'intangibilità del rapporto di diritto pubblico.

24. Contenuto del debito e della responsabilità

Prima di calare le conclusioni raggiunte sul terreno delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale, sembra utile tornare sulle difficoltà che si incontrano nell'indagare in cosa consista il rapporto di responsabilità.

Si è già detto che il punto di debolezza della teoria che scompone l'obbligazione in debito e responsabilità risiede nella definizione dei due rapporti. I difensori di questa prospettiva devono scansare le critiche rivolte alla concezione personale: se l'obbligazione è un vincolo tra patrimoni non è concepibile che una sola coppia di diritti e obblighi, intesi come situazioni giuridiche sui beni che formano il patrimonio, e quindi assimilati a quelle di natura reale. Proprio il richiamo ai diritti reali per spiegare la responsabilità patrimoniale, pur nella evidente mancanza dei loro elementi nell'obbligazione, permette di scorgere il problema cruciale di quella affascinante teoria.

Procedendo secondo un criterio analitico, sembra di poter proporre una ricostruzione che senza smentire le affermazioni più significative della tesi dualista (separabilità dei rapporti di debito e responsabilità ed inclusione della seconda tra gli istituti di diritto sostanziale) tenti di superarne le difficoltà.

Il problema di partenza è quello che investe la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive. Si può partire dall'insegnamento secondo il quale "la norma giuridica contiene la *descrizione di un comportamento umano*, a cui, nel caso che il fatto accada, è attribuita la *qualifica di doverosità*"[374]. Il verificarsi del fatto interrompe la libertà del soggetto[375] la cui

[372] In questi termini M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Des Priviléges et hypothèques, ou commentaire du tit. XVIII, liv. III, code civil*, t. 1, cit., 36, nel distinguere tra la forza ed il diritto protetto per chiarire la differenza tra espropriazione e responsabilità.

[373] ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 677, il quale si serve dell'esempio proprio per superare l'ostacolo posto dai doveri che non siano materialmente coercibili, cercando di dimostrare come in questi casi si ricorra alla costituzione di un nuovo rapporto, invece suscettibile di coazione; di qui, poi, la distinzione tra diritti immediatamente o mediatamente coercibili.

[374] N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 23 (corsivi dell'Autore), il quale aggiunge che "il comportamento umano non è in sé doveroso né antidoveroso, ma neutro e adiaforo: soltanto nell'ipotesi che accada il fatto previsto dalla norma, esso riceverà una valutazione di conformità al diritto".

[375] La relazione tra l'ipotesi dedotta nella fattispecie astratta e l'effetto del comando è posta in risalto da B. CROCE, *Filosofia della pratica*, Bari, 1915, 234: "l'imperativo è volontà; ed è perciò sempre categorico e ipotetico insieme: si vuole (categoricamente) a, ma a non si vorrebbe se la condizione di fatto o situazione, b, non fosse (ipoteticamente)". In direzione analoga, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 440, per il quale "ciò che si chiama effetto giuridico o conseguenza giuridica non è [...] altro che un valore condizionato. il valore di un determinato atto umano (nel nostro esempio, il pagamento o

condotta successiva sarà valutata come conforme o difforme a un predefinito modello di condotta[376]. Se la premessa è vera, allora l'obbligo si traduce nella "*proiezione nel futuro di uno schema normativo di contegno e qualifica di doverosità del contegno coincidente*"[377]. Obbligatorio è il comportamento doveroso secondo una norma, indipendentemente dalla pressione che sulla volontà si faccia attraverso la minaccia di una sanzione (profilo della coazione)[378]. La qualifica di doverosità - la conformità della condotta rispetto al modello - può desumersi non solo dalla presenza di una sanzione per la condotta difforme, ma anche semplicemente dall'intangibilità delle conseguenze (come accade con la *soluti retentio* nelle obbligazioni naturali)[379]. Allora non più "la sanzione è il *prius* indispensabile dell'obbligo"[380], ma l'obbligo rappresenta l'antecedente logico della sanzione; mentre ogni sanzione è preceduta dalla doverosità, non ogni obbligo è assistito dalla sanzione[381].

Il modello per il comportamento di taluno trova di regola la propria giustificazione nell'interesse di qualche altro[382]; l'obbligo è sovente[383] riferito ad un soggetto, il quale si

---

adempimento) è condizionato in generale a un determinato fatto della realtà (il contratto regolarmente concluso)". Nella stessa direzione, più di recente, F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 37: "il fatto giuridico è dato dalla sintesi di un duplice elemento, quello materiale (fatto naturale od umano), e quello formale (la qualificazione giuridica del fatto). Da un lato, l'accadimento concreto non può da sé esprimere carattere giuridico, dall'altro, la norma non può, senza l'accadimento, sprigionare la forza dinamica in cui si concreta l'effetto". Per F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, cit., 15-16, "ogni norma giuridica rappresenta un comando ipotetico: *pone* una determinata situazione (precisamente un determinato conflitto di interessi) e *comanda* rispetto ad essa. Per individuarla occorre *constatare* una situazione identica alla situazione *posta* e comandare nell'identico modo rispetto ad essa; così il comando *ipotetico* diviene comando *reale*" (corsivi dell'Autore).

[376] Si può allora dire con M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, 70, che l'obbligo "designa un concetto appartenente alla categoria degli effetti".

[377] N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., 25 (corsivi dell'Autore).

[378] In quest'altro senso sembrerebbero invece G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 227; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 209, per il quale "la nozione dell'obbligo si ottiene semplicemente rovesciando quella del diritto: «interesse subordinato mediante un vincolo della volontà», oppure «vincolo della volontà imposto per la subordinazione di un interesse». In questa nozione gioca, naturalmente, in prima linea, l'elemento della sanzione; infatti il vincolo della volontà del debitore [...] non da altro deriva che dalla paura della sanzione; e, d'altro verso, il potere della volontà del creditore non in altro consiste che nel dipendere la attuazione della sanzione dal suo beneplacito".

[379] In questa prospettiva rileva unicamente la conformità del comportamento tenuto a quello descritto, secondo una logica alla quale sono estranei i profili non normativi. In altro modo sembrano procedere quelle opinioni, tra le quali va di nuovo segnalata quella di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 243, secondo le quali l'obbligo riceverebbe attuazione non per la mera conformità tra condotta e modello di condotta, ma perché la prima è conforme al secondo per il timore della sanzione.

[380] Le parole tra virgolette sono di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 246.

[381] Per G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 223, "se le *autorità statuali* e *sociali* che presiedono alla formazione del diritto, riconoscono la necessità di un certo contegno per il miglior raggiungimento di quelli che sono i fini della comunità politica, questo contegno diventa *doveroso anche dal punto di vista giuridico, quando anche non sia specialmente garantito con sanzioni di sorta*" (corsivi dell'Autore). Poco più avanti l'Autore rileva che "al sorgere di un vero e proprio dovere giuridico basta [...] che vi sia una norma giuridica che lo imponga [...]. Che poi la norma stessa soggiunga delle sanzioni, più o meno gravi, non ha influenza alcuna per quanto riguarda la esistenza del dovere stesso, ma tutt'al più influirà sulla sua pratica osservanza" (224).

[382] Si possano spendere le parole utilizzate da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 54-55, per spiegare perché al debito sia correlativo il credito: "*la norma di diritto privato, proteggendo interessi privati, crea costantemente limitazioni giuridiche a vantaggio per l'appunto dei soggetti che sono titolari di quegli interessi*" (corsivo dell'Autore). Per S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 3-4, "di fronte al diritto non c'è, negli altri soggetti, che una posizione generica di dovere, che più propriamente si indica come una limitazione della loro libertà".

[383] L'avverbio è opportuno per la considerazione di N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., 36, il quale pone in evidenza come la destinatarietà non sia elemento imprescindibile per l'obbligo: mentre il diritto soggettivo non può che corrispondere all'obbligo, quest'ultimo può anche prescindere dal correlativo diritto di

distingue da ogni altro appunto perché destinatario dell'obbligo altrui. È proprio nella destinatarietà dell'obbligo che si risolve la categoria del diritto soggettivo[384]: avere un diritto nei confronti di taluno non esprime altro che l'essere destinatario dell'obbligo di quello. Anche in questo caso, il diritto di un individuo prescinde dalla coazione esercitata su un altro[385].

Come si è detto più volte, l'obbligazione moderna può appagare l'interesse creditorio secondo due modalità alternative. La prima realizza quell'interesse mediante un'attività spontanea; mercé l'esecuzione della prestazione originaria o di quella secondaria prescritta dalla condanna. La seconda realizza invece l'interesse a dispetto del rifiuto opposto dal debitore.

Si possono individuare perciò due coppie di rapporti: una prima, debito-credito, in grado di soddisfare l'interesse mediante la prestazione; un'altra, responsabilità-garanzia, in grado di soddisfarlo per mezzo del patrimonio, procurando al creditore l'equivalente economico della prestazione[386].

---

un altro soggetto. In tal senso anche F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, cit., 303, per il quale "i comandi della legge impongono esclusivamente dei doveri di condotta. Il diritto soggettivo può esserci o non esserci, ma in ogni caso non risulta che come la ripercussione favorevole nel beneficiario del dovere. [...] Mentre ogni diritto soggettivo si fonda su un dovere giuridico, non ogni dovere produce un diritto soggettivo". Per l'esistenza di diritti senza obblighi, invece, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 70-71.

[384] N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., 34 ss.; M. ORLANDI, *Le situazioni soggettive*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, G. Amadio-F. Macario (a cura di), t. 1, Bologna, 2014, 198; V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, 75, per il quale "una situazione di interesse assurge [...] alla dignità di diritto soggettivo quando intenzionalmente è presa in considerazione dalla norma che impone l'obbligo".

Il momento relazionale del diritto soggettivo emerge anche da definizioni apparentemente distanti da quella proposta. È il caso di quella che vuole il diritto soggettivo come "*aspettazione di un bene della vita, garantita dalla volontà dello Stato*" (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 30 - corsivo dell'Autore); attesa del bene che suggerisce subito la presenza di un altro soggetto tenuto a darlo. Per G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 225, sarebbe invece erroneo "ammettere come dimostrato [...] che il dovere del debitore sia il termine correlativo del diritto del creditore e che non vi possa essere dovere di una persona se non vi sia un diritto corrispondente (avente cioè la medesima natura e il medesimo oggetto) in un'altra persona"; proseguendo l'Autore precisa che "i *doveri o debiti giuridici* sono per loro essenza unilaterali, come sono del resto pure unilaterali i doveri religiosi morali di galateo ecc. I doveri esistono di fronte alla legge, di fronte a Dio, di fronte alla società: non di fronte a singole persone. Le prestazioni dovute hanno dei destinatari (passivi), non dei veri e propri creditori" (corsivo dell'Autore).

[385] Già secondo B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, vol. I, pt. 1, cit., 171-172, "che l'ordinamento giuridico assicuri al titolare mezzi coattivi per attuare la podestà che egli ha concesso, non appartiene al concetto del diritto"; l'Autore prosegue in nota affermando che "il diritto non fiancheggiato da mezzi coattivi, è un diritto imperfetto, ma non è perciò meno un diritto". In senso contrario, peraltro, proprio C. FADDA-P.E. BENSA, *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, vol. I, pt. 1, Milano-Roma-Napoli, 1902, 541 ss.. Parzialmente difforme E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968, 77, che pur muovendo dal diritto come destinatarietà dell'obbligo, fonda la definizione sulla pretesa: "i rapporti giuridici stabiliscono dei vincoli fra persone, vincoli talvolta complessi, ma che, analizzati, possono essere sempre ridotti alla forma elementare di obblighi (quando siano reciproci sono due rapporti combinati e fusi). Vi sono cioè delle persone che hanno il dovere di compiere certe prestazioni (in senso lato) e delle persone che hanno il potere garantito dallo Stato di pretendere questo adempimento. Per diritto soggettivo si intende precisamente questo potere, il quale rispecchia il contenuto del rapporto dal punto di vista del soggetto attivo".

[386] È ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 680, a sottolineare che la responsabilità patrimoniale consente di ottenere non direttamente la prestazione, "ma solo il resultato economico della prestazione".

Il primo rapporto risulta caratterizzato da una coppia di situazioni soggettive: il debito, il quale consiste nell'obbligo di eseguire la prestazione, cui segue il divieto di ripeterla[387]; il credito, formato dal diritto di ricevere e trattenere la prestazione[388]. A queste due situazioni si affianca una serie di diritti ed obblighi di carattere accessorio, che inducono taluno a preferire la più ampia espressione "situazioni creditorie e debitorie" a quella troppo sintetica di "credito e debito"[389]; per modo d'esempio, tra i doveri accessori rientra l'obbligo del creditore di comportarsi secondo buona fede, per non complicare l'adempimento[390] e consentire così al debitore di sciogliersi dal vincolo[391]. Al diritto di ricevere è immanente una ragione di danno in favore del creditore nel caso in cui non venga spontaneamente eseguita la prestazione primaria[392], che giustifica quella secondaria risarcitoria.

Così impostato il problema, diventa difficile sottrarsi alla conclusione secondo cui l'oggetto di questo rapporto è l'esecuzione della prestazione (primaria o secondaria). La premessa generale sul contenuto delle situazioni giuridiche induce a considerare proprio la prestazione quale oggetto del rapporto di debito[393]: l'obbligo del debitore ed il diritto del creditore hanno entrambi per oggetto l'esecuzione della prestazione e l'incoercibilità materiale non basta a degradare il diritto di credito al rango della mera aspettativa[394]. Se non può condividersi l'idea secondo cui l'oggetto dell'obbligazione nel suo complesso si esaurisce nella

[387] Per E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 99 ss., "inteso in senso soggettivo, il debito rientra nella più generale categoria di dovere giuridico; e questa rientra a sua volta nella categoria ancor più generale del dovere di condotta, dovere di tenere in futuro un contegno determinato. Il dovere è creato da una norma - che può essere di varia natura - , in quanto essa, come imperativo (precetto) concreto, abbia per destinataria una persona determinata. Esso conta sulla volontà di questa persona e le incombe come una esigenza che richiede adempimento. Nel che sta la differenza tra il dovere e la *facoltà*: la quale lascia alla volontà libera scelta, non ponendole esigenze di sorta. [...] Il dovere giuridico si differenzia dagli altri doveri per ciò: che è creato, o almeno riconosciuto in qualche modo da una norma di diritto, la quale si concreta in un *rapporto* giuridico tra due persone determinate. Il dovere giuridico non è che l'espressione subiettiva di tale rapporto dal lato *passivo*; il soggetto passivo, portatore del dovere si dice debitore" (corsivi dell'Autore).

[388] Sentencia del Tribunal Supremo, 4 de febrero de 1952: "sin propósito de establecer una definición giuridica de la palabrea credito […] es derecho que uno tiene a recibir de otro alguna cosa". Secondo E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 106 "il credito può definirsi: un titolo giuridico ad avere da una persona determinata una determinata prestazione di valore patrimoniale". Che questo sia un autentico diritto soggettivo e non una aspettativa può essere confermato dalle perplessità che circondano l'esistenza stessa della seconda situazione; come rileva S. MALVAGNA, *Recenti tendenze in tema di negozio condizionato,* in *Riv. dir. civ*., 1935, 403, "tra il diritto e il non diritto non può esserci uno stadio intermedio. La legge accorda diritti, non può accordare mezzi diritti".

[389] L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 125 e 141.

[390] L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 134 ss..

[391] Un interesse del debitore in tal senso è innegabile; ad esso si riferisce, *ex multis*, L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 146.

[392] Ad una ragione di danno connessa all'obbligazione fa riferimento S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 5.

[393] Così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 60; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 111.

[394] A sostegno può portarsi il paradosso esposto da A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 11, per il quale "non si può dalla natura della sanzione argomentare la natura del diritto. Se oggi la sanzione dell'inadempimento dell'obbligazione è l'esecuzione sul patrimonio, ciò non implica che a questa esecuzione si riduca il diritto del creditore. Se si dovesse seguire un tale ordine di idee si dovrebbe ad es. affermare che non esiste il dovere di rispettare la proprietà altrui, ma semplicemente di restituire la cosa sottratta: dovrebbe dirsi cioè lecito il furto fino a quando il proprietario non domandi la restituzione della cosa". Più avanti lo stesso Autore precisa che "nessuna azione umana è coercibile: ciò non esclude che il diritto sia disciplina del comportamento dell'individuo, e che la norma giuridica non tenda ad imporre un comportamento. Vi tende ponendo delle sanzioni a carico di chi non la osserva" (229).

prestazione[395], altrettanto difficile sembra da scongiurare la conclusione secondo cui proprio la prestazione, ossia ciò che il debitore è tenuto a dare e che il creditore ha il diritto di ricevere, costituisce l'oggetto rispettivamente dell'obbligo e del diritto.

Il secondo rapporto è anch'esso formato da due situazioni contrapposte: la responsabilità su un lato e la garanzia sull'altro. La prima contiene l'obbligo di conservare il patrimonio[396] e, in caso di inadempimento, lasciare che il creditore soddisfi il proprio interesse attraverso i beni in garanzia[397]. Prima dell'inadempimento, la responsabilità affievolisce i diritti assoluti del debitore sui propri beni[398], contrapponendo loro un diritto relativo che impone di mantenere nel patrimonio beni adeguati a soddisfare il creditore[399]. Dopo l'inadempimento, quegli stessi diritti assoluti sono resi addirittura inopponibili al creditore giacché messi al servizio del suo interesse. Interesse prevalente il quale può determinarne l'estinzione[400]; il

[395] Così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 60; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 111, per il quale "la prestazione è oggetto non dell'obbligazione [...], bensì del debito e del correlativo credito che sono uno soltanto dei due momenti costitutivi dell'obbligazione". In senso contrario, V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 184.

[396] Secondo E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 87-88, la responsabilità andrebbe intesa come "uno stato potenziale (stato di pericolo pel responsabile). [...] Essa diviene liquida e realizzabile soltanto nella ipotesi prevista: non verificandosi cioè l'evento atteso o verificandosi l'evento temuto". La conclusione è certamente coerente rispetto al senso del vocabolo "responsabilità"; tuttavia essa sembra invece realizzarsi ed assolvere la sua funzione anche prima dell'inadempimento, come nel caso in cui siano esperiti i rimedi a tutela della consistenza patrimoniale, allo stesso modo in cui il precetto di legge che vieta l'assassinio riceve attuazione sia con la punizione dell'omicida che con gli strumenti volti a prevenire il delitto. Queste considerazioni inducono a condividere la conclusione di G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 32, secondo la quale nel "momento di pendenza, la responsabilità patrimoniale, lungi dall'essere inefficace o potenziale o soltanto attuale *de futuro*, è [...] presente attualmente come rapporto giuridico [...], anche con doveri sotto ogni aspetto attuali, e anche con diritti altrettanto attuali".

[397] Così ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 682, per il quale la responsabilità patrimoniale potrebbe essere intesa alla stregua di un "obbligo di permettere il soddisfacimento sul patrimonio"; F. FERRARA JR.-A. BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., 12, per i quali "il comportamento che il comando impone si risolve in un *pati*, nel tollerare cioè che il creditore o l'autorità giudiziaria in luogo di lui, invada la sua sfera giuridica per il soddisfacimento del credito" (come sottolineano gli Autori, la tesi si differenzia da quella del Carnelutti perché intende il *pati* non come il comportamento originariamente dovuto, cioè la prestazione, ma quello che soddisfa l'interesse qualora manchi l'adempimento dell'obbligo primario). In senso contrario F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. I, cit., 103, il quale afferma che "*essere obbligato* significa dover *subordinare il proprio interesse* (all'interesse protetto); essere responsabile significa *non poter tutelare il (agire per la tutela del) proprio interesse*" (corsivi dell'Autore); C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 184-185; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 32, per il quale "il debitore non ha che un solo obbligo, quello cioè di adempiere la prestazione"; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 89, il quale oppone l'idea della responsabilità quale "pura e semplice necessità giuridica di subire una perdita, sciolta da ogni dovere di condotta del soggetto responsabile" e nega che la responsabilità possa consistere in obblighi di condotta: "non ha bisogno di concretarsi *né si concreta* mai in nessun modo *in alcun dovere di condotta*" (corsivi dell'Autore); D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 8, per il quale la responsabilità non implicherebbe un dovere di condotta, ma "semplicemente uno stato di soggezione in senso tecnico, che è solo potenziale sino all'inadempimento del debito, e che da questo momento diviene attuale".

[398] Così, anche con riguardo alla limitazione dei diritti assoluti, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 271.

[399] L'azione pauliana può sembrare estranea al concetto di responsabilità per come più volte definito, giacché manca il pericolo di un male futuro per il responsabile. Tuttavia, l'istituto della revocatoria risulta invece certamente riconducibile nella nozione di garanzia, che come già visto definisce il polo attivo del rapporto. Si rileva allora la non perfetta simmetria tra responsabilità e garanzia. Che non sia precluso concepire una responsabilità senza una concomitante garanzia è del resto confermato dallo studio dei diritti antichi (tra i quali quello romano), nei quali tale dissociazione si aveva ad esempio nel caso dell'arresto per debiti.

[400] Per R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 221, "los derechos relativos no pueden hallar mejor protección que la de tener colocados a su servicio los derechos

debitore è obbligato a lasciar prendere poiché è privato della difesa del proprio patrimonio vero il creditore[401]. La posizione di garanzia è invece composta dal diritto di intromettersi nella gestione del patrimonio altrui e soddisfare con il suo valore il proprio interesse se manca l'adempimento[402]. Responsabile è il titolare di obblighi, i quali ne limitano le possibilità di godimento e disposizione sul proprio patrimonio, corrispondenti all'altrui diritto di garanzia[403]; rispondere con il patrimonio significa avere l'obbligo di indirizzarlo a certe finalità[404]. Il senso della responsabilità, a dispetto più diffuso del vocabolo, non è allora tanto quello della promessa di un male in dipendenza da una condotta futura, ma l'imposizione di diritti ed obblighi attuali.

Oggetto di questo rapporto non è più la prestazione, la quale nel frattempo potrebbe anche essere divenuta impossibile, ma il patrimonio costituito in garanzia[405], o meglio il suo valore economico[406]. Proprio la misura in concreto della garanzia (ossia l'oggetto della specifica responsabilità) giustifica l'affermazione secondo cui "lo impegno di un miliardario, tenuto conto del rimanente passivo garantito dagli stessi oggetti, viene stimato diversamente da un impegno di pari importo a firma di un mendicante, pur essendo la stessa cosa dal punto di vista del quarto libro del codice civile"[407].

Proprio dalla ricostruzione in questi termini della responsabilità possono farsi derivare alcuni corollari nel modo di intendere l'oggetto responsabile, ossia il patrimonio del debitore. Non può darsi una responsabilità senza oggetto, sicché diviene giocoforza riconoscere un patrimonio anche nel caso in cui esso non vi siano beni attuali[408], e finanche nell'ipotesi in

---

absoludos"; tuttavia, in tale passaggio l'Autore intende che in seguito all'inadempimento il creditore acquisisce un diritto assoluto sul patrimonio del debitore (224), il che non pare condivisibile.

[401] Per F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 265, "il debitore deve lasciar prendere perché la legge lo priva di una difesa, che prima garantiva il suo bene"; tuttavia, più avanti (301) l'Autore precisa che "la responsabilità per esecuzione, allo stesso modo che la responsabilità penale e a differenza della responsabilità per inadempimento, non si risolve, almeno in massima, nella imposizione di un obbligo, ma nell'assoggettamento a un potere, e perciò in quello *status subiectionis*, ben diverso dall'obbligo" (corsivo dell'Autore).

[402] Per F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 265, "il creditore può prendere perché la legge lo libera da un divieto, che prima limitava la sua condotta".

[403] Spiegano la garanzia attraverso la categoria del diritto soggettivo, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 71-72; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 287.

[404] Che il linguaggio della responsabilità sia fungibile a quello dell'obbligo pare confermato dalle disposizioni in materia di responsabilità civile. Non pare vi sia differenza tra l'affermare secondo cui "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno" (art. 1218 cod. civ.) e quella per cui "il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro" (art. 1228 cod. civ.).

[405] Per E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 112; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 61, non tanto l'intero patrimonio, quanto il bene che il responsabile rischia di perdere per effetto dell'inadempimento costituirebbe l'oggetto della responsabilità. Secondo G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 186, "l'oggetto della responsabilità patrimoniale è ogni oggetto, che, munito, dei prescritti requisiti costitutivi [...] a esso relativi [...], si trovi a essere colpito da uno o più titoli di responsabilità patrimoniale".

[406] Il riferimento al valore sembra giustificarsi per la considerazione che il patrimonio in garanzia non sottostà ad alcun vincolo di indisponibilità; sono ammessi atti dispositivi, purché non in pregiudizio dei creditori, come quando entra nel patrimonio responsabile un bene di valore almeno uguale e liquidabile alle condizioni di quello che ne fuoriesce.

[407] G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 10.

[408] Un ragionamento simile è svolto da G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 617 ss., che fonda la teoria secondo cui un patrimonio può essere formato anche solo dalla capacità patrimoniale sulla considerazione secondo cui "contrarre obbligazione vuol dire *vincolare il patrimonio*: questo importa che il patrimonio c'è. Anche l'uomo che non ha, nonché *dieci lire*, nemmeno una camicia per coprirsi, può obbligarsi, cioè vincolare il proprio patrimonio" (617); "che il centro umano sia inseparabile da questa forma di patrimonio ha la sua riprova in ciò, che l'uomo non può spogliarsi, vivendo, del suo patrimonio, sebbene possa cedere singolarmente tutti i

cui il debitore sia titolare solamente di debiti[409], che non sembra corretto prendere in considerazione soltanto se superati dalle voci attive[410]. Si cadrebbe altrimenti nell'assurdo di dover escludere l'oggetto della responsabilità, per modo d'esempio, nel fallimento dell'imprenditore il cui passivo superi l'attivo. Il patrimonio responsabile privo di beni attuali sarebbe comunque composto almeno dalla possibilità di acquisire beni futuri, ossia dalla capacità patrimoniale[411]. Proprio l'idoneità a conseguire in un momento successivo beni suscettibili di comporre la garanzia generica risulta giuridicamente rilevante, come attesta il diritto al risarcimento del danno da perdita di *chance*[412], e valorizzata dall'ordinamento con l'introduzione di istituti, tra i quali spicca il concordato con continuità, i quali mirano proprio a valorizzare la capacità del patrimonio di incrementarsi nel tempo. Oltre che da cose economicamente valutabili, l'oggetto responsabile appare allora composto dalla capacità di conseguire beni in un momento successivo.

Entrambi i rapporti servono a far conseguire al creditore-titolare della garanzia l'utilità attesa. Poiché l'obbligazione procede verso la propria estinzione, la relazione tra i due soggetti si scioglie una volta assolta questa funzione. L'oggetto dell'intera obbligazione (sia debito che responsabilità) va necessariamente ricercato in un elemento che sia presente in entrambi i rapporti. Sembra allora che tale oggetto non possa che essere individuato proprio nell'utilità

---

beni che obbiettivamente lo compongono. La sua personalità fisiopsicologica è sufficiente, nella significazione sociale che ha per la nostra civiltà, per assicurargli il credito e la capacità legale di fruirne, cioè quanto basta per costruire un substrato patrimoniale, una *cassa* [...] dotata di personalità giuridica" (660) (corsivi dell'Autore).

[409] Così G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 619. Contro l'ammissibilità di un patrimonio composto solamente da debiti, V.M. TRIMARCHI, *Patrimonio*, cit., 275.

[410] Così invece V.M. TRIMARCHI, *Patrimonio*, cit., 275.

[411] È la conclusione di G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 600 ss., per il quale "il patrimonio può non avere alcuna materiale estrinsecazione, alcun effettivo contenuto, ma ha un contenuto *giuridico* immancabile, che è la *capacità d'acquistare e d'obbligarsi*" (600 - corsivi dell'Autore); "il patrimonio comprende insomma anche i beni futuri (cfr. art. 1948 cod. civ.). Quindi nulla osta che esso possa constare temporaneamente di *soli beni futuri*. Si dirà: con ciò il patrimonio non è più una *realtà*. Non è una realtà tangibile, materiale; d'accordo. È una realtà *sui generis*, e precisamente dello stesso genere del rapporto giuridico che a lui fa capo" (618 - corsivi dell'Autore). In senso analogo G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 233, nel porre l'attività del debitore tra gli elementi costitutivi del patrimonio; ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 670, nell'affermare che "l'uomo [...] non soltanto può possedere capitali, ma, in certo senso, può esso stesso essere considerato come capitale. Anche l'individuo ha, invero, una forza di produzione economica, giacché anch'egli o come imprenditore o come lavoratore può produrre beni economici o valori"; E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 182, per il quale il patrimonio "è un'unità giuridica in cui vanno certo compresi non solo i beni materiali, ma anche i diritti aventi un valore economico; non solo i beni già acquisiti, ma eventualmente anche quelli che il debitore, quale capitale personale, sia per acquisire in futuro (C. civ. it. 1948) ciò che si vuol chiamare la sua «potenzialità patrimoniale»"; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 138-139; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les Biens. Les obligations*, vol. II, cit., 1519.

Decisamente contro queste affermazioni si pone F. FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, cit., 663 ss., per il quale il patrimonio non comprenderebbe la capacità patrimoniale, essendo composto solo da beni immediatamente espropriabili. Sembra tuttavia di poter replicare affermando che la capacità patrimoniale è solo uno degli elementi del patrimonio, mercé la quale esso può incrementarsi con i beni futuri richiamati dalla vigente disposizione sulla responsabilità patrimoniale.

[412] Per l'autonoma risarcibilità della *chance*, intesa come possibilità di conseguire un vantaggio economico futuro ma considerata entità patrimoniale a sé, si esprime la giurisprudenza prevalente. Sulle condizioni per la risarcibilità della *chance*, Cass. civ., Sez. lav., 20 giugno 2008, n. 16877, in *Giust. civ. Mass*., 2008, 1004; Cass. civ., Sez. III, 28 gennaio 2005, n. 1752, in *Arch. circolaz.*, 2005, 827; Cass. civ., Sez. lav., 23 gennaio 2009, n. 1715, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 109; Cass. civ., Sez. III, 19 febbraio 2009, n. 4052, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 269; Cass. civ., Sez. III, 23 marzo 2018, n. 7260; Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6688; Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, (insieme con le ultime due sentenze richiamate) in *Foro it.*, 2018, I, 1607, con nota di R. Pardolesi-B. Tassone, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*.

attribuita al creditore[413] per soddisfarne l'interesse[414], presente sia nell'oggetto del debito (la prestazione) che in quello della responsabilità (patrimonio in garanzia).

Il funzionamento dell'obbligazione prevede la realizzazione di tale interesse attraverso gli strumenti alternativi della cooperazione del debitore ovvero dell'escussione della garanzia patrimoniale[415]. Vi sono tuttavia casi in cui quell'interesse viene realizzato per altra via, sicché il rapporto rimane privo della sua ragion d'essere e si estingue[416]; sembrano essere

[413] Per questa soluzione propendono i sostenitori della concezione patrimoniale nel riferirsi al bene come oggetto dell'obbligazione, poiché sembrano riferirsi in realtà all'utilità arrecata da quel bene. Si possono segnalare, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 136, il quale indica quale oggetto dell'obbligazione non tanto "il *contegno di cooperazione del debitore*, quanto la *prestazione in sé, nella sua consistenza oggettiva*" (corsivi dell'Autore); S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 292 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 60 ss., per il quale "il diritto del creditore sarebbe [...] non diritto alla prestazione, né tanto meno sui beni del debitore o un semplice dover ricevere del creditore coordinato a un diritto di garenzia, che costituisce il rovescio della responsabilità, ma più semplicemente diritto al conseguimento del bene dovuto" (68-69). Di un "bene-fine" al quale tende il creditore, contrapposto al "bene-strumento" con cui risponde patrimonialmente il debitore parla C. PUNZI, *Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione*, cit., 735.

[414] Quella di interesse appare una tra le nozioni più spesso utilizzate e però difficili da definire. Per E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, cit., 838 ss., bisogna guardarsi dalla sua identificazione con il bisogno, che cederebbe a nozioni psicologiche di scarsa utilità sul piano giuridico, preferendone una definizione quale "esigenza di beni o valori da realizzare o da proteggere nel mondo sociale" (839). In altra occasione lo stesso Autore (E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 11) precisa che "l'interesse risulta dall'attribuire - che un soggetto fa - a un bene della vita l'attitudine a soddisfare un proprio bisogno". Nel definire uno dei "fondamenti non giuridici della scienza del diritto" (10), F. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Napoli, 2016, 72-73, precisa che "la possibilità del mutamento, cioè della soddisfazione del bisogno è l'interesse, il quale non esprime dunque l'idoneità della cosa a soddisfare un bisogno (cioè la sua utilità) ma un rapporto tra l'uomo e la cosa capace di quel mutamento onde l'utilità della cosa può essere svolta e il bisogno può essere soddisfatto: il pane è un bene, la fame è un bisogno, avere del pane è un interesse, in quanto il rapporto tra l'affamato ed il pane, che si denota come avere, permette a lui di mangiarlo". L'Autore conferma perciò la sua definizione di "interesse come una situazione favorevole al soddisfacimento d'un bisogno". In prospettiva analoga si colloca G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, cit., 203, il quale identifica l'interesse del creditore con la relazione tra l'evento atteso e il soddisfacimento del bisogno. L'interesse è indicato come una particolare relazione tra titolare del diritto e bene da S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 3. Sulla connessione tra diritto ed interesse si sofferma S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 4, per affermare che "il diritto ha, rispetto all'interesse, una funzione sussidiaria di garanzia e di tutela, che, in senso largo, potrebbe ben dirsi strumentale. Il diritto per sé *non si realizza*, ma garantisce la realizzazione dell'interesse, in seguito alla quale si estingue" (corsivo dell'Autore).

[415] P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1959, 1280-1281, rileva che l'attività del debitore e la realizzazione dell'interesse possono essere legati da un rapporto di coincidenza (quella attività realizza immediatamente, senza necessità di eventi ulteriori, l'interesse) ovvero di causalità (qui l'attività determina l'evento che soddisfa l'interesse). Esempio tipico della seconda categoria sarebbero le obbligazioni di dare, che non si esauriscono con l'attività del debitore, ma necessitano dell'*acceptio* del creditore. Muovendo da queste considerazioni, sembra di poter dire che la relazione tra realizzazione dell'interesse ed attuazione della responsabilità mediante l'azione esecutiva, svolgendosi sempre questa mediante un dare, sia sempre di causalità e mai di coincidenza. Diversamente stanno le cose rispetto a certi casi di esecuzione in forma specifica, come in quella riferita ad un obbligo di contrarre.

[416] La realizzazione dell'interesse creditorio - come per converso l'impossibilità della sua realizzazione - determina di necessità l'estinzione dell'obbligazione. Chiari, al riguardo, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, cit., 72, per il quale "il concetto secondo il quale l'obbligazione non è che il mezzo a fine, ha molteplici manifestazioni che si possono riassumere nel principio generale, per cui, raggiunto lo scopo, il mezzo non ha più ragion d'essere"; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 68, secondo il quale "l'interesse del creditore come momento economico-sociale a sé stante, esiste solo in un momento anteriore alla valutazione che di esso fa la norma, esiste cioè in un momento solo astrattamente pensabile, perché in concreto nel momento in cui l'interesse sorge, in virtù dell'automatica valutazione che ne fa la norma e della corrispondenza fra la fattispecie concreta e la previsione normativa astratta, esso diventa senz'altro diritto subbiettivo"; il quale da questa considerazione ricava che "se l'interesse del creditore in seguito alla sua

questi i casi della confusione[417], dell'adempimento del terzo[418] e della diversa ipotesi del conseguimento dello scopo[419]. Solo in ipotesi eccezionali, valutazioni di opportunità inducono a reputare estinta l'obbligazione anche senza che al creditore sia procurata l'utilità attesa[420], come nei casi del pagamento indirizzato al creditore apparente (art. 1189 cod. civ.)[421] o in quelli del deposito disciplinato dall'art. 1210 cod. civ.[422] o dell'intimazione a ricevere prevista dall'art. 1216 cod. civ.[423].

25. La responsabilità come relazione patrimoniale

La ricostruzione della responsabilità in termini di situazioni giuridiche soggettive, come obbligo o diritto per una delle parti, se da un lato giustifica la peculiare posizione che il creditore assume rispetto al debitore, dall'altro impone precisazioni volte a non sminuire quello che può forse considerarsi il maggior risultato delle tesi patrimoniali: aver posto in risalto il legame che l'obbligazione instaura tra un patrimonio destinato ad arricchirsi e quello che viene impoverito in misura corrispondente[424].

---

soddisfazione viene necessariamente ad esaurirsi, deve necessariamente venir meno, per la mancanza del suo sostegno naturale, anche la tutela predisposta dall'ordinamento giuridico nella forma del diritto subbiettivo". Per R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 221, "el derecho de crédito [...] tiene como destino caminar a su *extinción; esta es consustancial* con la *satisfacción del interés protegido*" (corsivi dell'Autore).

[417] F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 259-260.

[418] Da questa considerazione E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 124 ss., ricava il corollario secondo cui sul piano economico-sociale "l'aspettativa di prestazione del creditore ha - a differenza di quando viene considerata sotto il profilo giuridico - una portata più ampia del dovere di prestazione del debitore". Per F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 234, l'efficacia estintiva associata all'adempimento del terzo deriva dal fatto che nelle prestazioni di dare l'attività del terzo può far conseguire al creditore esattamente l'oggetto dell'obbligazione, identificato dall'Autore con il bene dovuto. Contro l'impostazione secondo cui l'efficacia liberatoria associata all'adempimento del terzo dipenderebbe dalla realizzazione dell'interesse creditorio, P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., 1287.

[419] Sulla distinzione tra adempimento del terzo - caratterizzato dall'intenzionalità nell'adempiere l'obbligo del debitore - e conseguimento dello scopo - caratterizzato dalla mancanza della volontà di adempiere l'obbligo altrui -, P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., 1287.

[420] Come sostiene P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., 1290-1291, non sembra che l'offerta non formale regolata dall'art. 1220 cod. civ., la quale non procura al creditore l'utilità attesa, estingua il rapporto, limitandosi invece ad esonerare il debitore da responsabilità.

[421] Secondo il meccanismo dell'art. 1189 cod. civ., il pagamento al creditore apparente estingue il rapporto tra creditore e debitore originario, ma ne costituisce uno nuovo, caratterizzato dal medesimo oggetto del precedente, tra creditore originario e creditore apparente. Con argomentazioni persuasive P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., 1289, dimostra come nel pagamento al creditore apparente manchi l comportamento dovuto, cioè l'adempimento.

[422] P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., 1289: "l'interesse del debitore a conseguire la liberazione dal vincolo è tutelato dal legislatore predisponendo una fattispecie liberatoria indipendente dalla realizzazione del risultato utile per il creditore".

[423] Queste discipline sono richiamate da R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 93, per dimostrare che il debitore è di regola tenuto ad un comportamento idoneo a soddisfare il suo creditore, ma non direttamente a far conseguire tale soddisfacimento.

[424] Riferendosi alle tesi patrimoniali, S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 36, afferma che "merito grandissimo di questa dottrina, al di fuori di tutte le esagerazioni, è quello di aver intuito o posto in luce che il rapporto giuridico tra i soggetti si risolve nella responsabilità (patrimoniale) dell'uno nei confronti dell'altro".

I due punti di vista, quello che guarda alle situazioni giuridiche soggettive utili a spiegare le vicende patrimoniali e quello che invece fa più direttamente riferimento alle alterazioni nei due patrimoni[425], sembrano complementari anziché contrapposti.

Il riferimento in termini soggettivi tenta di spiegare la responsabilità mediante l'individuazione di specifici modelli di condotta. La simmetria stabilita dall'art. 2740 cod. civ. tra soggetto responsabile e patrimonio garante consente di descrivere i medesimi fenomeni non più attraverso la modalità deontica dell'obbligo, ma come relazione materiale tra patrimoni. Tratto peculiare dell'obbligazione, che la distingue da altri obblighi giuridici, è proprio la relazione che sin dal principio sorge tra due masse patrimoniali. L'obbligazione, a differenza di ogni altro obbligo, introduce da subito un elemento autonomo nel patrimonio del creditore[426], in quanto tale suscettibile di garantire a sua volta altre obbligazioni e formare oggetto di diritti altrui[427]; elemento che viene sottratto in misura corrispondente alla massa garante, la quale assume un ideale valore negativo quando risulta insufficiente a garantire tutti i rapporti[428]. Tale considerazione, condivisa già nell'ordinamento romano[429], sembra trovare conferma nel lessico di qualche disposizione: l'art. 1223 cod. civ., nel quantificare il danno da inadempimento fa riferimento, insieme al mancato guadagno, alla "perdita subita", con una espressione la quale allude a qualcosa che fa già parte del patrimonio del creditore e che viene perduta; allo stesso modo, l'art. 2901, comma 1, cod. civ. richiama il "pregiudizio

[425] Per una impostazione della responsabilità patrimoniale nei termini di diritto oggettivo più che soggettivo, E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, cit., 26 ss., secondo la quale "la responsabilità patrimoniale delinea [...] un fenomeno giuridico perfetto e in sé compiuto, se si vuole composto da elemento materiale (patrimonio) e *forma iuris* impressagli dalla norma nel senso della risoluzione di un aspetto concernente le conseguenze dell'inadempimento" (45); "dietro quello che più immediatamente emerge della disciplina della responsabilità, ovverosia la soggezione di un complesso di beni appartenenti ad un soggetto ad un potere o all'azione esecutiva dei creditori insoddisfatti, vi è (soltanto) la costruzione di un legame tra un complesso di situazioni soggettive attive e passive, tra beni (che possono essere aggrediti) e crediti (che debbono essere soddisfatti) nell'àmbito dello stesso patrimonio" (47).

[426] Così V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 7; E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, cit., 77 ss.; G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 653, secondo il quale "è il patrimonio che si aumenta d'un cespite attivo (perché rappresenta un valore già prima d'essere realizzato), se il rapporto riesce alla creazione d'un *credito*; è il patrimonio che resta vincolato, cioè tende a diminuire di valore o a perdere taluno dei suoi elementi, se nasce una *obligazione*" (corsivi dell'Autore); L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, cit., 61; G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, cit., 29-30, che perciò indica il diritto di credito come un "bene di secondo grado", che pur facendo parte del patrimonio del creditore, "esprime un valore che dipende da quello del patrimonio di un altro soggetto", e, nella letteratura portoghese, J.L.A. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, 1990, 54; in quella francese, H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-J. MAZEAUD-F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, vol. I, t. 2, Paris, 1998, 4-5; in quella spagnola, L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 138 ss..

[427] E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, cit., 78 ss.; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 139 ss.; G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, cit., 30, spiega così la c.d. "legge del concatenamento del credito".

[428] Di tale fenomeno sembrano tenere conto le regole che presiedono alla contabilità d'impresa: nel bilancio del debitore-imprenditore il patrimonio risulta eroso in misura coincidente all'obbligazione garantita; allo stesso modo, nel bilancio del creditore-imprenditore è iscritto un valore patrimoniale ancora non realizzato, il quale deve inoltre essere ridotto se il patrimonio garante è tale da indurre ad escludere il soddisfacimento integrale dell'interesse. Alle regole contabili accenna G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 10, quando afferma che "il metodo tipico della responsabilità patrimoniale è, in vero, quello del bilancio, come esposizione comparativa di un attivo e di un passivo, e tra l'attivo e il passivo di essa responsabilità patrimoniale corre quello stesso nesso di corrispettività reciproca che anima le relazioni tra attivo e passivo di ogni bilancio".

[429] In tal senso orienta la definizione - riportata da E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 146 - del debito come "*aes alienum*", ossia denaro che è nel patrimonio di un soggetto (il debitore) ma appartiene ad un altro (il creditore).

alle ragioni del creditore", in luogo del "pericolo di pregiudizio", facendo supporre un immediato riflesso negativo (anticipato, cioè, a prima dell'esecuzione infruttuosa) nel patrimonio del creditore[430]. Di ciò si trova l'intuizione in coloro che ricorrendo ad un linguaggio metaforico intendono il rapporto obbligatorio come relazione tra patrimoni[431]. Sembra tuttavia più rigorosa - e perciò da preferire - la prospettiva che pone ai poli opposti del rapporto creditore e debitore, tenendo conto presente la considerazione secondo cui il loro patrimonio può essere oggetto, mai soggetto, di relazioni giuridiche[432].

Altro ancora è dire che l'obbligazione crea un nesso di appartenenza[433] tra il patrimonio in garanzia ed un soggetto diverso dal suo titolare[434]. Questa è la prospettiva assunta dal Rocco.

---

[430] La tesi secondo cui l'azione revocatoria servirebbe a reagire alla lesione della garanzia patrimoniale e non al pericolo di un'esecuzione infruttuosa risale ad A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 19 ss.: "il danno, requisito della revocatoria, è [...] un danno attuale: esso va identificato nella lesione che l'atto impugnato ha causato alla garanzia rappresentata dai beni del debitore" (21 ss.).

[431] Non sembrano da imputare solamente alla metafora le parole di G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 615, "i rapporti giuridici di diritto privato corrono [...] *fra unità patrimoniali* nell'interno delle quali non sempre l'individuo umano, solo o associato con altri individui è parte integrante, mentre talora non vi rappresenta che l'istrumento pei rapporti d'azione, ovvero un temporaneo investito che mette a profitto le utilità del patrimonio, il quale esiste per uno scopo che trascende la sua individualità" (corsivi dell'Autore). Secondo C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1904, 89, "nel campo dei diritti patrimoniali qualunque reazione o coazione giuridica si esplica con un incremento e decremento patrimoniale; sicché si può anche per brevità prescindere da coloro che sono interessati; e considerare i patrimonî come le entità prossime a cui le dottrine relative a questi diritti si riferiscono. Nel seno di ciascun patrimonio i singoli diritti nascono, si svolgono, si estinguono secondo le leggi particolari: queste determinano anche se ed in quale maniera possa un diritto da un patrimonio trasferirsi ad un altro".

[432] L'accusa di confondere la metafora con la realtà nel discorrere di un rapporto tra patrimoni è esplicita in F. FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, cit., 658 ss.: "è erroneo dire che i rapporti giuridici si stabiliscono fra patrimonii, e che i patrimonii siano i termini soggettivi dei rapporti: questo al più può valere come una *metafora* per denotare che gli effetti dei rapporti si ripercuotono e si esauriscono nel patrimonio" (679 - corsivo dell'Autore). In maniera analoga F. FERRARA JR.-A. BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., 12, per i quali "il diritto del creditore non può configurarsi che come diritto personale, come un diritto cioè *al patrimonio*: il diritto sussiste contro il debitore, anche se si riflette sul suo patrimonio" (corsivo degli Autori); L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 186.

[433] Precisa F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. I, cit., 173, che "appartenenza di un bene significa spettanza di un diritto su di esso o, in altri termini, *titolarità di un diritto avente per oggetto quel bene*. Questo diritto può essere o non essere il diritto di proprietà; può essere un *ius in re aliena*; può essere un diritto di credito. [...] Perciò la appartenenza a titolo di proprietà è una forma di appartenenza, che potremmo chiamare, in confronto alle altre, *esclusiva* e perciò squisita; le altre sono forme di *appartenenza promiscua*" (corsivi dell'Autore).

[434] In termini analoghi, E. BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, cit., 45, per il quale "col sorgere dell'obbligazione il creditore acquista un diritto generico sul patrimonio del debitore, che non colpisce attualmente determinati beni; che non ha [...] il carattere del diritto reale"; G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 234, secondo il quale il diritto del creditore sarebbe "un diritto sul patrimonio del debitore che, solo per ripercussione, investe la persona del debitore, limitandone i poteri di libera disposizione ed amministrazione"; S. SATTA, *L'esecuzione forzata***,** cit., 36; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 71, per il quale il creditore garantito "ha uno speciale potere sui beni del debitore o anche di un terzo, per assicurarli al soddisfacimento del credito"; E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, cit., 70; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, cit., 102, il quale fa riferimento a "un diritto su tutti i beni del debitore, limitato alla garanzia del credito"; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 9, il quale pur condividendo l'idea del rapporto obbligatorio come relazione tra individui, afferma che "la responsabilità patrimoniale ha per funzione quella di assicurare la tutela delle obbligazioni tutelate e quindi dei soggetti attivi delle obbligazioni stesse [...]. All'adempimento di tale sua funzione la responsabilità patrimoniale provvede nell'unico modo in vero possibile, e cioè stabilendo, sia pure con esclusione di ogni automatico impadronimento dell'oggetto da parte dei creditori tutelati, un diretto rapporto, incidente su un oggetto, che, per traslato, chiamiamo oggetto responsabile, che è diverso dall'oggetto dell'obbligazione e che solamente possiede quel valore intrinseco utilizzabile al fine di sodisfare il valore pecuniario delle obbligazioni tutelate"; P. MONTALENTI, *Abuso della personalità giuridica, socio tiranno,*

La critica alla sua descrizione della responsabilità come pegno generico ha trovato un facile argomento nella mancanza degli elementi assunti come immancabili per quel diritto; quelle critiche - senz'altro condivisibili - conseguono però un risultato eccessivo se servono a negare che la relazione tra creditore e debitore passi anche attraverso il patrimonio garante[435]. I diritti del primo e gli obblighi del secondo si appuntano proprio sul patrimonio, il quale è perciò strumentale ai rispettivi interessi[436]. La situazione proprietaria del debitore è attenuata: le facoltà di godimento e di disposizione non sono escluse[437], ma subiscono una riduzione rispetto alla formula enfatica dell'art. 832 cod. civ.. Di riflesso, la sfera del creditore subisce un'espansione[438]. Egli viene a trovarsi nella peculiare condizione che gli permette di ingerirsi nelle scelte altrui e, se manca l'adempimento, finanche far prevalere il proprio diritto sui beni in garanzia rispetto a quello che su essi può vantare il soggetto responsabile. Sia quell'attenuazione che questa espansione delle rispettive sfere giuridiche seguono un criterio di progressività, che rafforza il vincolo a misura del pregiudizio per la realizzazione dell'interesse patrimoniale del creditore[439]. Accantonata la figura del pegno generico, sembra di poter descrivere la relazione tra creditore e patrimonio ricorrendo al concetto di garanzia[440]. Proprio la garanzia fonda il vincolo dei beni al soddisfacimento del creditore (*rectius*, gli obblighi del soggetto responsabile e i diritti di quello a cui favore la responsabilità è costituita). I tentativi di spiegare il vincolo che accomuna i beni del debitore

---

responsabilità di gruppo, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 2, Milano, 2016, 2935, il quale nel rivolgere la sua critica contro le tesi riduzioniste della personalità giuridica afferma che "per responsabilità patrimoniale per un'obbligazione deve intendersi la correlazione tra un patrimonio (o frazione di patrimonio) determinato e una obbligazione determinata (o più obbligazioni determinate)". Precisa C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 186-187, che dal nesso tra personalità del debitore e patrimonio in garanzia può farsi discendere che "oggetto della responsabilità [...] è sempre la persona e non già il suo patrimonio: ciò che è cambiato è soltanto il contenuto di essa, in quanto che la persona, anziché col corpo, colla vita o con altri beni della personalità, risponde soltanto col patrimonio".

[435] A proposito della tesi del pegno generico S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 36, osserva che "l'aver classificato come reale questa responsabilità, potrà essere, sotto un profilo puramente tecnico, inesatto, ma la formula mette in chiaro ciò che è essenziale, e cioè che tra creditore e debitore non vi è un rapporto diretto, ma il rapporto diretto si stabilisce tra il creditore e i beni del debitore".

[436] G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit., 234: "la destinazione del patrimonio del debitore è duplice in quanto esso è, da una parte messo a disposizione del debitore stesso per la realizzazione dei suoi fini quali essi siano, mentre, dall'altra è vincolato al soddisfacimento dei creditori del debitore stesso. Il debitore ed i suoi creditori sono quindi entrambi in rapporto diretto col patrimonio che è un rapporto di pertinenza per quello, e di garanzia per questi".

[437] V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 40-41.

[438] In maniera analoga F.C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. it. G. Pacchioni, vol. I, cit., 4-5, per il quale l'ineguaglianza nell'obbligazione consiste nel fatto che "da una parte la libertà personale del creditore resta allargata oltre i suoi confini naturali, trasformandosi in una signoria sulla persona del debitore; dall'altra parte, per contro, la libertà naturale del debitore resta ristretta, venendo egli a trovarsi in uno stato di soggezione o necessità".

[439] È questa la tesi di G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 50 ss., secondo il quale la responsabilità patrimoniale incide in misura via via più consistente sulle prerogative patrimoniali del soggetto responsabile.

[440] Al concetto di garanzia fa ricorso Cass. civ., Sez. III, 23 aprile 1982, n. 2534, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2727, nella quale si legge che "i creditori non hanno un diritto sui beni del patrimonio del debitore, ma sono soltanto titolari di una situazione di garanzia generica o specifica: in via generica tutti i beni rientranti nel patrimonio del debitore o in via specifica alcuni di tali beni sono destinabili in via generica o destinati in via specifica al soddisfacimento dei crediti attraverso l'esecuzione forzata". Da questa affermazione la Suprema Corte ricava che "i creditori, appunto perché non hanno un diritto sui beni rientranti nel patrimonio del debitore, non possono considerarsi titolari, invece del debitore, del diritto alla reintegrazione del patrimonio leso dal fatto illecito (o dall'inadempimento), e, conseguenzialmente, non sono titolari dell'azione di risarcimento e legittimati, in via diretta, ad esercitarla, potendo ad essi soltanto riconoscersi la legittimazione surrogatoria".

mediante specifiche garanzie "localizzate"[441] non possono andare in porto proprio perché alla prima mancano i caratteri della seconda, e viceversa. La garanzia sull'intero patrimonio del debitore si affianca alle altre disciplinate dalla legge, dalle quali la distinguono i caratteri suoi propri. Così come il pegno e l'ipoteca creano un rapporto tra creditore e bene in garanzia (*rectius*, titolare del bene in garanzia), allo stesso modo la garanzia generica crea l'interesse di un soggetto su un patrimonio altrui ed instaura così una relazione tra creditore e patrimonio in garanzia, retta da un proprio statuto giuridico e non esclusa per la mancanza del diritto reale[442].

26. Esigibilità ed esistenza dell'obbligazione

Le caratteristiche del rapporto obbligatorio consentono la comprensione dei fenomeni "anomali" a cui si è fatto riferimento, caratterizzati da un debito e una responsabilità non corrispondenti.

L'asimmetria del rapporto può assumere carattere definitivo o anche solo temporaneo.

I casi in cui per un certo periodo di tempo al debito non corrisponde la responsabilità risultano più numerosi di quanto si potrebbe credere. Uno può essere quello del rapporto obbligatorio nella fase che separa la dichiarazione di remissione dalla sua efficacia: l'obbligazione è già inesigibile, sebbene il debito permanga fino al decorso del termine lasciato al debitore per dichiarare di non volerne profittare, tanto che l'eventuale adempimento non sarebbe ripetibile[443].

Può altresì richiamarsi l'effetto della prescrizione: il suo decorso altera il lato attivo, lasciando permanere il credito e non la garanzia; modificando poi quello passivo toglie la responsabilità e non il debito[444]. Si possono allora individuare tre fasi: prima del rapporto non vi sono né il debito né la responsabilità; costituito il rapporto, esistono entrambe; un fatto successivo (il decorso della prescrizione) estingue la responsabilità, ma non il debito[445].

Un fenomeno inverso si realizza nelle obbligazioni nelle quali dapprima compare il debito e solo successivamente anche la responsabilità. La prestazione diviene esigibile solo in un secondo momento, successivo alla formazione del rapporto. Per chiarire il fenomeno e a confermare l'esistenza del rapporto anche durante la fase dell'inesigibilità, si richiama la disciplina del termine iniziale[446]: l'art. 1185 cod. civ. non solo prevede che in generale "il

[441] Di "responsabilità universale" contrapposta a quelle "a titolo localizzato" discorre G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 13, il quale tende tuttavia a sminuire le differenze tra queste categorie.

[442] Il postulato di partenza tanto di Alfredo Rocco quanto dei suoi avversari, che porta l'uno a ridurre la responsabilità al pegno e gli altri quasi sempre a negare la connessione tra creditore e patrimonio, sembra essere invece proprio quello che nega la possibilità di relazioni tra soggetti e beni prive dei caratteri del diritto reale.

[443] In termini analoghi P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Napoli, 1968, 105.

[444] Condividendo queste premesse, P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 16 ss., sposa anche la tesi secondo cui la prescrizione determinerebbe non l'estinzione, ma la modificazione del rapporto.

[445] Così E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 134, il quale infatti discorre di "credito paralizzato dalla prescrizione", anziché estinto.

[446] A questa disciplina si rifanno, per l'esame della medesima questione, F. RUSCELLO, *«Pactum de non petendo» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 203-204, il quale richiama anche i casi della compravendita di cosa futura e delle obbligazioni generiche ed alternative; M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, Milano, 2000, 129 ss.; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 48.

creditore non può esigere la prestazione prima della scadenza" (comma 1), ma aggiunge che "il debitore non può ripetere ciò che ha pagato anticipatamente", neppure qualora ignorasse l'esistenza del termine (comma 2). Da queste norme parte della dottrina ricava che l'obbligazione esiste da prima del termine, il quale aggiunge al diritto di ricevere la prestazione quello di pretenderla: al debito, la responsabilità[447]. La questione è ancora quella del diverso modo di intendere la relazione obbligatoria e consente di chiarire la differenza tra i concetti di esistenza ed esigibilità[448]. Con riguardo al primo, inesistente è il rapporto privo di un titolo, sprovvisto cioè di una fonte ammessa a costituire obblighi e diritti[449]. Con riguardo al secondo, "esigibile [...] una prestazione dovuta si dice propriamente nella misura in cui essa, come tale, sia *oggetto possibile di domanda in giudizio e di condanna* e suscettibile di conseguente esecuzione forzata"[450]; di riflesso, "inesigibile sta per insuscettibile di pretesa", poiché "se il creditore pretendesse, la sua domanda sarebbe respinta sulla eccezione del convenuto-debitore"[451]. In ogni caso, la mancanza di responsabilità non sembra determinare l'irrilevanza-inesistenza. Proprio la disciplina del termine lascia intendere la ragione: prima del termine il rapporto non può dirsi inesistente, poiché alla condotta del debitore che adempie è associato il predicato della doverosità, il quale giustifica l'irripetibilità della prestazione[452]. Sono allora concepibili diverse categorie di debiti[453]: alcuni pagabili ma non esigibili; altri che sono pagabili dal debitore ed anche esigibili dal creditore[454]. I primi ricevono una tutela solo *ex post*, dopo che l'interesse creditorio ha già ricevuto soddisfazione; i secondi anche *ex ante*, in vista di quell'interesse[455]. Si danno diverse ipotesi: un rapporto inesistente ricorre nei casi in cui a chi pagato viene consentito di ripetere la prestazione; uno ridotto quando la prestazione eseguita risulta definitiva, ma incoercibile;

[447] F. RUSCELLO, *«Pactum de non petendo» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, cit., 203-204; M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 134; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 48.

[448] Sulla distinzione si soffermano F. RUSCELLO, *«Pactum de non petendo» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, cit., 203; M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 129 ss.. Oltre che sulle categorie dell'inesistenza e dell'inesigibilità P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 136 ss.; L. FERRONI, *Il termine nei contratti ad effetti obbligatori*, Napoli, 1989, 69 ss., fermano l'attenzione anche su quella dell'ineseguibilità.

[449] Così M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 149.

[450] Così E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 141-142; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 94-95 (corsivi dell'Autore), il quale aggiunge che "soltanto la prestazione pecuniaria surrogatoria, non la prestazione dovuta da principio, è propriamente esigibile, in quanto diviene, attraverso la condanna, oggetto di un'obbligazione che è direttamente suscettibile di esecuzione forzata. [...] Il debito originario è sempre inesigibile: il debito surrogato è esso solo esigibile" (95-96).

[451] M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 129, il quale descrive l'inesigibilità come una riduzione delle possibili qualifiche assegnate ai fatti (149-150).

[452] F. RUSCELLO, *«Pactum de non petendo» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, cit., 204; M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 134, il quale risolve l'inesigibilità non nell'inesistenza del rapporto, ma nella "irrilevanza dell'inadempimento"; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 48.

[453] Alle ipotesi di seguito elencate sembra di poter aggiungere quelle nelle quali pur non essendo più possibile l'adempimento della prestazione (primaria) è ancora esistente il rapporto e può sussistere la responsabilità patrimoniale. È il caso dell'obbligazione la cui prestazione sia divenuta impossibile dopo la messa in mora del debitore per un evento che non si sarebbe verificato in caso di adempimento tempestivo. In questi casi più che di debito ed inadempimento inesistenti sembra si tratti di una finzione di inadempimento imputabile.

[454] Netto in tal senso, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 51-52.

[455] Così, ancora, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 53 ss..

uno fornito della pienezza degli effetti quando l'interesse è suscettibile di tutela coattiva e la prestazione eseguita, irripetibile[456].

Da una parte, esiste anche il rapporto non esigibile[457]; dall'altra, può essere esercitata - e dunque risultare esigibile - solamente la pretesa che dipenda da un rapporto in essere[458]. L'esistenza del rapporto è indispensabile per concepire una responsabilità, ma non vale il contrario.

Ricorrendo ancora alla concezione che vuole l'obbligo quale comportamento doveroso per una norma ed il diritto quale destinatarietà dell'obbligo, si possono individuare titolari di obblighi e di diritti anche quando la responsabilità patrimoniale è assente o ridotta. È possibile isolare un fatto, quello costitutivo del rapporto, in seguito al quale la condotta di un soggetto è valutata come conforme o difforme rispetto a quella descritta dalla norma. Si possono per conseguenza individuare un debitore, alla cui condotta quella valutazione si riferisce, ed un creditore, destinatario della condotta, e quindi titolare di un diritto. Il diritto di ricevere lascia pensare l'obbligo di prestare, anche quando la violazione sia priva di sanzione. La condotta conforme a diritto, ossia l'adempimento, estingue il rapporto. L'anomalia sta nel fatto che talvolta - come nei casi di inesigibilità assoluta e definitiva - quella difforme non determina conseguenze giuridiche, sicché essa risulta irrilevante.

27. I negozi sulla responsabilità patrimoniale

Almeno in linea astratta, sia il diritto alla prestazione, cui si collega quello di chiedere la condanna dell'inadempiente, sia quello di garanzia sul patrimonio del debitore possono essere limitati nell'*an* oppure nel *quantum*, sicché in relazione a ciascuno dei due rapporti si può pensare a due coppie di limitazioni.

Si possono anzitutto avere limitazioni che riguardano l'*an* ovvero il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria: "il quando si risponde" ed il "per quanto si risponde"[459]. Limitano l'*an* le clausole di esonero ammesse dall'art. 1229 cod. civ.. Una limitazione del *quantum* può essere invece data dalla clausola penale, la quale salvo patto contrario limita l'obbligazione risarcitoria alla prestazione promessa (art. 1382, comma 1, cod. civ.)[460].

---

[456] In termini simili M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 148-149, per il quale "il contegno del dare si presta ad una triplice predicazione giuridica: *datio sine titulo*, non prevista da alcuna fonte (normativa o negoziale), che produrrà un diritto di ripetere ed un obbligo di restituire; *datio cum titulo* e *sine debito*, ove il pagamento è previsto come "ricevibile" ancorché inesigibile (ad esempio, pagamento del debito prescritto); *datio cum titulo* e *cum debito*, che si risolve nell'adempimento di un obbligo, e postula la possibilità logica dell'inadempimento" (corsivi dell'Autore). Allo stesso modo, F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 561, per il quale le ipotesi si riducono a tre: "*soluti retentio* e *esecuzione*; *soluti retentio* e *non esecuzione*; *non esecuzione* e *non soluti retentio*" (corsivi dell'Autore).

[457] F. RUSCELLO, *«Pactum de non petendo» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, cit., 203; M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 134.

[458] F. RUSCELLO, *«Pactum de non petendo» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, cit., 203; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 48; P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 131.

[459] A limitazioni dell'"*an respondeatur*" e del "*quantum respondeatur*" fa riferimento A. DE CUPIS, *Il problema giuridico del «quantum respondeatur»*, in *Riv. dir. civ*., 1967, 516. Un esame sulle possibili limitazioni dell'obbligazione risarcitoria, in prospettiva comparatistica, è svolto da G. EÖRSI, *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability*, Budapest, 1974, 22 ss..

[460] Sulla clausola penale come limitazione della responsabilità da inadempimento, R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 240-241. La penale può assumere anche la funzione

Entrambe le limitazioni possono concepirsi *sine die* ovvero circoscritte nel tempo, precedute o seguite da una fase in cui la limitazione non è efficace. Sia le limitazioni del primo che quelle del secondo gruppo non interessano in maniera diretta la responsabilità patrimoniale, che rimane quella universale regolata dalla legge.

Su un diverso piano si collocano le limitazioni riguardanti non l'obbligo di risarcire, ma la garanzia patrimoniale[461]. Si può pensare all'esclusione della garanzia oppure alla riduzione del suo oggetto ad alcuni beni soltanto[462]; queste limitazioni riguardano invece "il quando si è responsabili patrimonialmente" ed "il con cosa si è responsabili patrimonialmente". Quelle del primo insieme determinano una riduzione del rapporto assoluta e radicale; quelle del secondo, un fenomeno circoscritto e parziale. Anche in tal caso si può distinguere tra limitazioni perpetue e quelle che invece circoscrivono i propri effetti ad un arco di tempo. Seguendo l'impostazione tradizionale, l'esclusione o la limitazione della responsabilità sarebbero ammesse solamente nei casi previsti dalla legge; gli atti con cui i privati escludano oppure limitino la responsabilità, sia a tempo determinato che *in perpetuum*, soggiacerebbero alla regola dell'art. 2740, comma 2, cod. civ., e sarebbero perciò nulli[463]. Si esclude invece che limitano la responsabilità gli accordi tra debitore e creditori con cui si prevede l'ordine secondo cui il creditore contraente può sottoporre ad esecuzione forzata i beni[464].

---

di aumentare la misura della responsabilità da inadempimento. Tuttavia, in questi casi ad aumentare non è direttamente la responsabilità patrimoniale, coinvolta solo di riflesso. Perciò non sembra di poter includere la penale tra i patti mediante i quali è possibile aggravare la responsabilità patrimoniale, come invece sostiene J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil Español, común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 2008, 303-304.

[461] Per la distinzione tra limitazioni della responsabilità da inadempimento e di quella patrimoniale, nella dottrina spagnola, M. GARCIA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, 175-176, per il quale non è possibile "confundir la responsabilidad contractual con uno de sus elementos, a saber, con la garantía patrimonial universal; ésta es el "que" con el qual se responde, mientras que la responsabilidad [...] es una obligación en que incurre necesariamente el deudor que no cumple o cumple defectuosamente su obligación principal". La medesima distinzione è presente nella dottrina portoghese; così A. PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, Coimbra, 1985, 134 ss.; M.J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2006, 845, che distingue perciò tra limitazioni della garanzia e limitazioni della responsabilità civile; in senso parzialmente difforme A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativa e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, 114.

[462] La possibilità di estendere la garanzia patrimoniale è indagata da L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 70-71, con riguardo all'inclusione nell'oggetto di essa di beni che altrimenti sarebbero impignorabili.

[463] Va ricordata la posizione minoritaria difesa da A. MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003, 236, per il quale gli atti che escludessero o limitassero la responsabilità patrimoniale in casi non previsti dalla legge, determinando una frode non alla legge, ma ai creditori, sarebbero non nulli, ma soggetti all'azione revocatoria dei creditori e dunque per essi potenzialmente inefficaci.

[464] Così R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 15; F. LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 cod. civ.)*, cit., 511; V. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 253, purché non si renda eccessivamente difficile il soddisfacimento dell'interesse creditorio; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 61, secondo il quale "fissare pattiziamente un ordine dei bani da aggredire, non significa in alcun modo limitare la responsabilità del debitore, giacché nessun bene è sottratto alla garanzia"; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 49; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 239-240. Per L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 75, simili accordi potrebbero avere al massimo efficacia obbligatoria, suscettibile di determinare la responsabilità del creditore inadempiente, ma non di precludergli l'azione esecutiva; in un'occasione precedente (L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 78-79) lo stesso Autore aveva radicalmente escluso la liceità di simili patti.

La norma che si ricava dall'art. 2740, comma 2, cod. civ. regola l'esercizio dell'autonomia privata in relazione al rapporto obbligatorio, vietando gli atti produttivi di certe conseguenze (par. 7). La disposizione identifica gli effetti, e dunque gli atti d'autonomia idonei a prevederli, che sono vietati. Bisogna allora definire il novero degli atti designati con le parole "limitazioni della responsabilità". "Limitazioni" può assumere significati diversi, sicché è necessaria una interpretazione che per sciogliere i dubbi vada in cerca della intenzione del legislatore.

La dottrina meno recente, influenzata anche dal riferimento ad interessi pubblici contenuto nella relazione al codice civile[465], collega quel divieto a un'esigenza di tutela per il sistema creditizio e l'ordine pubblico economico[466] ovvero per la stessa giuridicità del rapporto obbligatorio[467]. Entrambe le impostazioni conducono a sottrarre all'autonomia privata qualsiasi disposizione dell'universalità.

Queste tesi prestano il fianco ad alcune critiche. Alla prima (tutela del credito e dell'ordine pubblico economico) la dottrina più recente ribatte che difficilmente potrebbe considerarsi a protezione dell'ordine pubblico un divieto per il quale la legge stessa ormai prevede una serie numerosissima di eccezioni[468], in seguito alle quali con riferimento a quello di universalità "è ormai andato in crisi il convincimento che ci si trovi al cospetto di un principio di ordine pubblico"[469]. A questa considerazione si può aggiungere che l'idea della protezione dell'ordine pubblico economico attraverso la responsabilità patrimoniale universale risulta estranea a sistemi giuridici prossimi al nostro e fondati su principi analoghi (sulla questione, in avanti, cap. 4). La premessa del secondo modo di vedere (tutela della giuridicità del rapporto) sembra invece trovarsi ancora nell'idea secondo cui il sistema giuridico

[465] Nella Relazione al codice, n. 1124, si legge che: "il principio fondamentale che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri e che i creditori, salve le cause legittime di prelazione, hanno eguale diritto di soddisfarsi su di essi, riceve enunciazione negli articoli 2740 e 2741, rafforzato dalla norma (2740, secondo comma) che, nell'interesse del credito e dell'economia non consente limitazioni di responsabilità fuori dei casi stabiliti dalla legge".

[466] V. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 250; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 508-509; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 8 ss.; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 7-8 e 73; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1051; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 8.

[467] R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 11.

[468] In questi termini, A. GAMBARO, *Trust*, cit., 467, secondo la cui opinione "dopo l'introduzione nel nostro sistema delle Sim ed EuroSim, dei fondi pensione, della Società unipersonale, invocare la lettura tradizionale dell'art. 2740 c.c. come fonte di un principio di ordine pubblico appare persino un poco ridicolo"; G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 533; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 80-81; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 44; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 81; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 243. In giurisprudenza sono contro il carattere di ordine pubblico della responsabilità universale Cass. civ., Sez. I, 17 novembre 1979, n. 5977, in *Foro it*., 1980, I, 1383; Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 1993, n. 1853, in *Foro it*., 1993, I, 2535, con nota di E. Calò, *Anstalt: fondazione con scopo di lucro?*; Cass. civ., Sez. II, 16 novembre 2000, n. 14870, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2351; Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Foro it*., 2004, I, 1295, con nota di F. Di Ciommo, *Ammissibilità del «trust» interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, secondo cui "per l'univocità dei più recenti interventi del legislatore, la segregazione patrimoniale non può più essere considerata un 'tabù' e, di contro, l'unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. non può valere come un "dogma sacro ed intangibile" del nostro ordinamento"; Trib. Reggio Emilia, 14-15 maggio 2007, in *Guida dir*., 2007, 50, ove si legge che "l'art. 2740 c.c. non costituisce più, da diverso tempo, principio supremo e inderogabile dell'ordinamento italiano stanti le eccezioni introdotte con diverse deroghe legislative e con la ratifica della convenzione de L'Aja sui *trust* e sul loro riconoscimento".

[469] M. TAMPONI, *Attività liquidative e tutela del credito*, in *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, F. Parente-L. Ruggeri (a cura di), Napoli, 2014, 88.

conoscerebbe soltanto precetti e rapporti assistiti da una sanzione. Si è però già avuto modo di notare l'esistenza di rapporti giuridicamente rilevanti sebbene privi di responsabilità patrimoniale. Bisogna aggiungere che la limitazione della responsabilità, a mo' d'esempio nei casi in cui riguardi solamente alcuni beni, non esclude la sanzione e quindi in questi casi non si escluderebbe nemmeno la giuridicità. In entrambe le letture sembra svelarsi il ricordo della tesi pubblicistica della responsabilità, la quale, pur risultando oggi recessiva, continua a dare forza a uno tra i suoi principali corollari: poiché la responsabilità è soggezione al potere dello Stato, ai privati non è permesso modificarne la disciplina.

Tanto la ricostruzione pubblicistica della responsabilità, quanto le due appena esaminate con riguardo all'art. 2740, comma 2, cod. civ. non sembrano allora giustificare il senso del divieto e favorirne la comprensione.

Per lunghi anni la sola voce contraria ad un divieto rivolto ad ogni atto avente per oggetto la responsabilità è quella di Domenico Rubino. Il quale, muovendo dalla *ratio* dell'art. 2740, comma 2, cod. civ., individua lo scopo della disposizione nell'impedire che di sua iniziativa il debitore possa limitare la propria responsabilità patrimoniale, in pregiudizio alle ragioni dei creditori[470]. Di qui la conclusione secondo cui oggetto di divieto sarebbero soltanto gli atti unilaterali mercé i quali il debitore direttamente o indirettamente limiti la propria responsabilità[471]. Sarebbero invece consentite le limitazioni concordate tra debitore e creditori[472], purché efficaci tra i soli contraenti[473]. Queste convenzioni, oltre a non poter pregiudicare i terzi, sarebbero caratterizzate dall'incapacità di modificare il rapporto originario, determinando solamente la costituzione di una obbligazione negativa di non far agire sui beni sottratti alla garanzia patrimoniale[474]. Il patto sulla responsabilità, allora, anziché precludere realmente l'aggressione dei beni convenzionalmente esclusi dalla garanzia patrimoniale, determinerebbe l'obbligo di risarcire il danno in capo al creditore inadempiente. La tesi esposta, muovendo da un'indagine sull'intenzione del legislatore, formula una distinzione basata più sul titolo della limitazione, se atto unilaterale o convenzione, che sugli effetti. Anche in questo caso appare tangibile il peso della concezione pubblicistica: i privati

[470] D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 11-12: "lo scopo della norma è [...] essenziale per delimitarne l'àmbito di applicazione. Questo scopo è di evitare che un soggetto - nella specie, il debitore -, con proprio atto unilaterale di volontà, direttamente o indirettamente, determini effetti pregiudizievoli per altri soggetti, e precisamente limiti quella responsabilità che la legge dispone a favore dei suoi creditori". Di quest'opinione anche R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 11, per il quale l'art. 2740, comma 2, cod. civ. sarebbe una disposizione "dettata dal preciso scopo di vietare le limitazioni indirettamente derivanti dalla volontà unilaterale del debitore attraverso particolari espedienti giuridici (esempio classico: le società anonime con un solo azionista)"; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 52-53.

[471] Così sembrerebbe anche G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 43 ss. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 83 ss..

[472] Pur condividendo la tesi del Rubino sulla *ratio* dell'art. 2740, comma 2, cod. civ., R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 11, conclude che la disposizione "finisce col rendere contrarie alla legge anche le convenzioni dirette a determinare l'oggetto della responsabilità del debitore".

[473] D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 12; P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 56 ss.; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 43 ss., il quale aggiunge che il patto non potrebbe rimettere al volere del debitore il soddisfacimento dell'interesse creditorio, come avverrebbe in caso di radicale esclusione della responsabilità.

[474] D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 12. Alla tesi sembra aderire P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 56 ss., che rinviene nell'art. 2740, comma 2, cod. civ. la conferma per l'inammissibilità dei patti di non alienazione con efficacia reale.

possono stringere accordi sulla responsabilità patrimoniale, ma non introdurre vere limitazioni, tramite le quali modificarne l'oggetto; possono semmai prevedere una nuova obbligazione ed un nuovo impegno (risarcitorio) in caso di violazione dell'accordo da parte del creditore.

Nella letteratura degli ultimi anni altre voci sostengono l'ammissibilità di talune limitazioni convenzionali della responsabilità.

Su di un estremo si colloca l'opinione secondo cui l'art. 2740, comma 2, cod. civ. non rappresenterebbe più un ostacolo per l'autonomia privata. È la tesi secondo cui l'introduzione di istituti che consentono la segregazione del patrimonio per finalità determinate in maniera generica (par. 6) avrebbe ormai determinato l'abrogazione di quella disposizione[475].

In posizione più moderata si collocano le tesi che ammettono solamente alcune convenzioni sulla responsabilità. Tra esse compare l'orientamento incline a distinguere a seconda della causa che assiste il negozio. Si afferma che le limitazioni della responsabilità sarebbero valide ed opponibili ai creditori se rivolte al perseguimento di interessi prevalenti rispetto a quello protetto dal divieto di limitazioni della responsabilità, individuato nella tutela del credito[476]. La tesi, in parte anticipatrice dell'idea poi posta alla base dell'introduzione dell'art. 2645 *ter* cod. civ.[477], ha il merito di collocare quello dei creditori tra gli innumerevoli altri interessi perseguiti dall'ordinamento. Tuttavia, numerose critiche vengono rivolte a questa tesi. Per una prima, essa sarebbe in urto contro regole fondamentali in tema di segregazione patrimoniale (quali quelle riguardanti la tipicità degli atti trascrivibili e dei diritti reali; par. 32)[478], nonché contro la considerazione secondo cui nel sistema attuale una simile comparazione tra interessi non è richiamata nella disciplina dell'azione revocatoria[479], alla

[475] V. nt. 468, ove si è riportata, insieme ad altre, l'idea di A. GAMBARO, *Trust*, cit., 467, il quale aggiunge che "sicuramente […] non pare che siano invocabili norme come l'art. 2740 c.c. per sostenere l'esistenza di un principio generale in base al quale si fa divieto all'autonomia privata di conseguire la creazione di patrimoni separati".

[476] Questo parrebbe l'orientamento di U. LA PORTA, *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in *Destinazione di beni allo scopo*. *Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003, 267-268; G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 412 ss.; G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm*., 2000, I, 153 ss.; G. PALERMO, *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo*. *Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003, 250-251. Successivamente all'introduzione dell'art. 2645 *ter* nel corpo del codice civile la tesi è ribadita da U. LA PORTA, *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ*., cit., 104 ss., il quale individua il giudizio di comparazione tra interessi nel riferimento che la nuova disposizione opera all'interesse meritevole *ex* art. 1322, comma 2, cod. civ.; in maniera simile, attribuendo al giudizio di meritevolezza "un rilievo relazionale", M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 68 (corsivo dell'Autore); G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 78-79.

[477] Il quale tuttavia non contiene alcun riferimento alla necessità di una comparazione tra interessi contrapposti, come rilevano G. VETTORI, *Atti di destinazione e trust*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008, 6; A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, in *Riv. dir. civ*., 2008, 461; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 105; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 226 ss..

[478] Un ulteriore profilo di criticità per questa impostazione è individuato da P. SPADA, *Conclusioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 203, nella problematica relazione con gli istituti nominati di destinazione e segregazione.

[479] Così G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 105-106.

quale - come si chiarirà meglio in avanti - l'ordinamento affida la tutela dei creditori. La ricostruzione esposta presenta poi gli inconvenienti di passare a un confronto tra valori ed interessi prima di aver dimostrato la liceità dei negozi limitativi[480] e, guardando alle conseguenze, di affidare al criterio incerto della maggior meritevolezza la sorte dei negozi sull'oggetto della responsabilità[481].

Un altro orientamento, nel contestare l'impostazione tradizionale, si muove sul piano dell'efficacia ed assume come punto di partenza la distinzione tra limitazioni della sola responsabilità e del patrimonio[482]. Si tengono allora distinti "gli atti che incidono direttamente sulla responsabilità, causandone un ampliamento o una limitazione, dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente hanno influenza sulla responsabilità"[483]. In linea con la premessa, l'opinione in questione teorizza l'ammissibilità di atti di destinazione e segregazione atipici, cui consegue l'effetto di scomporre il patrimonio in masse distinte; in uno con il persistente divieto di modificazioni convenzionali dirette dell'oggetto della responsabilità patrimoniale[484]. Gli atti del primo tipo sarebbero consentiti, ma soggetti alla possibile azione revocatoria dei creditori; quelli del secondo, radicalmente vietati. Sarebbero cioè consentiti proprio quegli atti unilaterali nei quali per Rubino starebbe l'oggetto del divieto, ma non quelli con cui debitore e creditore si accordano per ridefinire la disciplina del proprio rapporto.

Un'altra linea di pensiero continua a muoversi sul piano dell'efficacia ed assume lo stesso punto di partenza di quella appena vista - cioè la distinzione tra limitazioni del patrimonio e della sola responsabilità - per ricavare la conclusione opposta. Si dice che lo scopo del divieto previsto dall'art. 2740, comma 2, cod. civ. è di sottrarre ai privati la possibilità di scomporre in masse un patrimonio (limitazioni del patrimonio e, in via riflessa, della responsabilità)[485], e non quella di stabilire tra le parti un regime negoziale per il rapporto di garanzia (limitazioni della responsabilità in senso stretto) [486]. Riferendosi alle "limitazioni della responsabilità" il

---

[480] Considerazioni simili svolge C. CASTRONOVO, Trust *e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, I, 1327, per il quale "l'affermazione assiomatica di meritevolezza equivale a una petizione di principio, nel momento in cui non sia stata previamente accertata l'inesistenza di ostacoli rappresentati da norme inderogabili dell'ordinamento".

[481] Così G. VETTORI, *Atti di destinazione e trust*, cit., 6; G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645*-ter, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 177, il quale sottolinea pure che "attribuire ad un interprete qualificato come il giudice, o ad un interprete professionale, ma non espressione di un assetto istituzionale, come il notaio, un giudizio di prevalenza degli interessi in ordine a tali aspetti non è conforme ad una differenziazione dei poteri e delle rispettive funzioni in ordine alla circolazione dei beni"; A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, cit., 474; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 110.

[482] La distinzione è esposta con la massima chiarezza da A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo*. *Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003, 31.

[483] A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, cit., 31.

[484] Così A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, cit, 30 ss.; R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645* ter *c.c.*, cit., 197-198.

[485] Che l'art. 2740, comma 2, cod. civ. stabilisca la regola dell'unicità del patrimonio è chiaramente affermato da M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c.*, in *Riv. Not.*, 2007, I, 1148.

[486] Così G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 43 ss.; G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter cc. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 192 ss.; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 176 ss. e 237 ss.. Per questa soluzione parrebbe propendere anche S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, cit., 108-109; S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, cit., 1087, ove si

testo normativo intenderebbe allora richiamare quelle che sono anche de-limitazioni del patrimonio ed imporre per queste la stringente regola della tipicità.

Cambiando di poco il punto d'osservazione, si può anche dire che l'oggetto del divieto si restringe ai negozi con efficacia reale, i quali andrebbero ad incidere sull'unitarietà del patrimonio, risultando opponibili *erga omnes*; non anche alle convenzioni con efficacia isolata allo specifico rapporto e ai soggetti contraenti[487]. Mentre l'opponibilità *inter partes* è governata dall'atipicità, secondo la regola espressa nell'art. 1322, comma 2, cod. civ.; quella *erga omnes*, collegata alla segregazione patrimoniale, soggiace alla regola opposta anche in virtù del principio di relatività degli effetti (art. 1372, comma 2, cod. civ.)[488]. In questa prospettiva, regola di tipicità e numero chiuso per i fenomeni separativi formano un tutt'uno coerente nel sistema privatistico.

Il legame tra scomposizione del patrimonio in masse ed opponibilità *erga omnes*, insieme con le ragioni che inducono a reputare questa ipotesi diversa da quella dell'accordo sul singolo rapporto obbligatorio concluso da creditore e debitore, si comprende svolgendo alcune considerazioni intorno agli atti che scompongono il patrimonio in masse distinte. Si è già notato che il distacco di una massa dal patrimonio "generale" del soggetto implica l'individuazione di un criterio di unificazione alternativo rispetto a quello della titolarità. Tale criterio consiste nel vincolo di destinazione impresso su alcuni beni[489]. In questi termini la

---

legge dell'art. 2740, comma 2, cod. civ. quale "limite che ha come protagonista il debitore e non una negoziazione concordata".

[487] In senso contrario R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 11; V. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 252; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 510-511; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1051; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 8, espressamente sostengono l'invalidità delle convenzioni efficaci *inter partes*.

[488] G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 46-47.

[489] Benché possa aversi destinazione senza segregazione, quest'ultima pare andare di necessità congiunta alla prima e porsi appunto come la conseguenza del vincolo di destinazione impresso a specifici beni. Secondo M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 198, "destinazione e separazione sono elementi inscindibili", poiché "una destinazione del patrimonio che non comportasse un effetto di separazione sarebbe pressoché inutile in quanto la separazione è strumentale alla conservazione della destinazione" (201); per A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, cit., 460, "la separazione patrimoniale costituisce l'effetto dell'atto di destinazione e determina sempre una limitazione di responsabilità, giacché il patrimonio conferito non risponde delle obbligazioni del titolare ma solo di quelle qualificate dalla relazione con lo scopo della destinazione"; per S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 61, "per conseguire l'effetto di separazione non è sufficiente la destinazione a un certo scopo, ma occorre che da essa emerga una disciplina giuridica peculiare e differente dal residuo patrimonio ascrivibile allo stesso soggetto, in modo da poter sostenere che soltanto i beni compresi entro il patrimonio separato sono posti a garanzia delle obbligazioni la cui causa giustificatrice è nella destinazione stessa"; nella ricostruzione di P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e fattispecie impositiva. Il rilievo della destinazione nella fiscalità diretta ed indiretta*, cit., 129, "i patrimoni separati (od autonomi) si ottengono attraverso una pluralità di 'tecniche' giuridiche aventi un medesimo risultato: destinare con rilievo reale una massa di beni alla soddisfazione di un nucleo di interessi predeterminati". Si soffermano sulla distinzione tra destinazione e separazione, seguendo una linea in parte diversa da quella appena esposta, G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, cit., 537, secondo il quale l'effetto segregativo rafforza la destinazione, ma non è essenziale per essa; A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, cit., 58, fautore di una nozione ristretta di segregazione; R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645-ter: considerazioni sulla fattispecie*, cit., 48 ss., il quale rileva come la destinazione sia un effetto dell'atto e la separazione, invece, della sua trascrizione; A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, cit., 27, per il quale "destinazione e separazione non sono situazioni giuridiche necessariamente congiunte e di conseguenza inscindibili"; R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645* ter *c.c.*, cit., 197, per il quale "si può avere destinazione senza separazione e separazione senza destinazione", come avverrebbe rispettivamente nella

destinazione può essere intesa come la categoria generale in grado di comprendere numerosi istituti particolari[490]. Elemento comune di essi è il vincolo impresso a una frazione del patrimonio. Il quale determina la costituzione un regime giuridico particolare[491] per quelli inclusi[492]. La segregazione consiste proprio nell'assoggettamento di uno o più beni a una disciplina diversa da quella stabilita per gli altri[493], in virtù della finalità alla quale vengono destinati[494]. L'atto di destinazione determina una modificazione nelle prerogative sia del destinante che dei terzi[495]. Questa conseguenza si comprende se si considera che l'atto di destinazione patrimoniale comporta, quale effetto, l'imposizione di un vincolo rilevante nel giudizio sull'attività avente ad oggetto il bene[496]. Sotto questo profilo, la destinazione è anzitutto compressione delle facoltà di godimento e disposizione riconosciute al titolare sui beni[497], al quale si impone il divieto di compiere atti contrastanti la destinazione del bene[498].

---

destinazione dei beni a pertinenza e nelle garanzie reali. Secondo Cass. civ., Sez. I, 28 aprile 2004, n. 8090, cit., non basta, "per ipotizzare un patrimonio separato, il riferimento del patrimonio stesso ad uno scopo, essendo anche necessario che intervenga una disciplina particolare, diversa da quella che regola il residuo patrimonio del soggetto".

[490] A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, cit., 49 ss.

[491] Di assoggettamento ad una "disciplina giuridica particolare" discorre S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, Milano, 1943, 303, richiamato da A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., 550. All'atto di destinazione U. LA PORTA, *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ*., cit., 106, associa una efficacia conformativa, poiché esso "*conforma la struttura del diritto* allo scopo cui si destina il bene" (corsivo dell'Autore).

[492] Per G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, cit., 528, "l'*opponibilità ai terzi* della destinazione del bene […] sta comunque ad indicare l'esistenza di un *quid* che riguarda *la cosa come tale*, ancorché questa «pretesa» non si esprima […] nella forma di un (tradizionale) diritto reale" (corsivi dell'Autore).

[493] Così A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, cit., 53.

[494] Così R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645-ter: considerazioni sulla fattispecie*, cit., 59, il quale sottolinea come allo stesso tempo perda importanza il nesso con il soggetto titolare.

[495] Per A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, cit., 53, "la destinazione patrimoniale in sé consiste nell'*istituzione di una regola finalistica direttamente sul bene, che ne condiziona il regime nei confronti del titolare come dei terzi*" (corsivo dell'Autore).

[496] Di destinazione "rilevante nel regime giuridico del bene" discorre A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c*., in *Rass. dir. civ*., 2007, 3, il quale imposta la sua analisi proprio lungo le direttrici della costituzione del vincolo e dell'attuazione delle finalità programmate presenti in ogni fenomeno di destinazione patrimoniale. Per F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter *c.c*., cit., 166, l'atto di destinazione è il fatto giuridico presupposto per l'applicazione di una certa disciplina legale.

[497] Sui limiti interni, cioè da riferire al titolare del patrimonio, che conseguono alla destinazione si sofferma parte della dottrina. Secondo G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, cit., 525 secondo il quale "dei due «effetti» che l'atto di cui parla l'art. 2645 *ter* produce - ossia l'effetto di «destinazione» e l'effetto di «segregazione» (o creazione di un patrimonio separato) - il primo è senza dubbio quello determinante, apparendo in un certo senso come un *prius* del secondo, sia dal punto di vista logico che dal punto di vista pratico. Ora, se ci si interroghi su cosa significhi «destinare» un bene ad uno scopo (ovvero - detto altrimenti - imporre ad un bene un *vincolo di destinazione*), è agevole rispondere che ciò significa (comunque, e anzi tutto) *limitare* la facoltà di uso e/o la facoltà di disposizione del proprietario di tale bene" (corsivi dell'Autore). Per G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 43-44, "il tratto dell'efficacia reale, nel fenomeno separativo, si caratterizza sia in un profilo esterno, posto che la posizione soggettiva del beneficiario del vincolo di destinazione è tutelata *erga omnes*, sia in un profilo interno, come vincolo di indisponibilità dei beni destinati. Ne consegue che gli atti aventi ad oggetto beni separati, ove siano manifestamente contrari allo scopo, sono inefficaci, posta l'opponibilità ai terzi dell'assenza di legittimazione all'atto di disposizione". A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, cit., 58, precisa con il vincolo sussista nel caso di beni fungibili il vincolo sia sul loro valore, e possa quindi trasferirsi da essi al corrispettivo avuto per il loro scambio.

Il conseguimento della finalità dichiarata è poi perseguito in due maniere. Anzitutto, all'obbligo del titolare corrisponde per il beneficiario della destinazione il diritto al rispetto del vincolo[499], mediante il quale si ritorna all'obbligazione: il beneficiario acquista non uno *ius in re aliena* (come pure si è sostenuto[500]), ma un diritto (di credito) all'attuazione della destinazione[501]. In secondo luogo, la formazione di una massa patrimoniale autonoma implica l'opponibilità ai terzi. Presuppone, cioè, che ai creditori del titolare possa essere eccepita l'estraneità del vincolo rispetto alla finalità cui è preordinata la massa destinata; perciò questi creditori non possono agire sui beni compresi in quel patrimonio. Per determinare la segregazione, l'atto di destinazione richiede allora l'efficacia reale, cioè l'opponibilità del vincolo *erga omnes*, a presidio della quale stanno i sistemi di pubblicità per la conoscibilità del regime particolare stabilito per una frazione patrimoniale.

Nella stessa direzione indirizza, per il legame tra l'opponibilità dell'atto ai terzi e la sua conoscibilità, anche la tassatività degli atti trascrivibili[502], sulla quale si dovrà tornare in avanti e nella quale si tende ad individuare proprio la ragione giustificatrice del *numerus clausus* in materia di diritti reali[503]. Un atto di destinazione non previsto dalla legge, in quanto non conoscibile dai terzi attraverso il regime pubblicitario, non riuscirebbe a conseguire l'efficacia reale della opponibilità nei loro riguardi.

Seguendo questa linea, si può allora concludere l'art. 2740, comma 2, cod. civ. ribadisce il divieto - già desumibile dal sistema - di creare patrimoni separati, senza vietare accordi sulla responsabilità patrimoniale tra le parti del rapporto obbligatorio[504].

---

[498] M. CONFORTINI, *Vincoli di destinazione*, in *Dizionario del diritto privato. Diritto civile*, Milano, 1980, 887 ss., procedendo dall'affermazione secondo cui "*il vincolo di destinazione è una situazione giuridica soggettiva secondaria di contenuto negativo, che assolve la funzione di conservare la destinazione convenzionalmente o normativamente impressa a uno o più beni*" (887 - corsivo dell'Autore), rileva che "il vincolo di destinazione è sempre riducibile al 'divieto' di compiere atti che compromettono la destinazione del bene" (889).

[499] La presenza di beneficiari è indefettibile per A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, cit., 60-61.

[500] G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, cit., 601. Di "vincolo reale" discorre M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645*-ter *c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ*., 2006, II, 188.

[501] Così A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, cit., 65; G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, cit., 527-528; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., 114. A diverse conclusioni giunge U. LA PORTA, *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ*., cit., 120 ss..

Con riguardo alla disciplina del fondo patrimoniale, Cass. civ., Sez. I, 8 settembre 2004, n. 18065, in. *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9, afferma che la sua costituzione implica "soltanto un vincolo di destinazione sui beni confluiti nel fondo stesso, affinché con i loro frutti assicurino il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ma non incide sulla titolarità della proprietà dei beni stessi, né, implica l'insorgere di una posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli in tema di disponibilità".

[502] Secondo G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 155, "il principio della tassatività degli effetti trascrivibili si pone, quindi, come un momento di conferma del principio del *numerus clausus* delle fattispecie a rilevanza reale".

[503] A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1990, 68; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 160, secondo il quale il numero chiuso degli atti trascrivibili con efficacia reale risponde alla necessità di consentire un sistema pubblicitario efficiente ed il reperimento delle informazioni necessarie ad assumere scelte consapevoli a fronte di costi contenuti. Di "connessione" tra i due principi parla F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter *c.c*., cit., 167.

[504] A conclusioni simili, ma all'esito di un ragionamento almeno in parte differente, sembra giungere G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 41 ss., per il quale "il divieto di eccezioni alla responsabilità patrimoniale non previste dalla legge va [...] inteso in modo più aderente alla funzione cui la disposizione è

28. Effetti delle limitazioni convenzionali della responsabilità che alterano la struttura del rapporto obbligatorio

Una volta ammesse le limitazioni convenzionali della responsabilità, purché efficaci solo tra le parti e limitatamente al rapporto giuridico tra di loro, occorre spostare l'esame sugli effetti di tali negozi sul rapporto giuridico. L'indagine può essere impostata muovendo dalla più ampia e risalente letteratura in materia di *pactum de non petendo*. La formula latina designa un negozio che incide sull'intera pretesa, e non solo sulla responsabilità patrimoniale, poiché esclude anche il diritto del creditore di agire per la condanna del debitore inadempiente; esclude, cioè, la stessa costituzione dell'obbligazione secondaria. Effetti diversi discendono dai patti sulla (sola) responsabilità patrimoniale: questi non escludono il diritto di chiedere ed ottenere la condanna del debitore, ma limitano o escludono solo le situazioni giuridiche soggettive comprese nella garanzia patrimoniale. Con riguardo al *pactum de non petendo*, sono presenti tre orientamenti. Per il primo, già incontrato richiamando il pensiero del Rubino[505], il patto costituirebbe una obbligazione di non chiedere in capo al creditore, senza alterare la struttura del rapporto. Resta ferma l'immodificabilità del rapporto[506], ma ai privati si concede la costruzione di un'obbligazione negativa *de non petendo*. Per conseguenza, il debitore non potrebbe opporre una eccezione all'azione intrapresa dal creditore in violazione dell'obbligo, ma solamente conseguire il risarcimento dei danni[507]. Si tratterebbe, in definitiva, del negozio costitutivo di un nuovo rapporto, inidoneo ad incidere sulla struttura di quello precedente (per comodità, "tesi del negozio costitutivo")[508]. A questa veduta se ne accompagnano altre, che escludono l'intangibilità del rapporto originario e ne tollerano l'indebolimento. Un secondo orientamento, contiguo nelle premesse teoriche alle tesi che lasciano coincidere sanzionabilità dell'inadempimento e giuridicità del rapporto, sostiene che il patto avrebbe efficacia estintiva, determinando il venir meno dell'obbligazione ("tesi del negozio estintivo")[509]. Per un'ultima linea di pensiero il patto determinerebbe invece una modificazione del rapporto ("tesi del negozio modificativo")[510], tale da consentirne

---

diretta: cioè quella di proteggere il creditore e non di vietargli qualsiasi accordo che possa giovargli anche in relazione alla soddisfazione dei propri crediti" (52-53).

[505] Par. 27. Il riferimento ad una obbligazione negativa di non domandare pare condiviso da F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 370; A. CAPUTO, *La novazione*, in *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, P. Fava (a cura di), t. 2, Milano, 2008, 889.

[506] Per L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, cit., 187, il *pactum de non petendo* "non tange il rapporto". G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 178, rileva come tale immodificabilità sia corollario della concezione pubblicistica della responsabilità.

[507] Su questo profilo di tale ricostruzione si sofferma L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 37.

[508] Così anche L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, cit., 50; P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 54, per il quale "l'alternativa circa la sorte d'un tal patto non può essere che quella tra nullità e rilevanza meramente personale (obbligatoria)".

[509] In quest'ordine di idee pare collocarsi F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marciani*, G. D'Amico-S. Pagliantini-F. Piraino-T. Rumi (a cura di), Torino, 2017, 200, nell'affermare che in presenza di accordi che derogano all'universalità della garanzia generica "il debito si estingue per consumazione dei beni patrimoniali destinati al soddisfacimento del credito con un inedito movimento in cui la responsabilità, Haftung, incide sul debito, Schuld, addirittura con effetto estintivo".

[510] Per M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 136; "il *pactum* si presenta quale fonte integrativa, cioè quale integrazione dell'originario statuto giuridico del rapporto: se, prima del *pactum* il creditore poteva pretendere, ed il debitore doveva prestare; dopo il *pactum* il creditore non può pretendere, ma soltanto ricevere; ed il debitore non dovrà, ma potrà dare". A questa linea sembrano aderire Trib. Napoli, 22

l'inclusione tra i negozi regolamentari[511]. Le prime due linee di pensiero prestano il fianco a considerazioni critiche. Nella tesi del negozio costitutivo pare contraddittoria l'affermazione che lascia coesistere il diritto del creditore ad agire per la tutela dell'interesse (incluso aggredire i beni del debitore) e l'obbligo di astenersi da tale azione[512]; a questa critica qualcuno aggiunge quella sull'inidoneità del rimedio risarcitorio a tutelare in misura adeguata la posizione del debitore contraente il *pactum*[513]. Della tesi del negozio estintivo oltre che la premessa sul necessario venire meno del rapporto privo di responsabilità[514], si mostra dubbio un corollario: l'estinzione del rapporto obbligatorio, ossia tanto del debito quando della responsabilità, determinerebbe il carattere indebito dell'eventuale pagamento, e quindi la sua ripetibilità[515]. La posizione più coerente rispetto alla struttura del rapporto obbligatorio descritta in precedenza appare quella del negozio modificativo[516]. Suo corollario è la possibilità per il debitore di opporre un'eccezione all'azione intrapresa dal creditore[517].

Il *pactum* parrebbe implicare una limitazione della responsabilità, sicché all'accordo limitativo della responsabilità possono estendersi le considerazioni appena svolte[518]. Viene così da escludere tanto la costituzione di un'obbligazione negativa del creditore, quanto l'estinzione del rapporto, per ipotizzarne invece la riduzione: restano fermi l'obbligo del

---

ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 207, secondo cui "il c.d. "*pactum de non petendo*" concluso fra il creditore e l'obbligato, pur non implicando remissione del debito e non dando luogo all'estinzione del rapporto obbligatorio, determina l'attuale e perenne inesigibilità del credito nei confronti del debitore"; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 258.

[511] F. RUSCELLO, *«Pactum de non petendo» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, cit., 200. Per P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 36, sono da considerare negozi regolamentari quelli che senza estinguere né modificare la struttura del rapporto, ne modificano la disciplina.

[512] La contraddizione può essere spiegata sia guardando alla posizione del creditore, al tempo stesso titolare di un diritto ad agire e di un contrapposto obbligo di non agire, che a quella del debitore, il quale parrebbe avere nello stesso tempo l'obbligo di soddisfare il suo creditore ed il diritto di non farlo. L'analisi è svolta muovendo da questa secondo prospettiva (quella del debitore) da M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 14 ss.; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 37.

[513] La critica è accennata da M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 15; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 39.

[514] La distinzione tra le due ipotesi risulta chiara alla giurisprudenza di legittimità. Per Cass. civ., Sez. I, 10 giugno 1994, n. 5646, in *Giur. it*., 1995, I, 1, 222, "considerata [...] la rilevata necessità che la remissione del debito si configuri come manifestazione inequivoca di volontà di rinuncia definitiva alla prestazione del debitore, non appare conforme a legge ravvisare tale volontà nell'assunzione dell'obbligo di restituzione del titolo, se non accompagnata da effettiva restituzione, posto che una simile obbligazione potrebbe integrare anche un mero '*pactum de non petendo*', comportante soltanto rinuncia ad azionare il titolo in giudizio, ma non rinuncia estintiva dell'obbligazione di pagamento". In senso conforme, Cass. civ., Sez. II, 7 giugno 2000, n. 7717, in *Giust. civ. Mass*., 2000, 1241. La distinzione tra estinzione e riduzione del rapporto è però poco convincente secondo G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 62.

[515] L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 38.

[516] Agli argomenti già segnalati e fatti presenti dai sostenitori della tesi sembra possa aggiungersene un altro: la tesi del negozio modificativo si rivela quella meglio in grado di spiegare una serie di conseguenze del *pactum*, quale la permanenza di eventuali garanzie del credito, che la dottrina (si può ricordare qui l'opinione di M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., 27) associa appunto ad una vicenda che modifichi senza estinguere il rapporto.

[517] Già secondo V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 99, il *pactum de non petendo* sarebbe "generatore di eccezione e non di azione"; per F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. II, pt. 2, Milano, 1951, 222, il *pactum de non petendo* vincola il creditore ad un'obbligazione negativa e "dà luogo ad un'*eccezione corrispondente*, in favore del debitore" (corsivo dell'Autore). Sebbene senza richiamare la modificazione del rapporto, ma invece l'efficacia vincolante del contratto, anche G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 54, afferma la possibilità di interrompere l'esecuzione opponendosi all'azione intrapresa in violazione dell'accordo.

[518] Seguono un percorso analogo G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 187 ss.; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 40.

debitore ed il correlativo diritto del creditore[519]; resta fermo anche il diritto di eccepire l'inadempimento; vengono meno i diritti connessi al vincolo sul patrimonio (altrimenti) responsabile, e quindi sia relativi all'obbligo di conservare la garanzia patrimoniale che quello di aggressione mediante l'azione esecutiva.

La riduzione del rapporto è suscettibile di gradazioni: essa si mostra più ampia nel *pactum de non petendo*; più circoscritta in quello che interessa la sola responsabilità. Quest'ultimo genere di patto, a differenza dell'altro, non esclude il diritto di chiedere l'accertamento dell'inadempimento e la condanna; oltre che in caso di esecuzione spontanea della prestazione, tali domande potrebbero servire per l'escussione di eventuali garanzie di terzi.

La riduzione del rapporto implica che qualora il creditore agisca per far valere la responsabilità sul bene convenzionalmente escluso dalla garanzia, il debitore possa opporre un'eccezione in senso stretto (e cioè non rilevabile *ex officio*), con la quale fa valere l'inesistenza del diritto altrui[520]. A venire meno non è l'azione, ma la situazione giuridica soggettiva che essa presuppone, sicché la mancanza del diritto può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice[521]; a differenza di quanto accade nel debito prescritto, per il quale deve perciò riconoscersi che il regime della piena esigibilità viene meno solamente con l'eccezione del debitore[522]. L'efficacia strutturale del patto conduce a corollari precisi rispetto a specifici problemi: per modo d'esempio, in caso di trasferimento del credito, la riduzione resta ferma ed opponibile al nuovo titolare[523].

---

[519] Che al diritto del creditore non possa non corrispondere l'obbligo del debitore sembra imposto dal concetto stesso di relazione, e quindi anche di obbligazione. Vale anche per creditore e debitore l'osservazione di Giovanni Gentile secondo cui "chi dice relazione, dice differenza; ma dice anche identità di termini. [...] Per quanto diversi, questi termini della relazione son tuttavia tali che, pensando l'uno, si pensa l'altro; ed il concetto dell'uno contiene pure in qualche maniera l'altro" (G. GENTILE, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Pisa, 1918, 91).

[520] G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 186-187, per il quale "all'atto di disposizione della garanzia generica segue [...] il diritto del debitore di opporre un'eccezione in grado di paralizzare l'eventuale esercizio di qualsivoglia strumento riconducibile al lato attivo del rapporto di responsabilità se diretto verso un bene da questo escluso" (187).

[521] G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 186-187.

[522] Risulta convincente l'opinione di C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 222-223, secondo la quale "non si può dire che, decorso il termine della prescrizione, non ci sia più, per ciò solo, né pretesa a favore del creditore né azione, e non ci sia più quindi responsabilità. Anche dopo decorso il termine, la pretesa e l'azione continuano a sussistere, e continua quindi a sussistere anche la responsabilità; se il creditore infatti agisce contro il debitore, e questi non eccepisce la prescrizione, la condanna e l'esecuzione patrimoniale contro quest'ultimo han luogo senz'altro".

[523] Così M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 280 ss., il quale sempre con riguardo all'efficacia del *pactum de non petendo* precisa che "la circolazione del credito risentirà della modificazione strutturale del rapporto, conseguente al *pactum*. Il nuovo creditore prende il luogo del precedente nella titolarità della posizione attiva; ma, per via del *pactum*, il rapporto è ridotto, il titolo è venuto meno e sopravvive ridotto, cioè strutturalmente inesigibile, ed il cessionario sarà soggetto all'*exceptio pacti conventi* oppostagli dal ceduto" (280). Proprio la possibilità di opporre un'eccezione al nuovo creditore induce G. EÖRSI, *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability*, cit., 33, a rilevare la possibilità di utilizzare il *pactum* per superare il limite dell'efficacia solo *inter partes* delle convenzioni tra debitore e creditore originario. Di diverso avviso G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 190-191, il quale - in linea con la premessa di collocare la responsabilità all'esterno dell'obbligazione, benché sempre in un rapporto materiale - esclude che il cessionario del credito possa opporre la modificazione del rapporto e conclude che egli potrebbe semmai far valere la riduzione della garanzia in virtù dell'art. 1263 cod. civ., quale accessorio del credito trasferito.

Diverse sono le conseguenze del trasferimento del lato attivo relativo ad un rapporto con responsabilità radicalmente esclusa, anche solo temporaneamente, o ridotta per l'esclusione di uno o più specifici beni,

Da queste premesse è giocoforza procedere verso l'affermazione secondo cui "il rapporto si dimostra suscettibile di una duplice vicenda negativa: "estinzione" concernente l'intero arco degli effetti (debito; credito e pretesa; diritto di ritenzione); "riduzione", concernente soltanto alcune qualifiche"[524]. Queste stesse vicende possono essere in maniera diversa a seconda della prospettiva da cui si osserva il rapporto obbligatorio: riferite alle situazioni giuridiche soggettive, che da complesse (composte dalle endiadi debito-credito; responsabilità-garanzia) si riducono a semplici (credito senza garanzia; debito senza responsabilità) o come vicende della rilevanza, che continua a predicarsi per l'adempimento, ma non per l'inadempimento[525]. In termini più generali, il rapporto obbligatorio risulta allora suscettibile di tre vicende[526]: costituzione, con la formazione sia del debito che della responsabilità e delle situazioni correlative nel lato attivo; modificazione, comprensiva della riduzione, ossia della persistenza del mero debito; estinzione, in seguito alla quale nessuno dei due elementi può più dirsi presente[527]. La possibilità, già messa in risalto, che il rapporto si costituisca privo di uno dei rapporti - come nell'obbligazione a termine - o che subisca una riduzione - come per il decorso della prescrizione - induce a considerare possibile, oltre a una modificazione per riduzione, quella per aggiunta; la quale, cioè, anziché impoverire il rapporto, lo arricchisce: a mo' d'esempio si può portare la rinuncia che il creditore faccia alla prescrizione già maturata. Ciascuna vicenda, poiché rilevante, determina l'applicazione di nuovi canoni di giudizio.

---

dovendosi tenere conto del tenore del patto e della sostituzione di un nuovo patrimonio garante a quello precedente. Per modo d'esempio, il patto che escludesse dalla garanzia beni presenti nel patrimonio del debitore precedente non potrebbe sortire effetti nei confronti di quello nuovo, nel cui patrimonio non si trovano quei beni; diversamente, quello che genericamente escludesse il rapporto di responsabilità sarebbe opponibile anche dal nuovo debitore.

[524] M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 141.

[525] M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 141, il quale rileva come perciò si possa anche parlare di credito e debito ridotti. Un cenno di segno analogo si trova in E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 103; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 51, il quale rileva come nelle obbligazioni naturali l'inadempimento "non assume il carattere giuridico di un «*torto*», ossia di una fattispecie alla quale il diritto ricolleghi una sanzione come effetto a causa" (nello stesso senso, anche a 52-53: "la differenza specifica tra il debito puro e il debito che è momento costitutivo di un obbligo è questa: che l'inadempimento del debito, in questa seconda figura, riveste il carattere di «torto», al quale l'ordinamento giuridico ricollega – in nesso di dipendenza *causale* –, quale effetto giuridico *necessario e diretto* l'attuazione della concomitante responsabilità" - corsivi dell'Autore).

[526] M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 142.

[527] In termini generali, con riguardo alle vicende del rapporto, si deve richiamare M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., 11-12, al quale si deve la più chiara ricostruzione: "il fenomeno della costituzione consiste in ciò che, dati due istanti successivi di tempo, nel primo istante il rapporto non esiste e nel secondo esiste. […] Il fenomeno della estinzione del rapporto giuridico è l'inverso del fenomeno della costituzione e pertanto esso consiste in ciò che, dati due istanti successivi di tempo, nel primo istante il rapporto esiste e nel secondo non esiste. […] Tra le due vicende estreme del rapporto giuridico, sta la vicenda intermedia della modifica del rapporto, la quale consiste in ciò che, dati due istanti successivi di tempo, nel secondo istante il rapporto continua a sussistere, ma con elementi mutati" (sottolineature dell'Autore). Pone in risalto la dipendenza delle vicende del rapporto da una fattispecie, P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 1, il quale rileva allora che "si discorre di fattispecie costitutiva quando dalla fattispecie nasce un rapporto giuridico; di fattispecie modificativa quando questa è causa della modificazione del rapporto; di fattispecie estintiva, infine, quando l'estinzione del rapporto trova la sua causa in quel fatto o complesso di fatti".

29. Meritevolezza delle convenzioni sulla responsabilità che alterano la struttura del rapporto obbligatorio

Svolta l'indagine sul contenuto dell'art. 2740, comma 2, cod. civ. e sugli effetti delle convenzioni sulla responsabilità ammesse, occorre indagare la meritevolezza di tali negozi, secondo il criterio indicato dall'art. 1322, comma 2, cod. civ. per gli atti atipici.

Una prima linea giurisprudenziale[528] individua un ostacolo nella regola posta dall'art. 1229, comma 1, cod. civ., la quale nega all'autonomia privata di poter eliminare la responsabilità per l'inadempimento il quale dipenda da dolo o colpa grave e, secondo questa linea di pensiero, precluderebbe anche le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale. Le clausole di esonero dalla responsabilità cui si riferisce l'art. 1229 cod. civ. escludono che l'inadempimento costituisca un'obbligazione secondaria: le parti individuano ipotesi nelle quali l'interesse creditorio resta definitivamente insoddisfatto, senza che una nuova obbligazione riconosca al creditore il diritto a un'utilità equivalente alla prima. Le limitazioni della responsabilità patrimoniale si sottraggono all'applicazione diretta dell'art. 1229 cod. civ., poiché non escludono la formazione della nuova obbligazione, ma liberano i beni, tutti o alcuni, dal legame con l'interesse creditorio[529].

Contro alcune limitazioni della responsabilità (quelle stabilite *sine die*) si è anche richiamato il principio secondo cui sarebbero esclusi rapporti obbligatori non limitati nel tempo[530]. La conferma di tale principio si troverebbe nelle regole che impongono una durata massima per certe convenzioni (tra esse, art. 1379 cod. civ. per il divieto di alienazione; art. 1574 cod. civ. per la locazione; art. 1751 *bis* cod. civ. per il patto di non concorrenza nell'agenzia; art. 2596 cod. civ. per i patti di non concorrenza in generale) e in quella secondo la quale se le parti non stabiliscono il tempo di esecuzione della prestazione, il creditore può esigerla a suo piacimento o, in certi casi, chiedere al giudice la fissazione di un termine (art. 1183 cod. civ.). A questa obiezione si può tuttavia replicare che la limitazione perenne della responsabilità non costituisce un obbligo di non esigere *sine die*, ma indebolisce un precedente rapporto, che rimane immutato per il resto. La riduzione non implica la costituzione di un rapporto privo termine, ma un titolo d'attribuzione perennemente valido, come è già consente la disciplina della prescrizione estintiva[531].

Sempre con riguardo alla perpetuità dei rapporti obbligatori, un ulteriore ostacolo potrebbe trovarsi nell'art. 1183, comma 2, cod. civ., il quale consentendo la determinazione giudiziale del termine deporrebbe contro l'idea di una inesigibilità perenne. A questa considerazione la dottrina sul *pactum de non petendo* replica che quella disposizione si limita ad imporre alle parti che vogliano fissare un termine di indicarlo[532]; di qui la natura integrativa della volontà

[528] Così Trib. Monza, 15 maggio 2006, cit..

[529] In tal senso R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, cit., 16; V. ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile. Processi di cognizione e di esecuzione forzata*, cit., 248; V. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 260; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 520; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1053; C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 9.

[530] La possibilità di questo contrasto è presa in esame da L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 52-53, il quale ferma l'attenzione sulla differenza che corre tra i contratti perpetui e quelli a tempo indeterminato.

[531] Che la disciplina della prescrizione induca l'ammissibilità di rapporti perennemente inesigibili ma cionondimeno pagabili è posto in luce da M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 153.

[532] M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 152-153.

e non sostitutiva da attribuire all'intervento del giudice[533]. A queste considerazioni bisogna pure aggiungere che le regole sulla fissazione del termine e il principio che esclude obbligazioni *sine die* sono stabiliti a tutela della libertà dell'obbligato, che si vuole sottrarre al pericolo di un vincolo senza fine, cioè all'indefinita possibilità di subire l'aggressione del creditore[534]. Quest'interesse del debitore non solo non è pregiudicato, ma si trova anzi garantito, da un rapporto privo di responsabilità patrimoniale[535].

Un'ulteriore difficoltà nell'ammettere convezioni di riduzione permanente del rapporto potrebbe derivare dalla disciplina della prescrizione, e segnatamente dalle regole previste negli artt. 2936 e 2965 cod. civ.. Stabilisce l'art. 2936 cod. civ. che "è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione". Il patto teso ad escludere in via definitiva la responsabilità potrebbe sembrare la stessa cosa di un'anticipazione del termine prescrizionale, stabilito dalla legge ed indisponibile all'autonomia privata. Se non che la possibilità di fissare convenzionalmente termini per l'inesigibilità è già riconosciuta dalla legge con le regole in tema di decadenza[536]; il che induce il rilievo per cui sono da collocare su piani distinti la riduzione convenzionale del rapporto e le modifiche al regime della prescrizione[537]. Questioni diverse pone l'art. 2965 cod. civ., il quale dispone la nullità dei patti "con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto". Tuttavia, nelle convenzioni che limitino oppure escludano *in perpetuum* la responsabilità patrimoniale non è previsto alcun termine di decadenza per l'esercizio del diritto, ma la riduzione ovvero l'esclusione della garanzia patrimoniale[538].

---

[533] M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 153.

[534] L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 53; G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, 56 ss.. Per F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 566-567, i rapporti a carattere perpetuo sarebbero inammissibili perché inaccettabile sarebbe un potere perpetuo per il creditore di invasione dell'altrui sfera giuridica.

[535] L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 53, il quale non manca di segnalare la differenza che corre tra il termine per l'esecuzione forzata e quello preso in considerazione dall'art. 1183 cod. civ., rappresentando il primo un *posterius* rispetto al secondo (pag. 54); G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., 56 ss..

[536] M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 154.

[537] M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 154. Il contrasto tra disciplina della prescrizione e patti che limitano la responsabilità patrimoniale è negato anche da L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 54-55, il quale invoca a sostegno della propria tesi le affermazioni della giurisprudenza in tema di *pactum de non petendo ad tempus* (in particolare, Cass. civ., Sez. III, 12 aprile 2006, n. 8606, in *Giur. it. Mass*, 2006, 691, secondo cui il *pactum* con efficacia limitata nel tempo "non integra violazione del divieto di deroga convenzionale del regime legale della prescrizione fissato dall'art. 2936 c.c., in quanto incide sull'azionabilità della pretesa, ragion per cui la prescrizione inizia a decorrere dalla scadenza del termine fissato con il patto stesso"; nonché le conformi decisioni di Cass. civ., Sez. III, 19 ottobre 1995, n. 10887, in *Giur. it. Mass.*, 1995, 1139; Cass. 27 marzo 1979, n. 1776, in *Giur. it. Mass.*, 1979, 470; Cass. 9 dicembre 1974, n. 4128, in *Giur. it. Mass.*, 1974, 1053).

[538] Dell'opinione secondo cui la regola in tema di decadenza convenzionale non contrasterebbe la validità di patti come quelli in esame è anche L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 56-57. Per M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 155, invece, l'art. 2965 cod. civ. indurrebbe a formulare una distinzione tra convenzioni *de non petendo* (ma lo stesso discorso può valere per quelle con cui si limita la responsabilità patrimoniale del debitore) "coeve o successive alla efficacia del contratto: nel primo caso (clausola coeva), parrebbe darsi luogo all'interna contraddizione di un rapporto costituito come definitivamente inesigibile, *ab origine* e per sempre insuscettibile di coazione; scelta, che nasconderebbe uno schizofrenico volere e disvolere, con risultati assimilabili a quelli della condizione sospensiva meramente potestativa. Diversamente nell'altra ipotesi, dove il rapporto, originariamente esigibile, sia dalle parti successivamente ridotto con l'estinzione della pretesa: come , per più varî motivi, in qualsiasi momento il rapporto potrebbe essere risolto, allo stesso modo le parti potrebbero convenirne l'inesigibilità; qui si darebbe, non già un'interna contraddizione del titolo costitutivo, ma una diversa modalità di estinzione del vincolo, cioè il passaggio

Per concludere, nessuna delle norme richiamate sembra precludere le convenzioni mediante le quali si esclude o diminuisce la responsabilità patrimoniale del debitore.

Come si è anticipato, tali negozi, sprovvisti di una disciplina particolare, rifluiscono in quella dell'art. 1322 cod. civ., sicché sottostanno al giudizio di meritevolezza contemplato nel secondo comma[539], nel quale si esprime e compone "l'incontro della *libertà* del privato con *l'autorità* dell'ordinamento giuridico"[540]. A prescindere dall'annosa questione sul contenuto della meritevolezza, va escluso che l'autonomia privata possa essere rivolta contro i principi generali e la libertà negoziale essere orientata verso finalità riprovate dall'ordinamento[541].

Uno di questi principi esclude che i privati possano affidare alla scelta del debitore il soddisfacimento dell'interesse creditorio. Il suo fondamento si ricava anzitutto dall'art. 1355 cod. civ., il quale sanziona con la nullità il contratto che subordini l'alienazione di un diritto ovvero l'assunzione di un obbligo a una condizione sospensiva il cui verificarsi dipenda dalla mera volontà dell'alienante o del debitore. È "normalmente prevedibile che la persona in questione si asterrà da un comportamento, da cui ricavi una perdita o un debito senza ricevere alcun vantaggio; la conclusione del negozio in quei termini esclude la nascita di un vincolo a suo carico e suole mancare di serietà"[542]. La regola trova la propria ragione sufficiente[543], ossia la *ratio*[544], nell'impedire rapporti che non possano considerarsi seri[545] e che siano

---

dall'esigibilità all'inesigibilità, dalla 'rilevanza simmetrica' alla 'rilevanza asimmetrica' dell'adempimento". A sostegno della conclusione, secondo l'Autore, sarebbe anche la disciplina della condizione meramente potestativa, su cui *infra* in questo stesso paragrafo.

[539] G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 248; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 81-82; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 44.

[540] G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, 5 (corsivo dell'Autore).

[541] Il senso del riferimento all'ordinamento nel suo complesso nel testo dell'art. 1322 cod. civ. è posto in chiara luce da F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 67, per il quale "sebbene il giurista sia abituato a concepire le condotte umane come conformi o non conformi a singoli schemi normativi, qui gli è imposto di allargare lo sguardo, e di ragionare su una realtà più estesa. Il ragionamento prende ad oggetto quell'entità, distante e sfuggente, designata con la nozione di ordinamento giuridico. Non la singola norma, ma l'ordinamento nella sua totalità è alla base del giudizio di idoneità degli atti o fatti menzionati nella norma".

[542] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 520.

[543] Di ragione sufficiente delle norme parla N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, in *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 268.

[544] Nell'individuare la somiglianza rilevante per l'applicazione analogica della regola prevista per un caso a quello non disciplinato, ricorrono al criterio della *ratio*, N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., 268; N. IRTI, *Decodificazione*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ.*, vol. V, Torino, 1989, 146.

[545] Per G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 252, "un'obbligazione il cui adempimento è rimesso alla mera volontà del debitore, non è un'obbligazione imperfetta, ma un'obbligazione nulla (art. 1355 cod. civ.)"; secondo C. FADDA-P.E. BENSA, *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, vol. IV, cit., 488, la condizione meramente potestativa "è l'ipotesi di un *vinculum iuris* senza vincolo"; per F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 199, "la condizione meramente potestativa o arbitraria, *si volam, si voluero*, o anche consistente in un fatto che non costi alcun sacrificio a chi debba porlo in essere, è incompatibile con la volontà di disporre o obbligarsi"; per V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 71, nel caso in cui "la prestazione fosse rimessa al mero arbitrio del debitore [...] l'obbligazione allora non sorgerebbe affatto, perché il vincolo mancherebbe in via assoluta essendovi contraddizione in termini fra il concetto di obbligazione e la promessa che io facessi di effettuare una data prestazione *se vorrò*" (corsivo dell'Autore).
Proprio la serietà dell'impegno, che non può considerarsi tale se la sua violazione viene priva di ogni sanzione, sembra portare F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 307, verso l'affermazione secondo cui "una limitazione della responsabilità così fatta *che essa non copra se non una parte del debito* riduce, naturalmente negli stessi limiti, il debito"; tuttavia, l'Autore prosegue (308) precisando che tale conclusione va circoscritta ai casi in cui nessun tipo di sanzione sia previsto e la limitazione della responsabilità sia comparabile all'entità del debito per l'omogeneità tra beni in garanzia e beni dovuti (per modo d'esempio, dovendo una somma pari a mille di certi beni, si isola la responsabilità ad un importo di essi inferiore a quella

affidati ad un indefinito periodo di incertezza[546]. Questa spiegazione chiarisce perché la condizione meramente potestativa rende nullo il negozio solo se il fatto condizionante dipende dalla volontà del lato passivo, e non anche se subordinata a quella del soggetto attivo[547]. Con minor evidenza, la stessa *ratio* accomuna altre norme, quali quelle che si ricavano dall'art. 2965 cod. civ.[548] e dall'art. 1229 cod. civ.[549]. Il principio che vieta la creazione di rapporti giuridici non seri traccia la linea di demarcazione tra le limitazioni della responsabilità ammesse e quelle vietate. Le limitazioni della responsabilità precluse risultano quelle che possono dare luogo ad una obbligazione lasciata al capriccio dell'obbligato[550]. L'obbligazione serve ad assicurare al creditore una prestazione, la quale ne persegue l'interesse (art. 1174 cod. civ.); interesse che serve ad appagare un bisogno[551] e che non può mancare. Il creditore il quale accetti di affidare alla volontà del debitore la scelta di soddisfare o meno tale necessità rivela un disinteresse verso i suoi bisogni che l'ordinamento considera immeritevole di tutela.

Diventa allora rilevante la condizione psicologica dell'obbligato. Lo stato di coazione, descritto come una conseguenza secondaria della responsabilità, assume giuridica rilevanza

---

cifra). Secondo F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 375, "è ben vero che altro è sottrarre una relazione al mondo del diritto; altro è rimuovere le conseguenze normative dell'inadempimento sul presupposto di un vincolo giuridico. Tuttavia, la negazione della giuridicità e l'assenza di una tutela minima sembrano potersi incontrare in un punto; l'essere il debitore, nell'uno e nell'altro caso, deresponsabilizzato in ordine al comportamento cui si è vincolato, seppure - nella prima ipotesi - sul piano extragiuridico"

[546] Come rileva P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, cit., 155-156, al meccanismo condizionale sono immanenti due conseguenze, i quali accomunano quella sospensiva a quella risolutiva: l'accadere del fatto o la sua definitiva impossibilità determinano una volta e per tutte la determinazione degli effetti o la certezza della loro mancanza. Una condizione affidata al mero volere, come la volontà può sempre mutare di segno, allo stesso modo potrebbe in ogni momento produrre o impedire la produzione degli effetti.

[547] Così Cass., 31 luglio 1939, in *Foro it.*, 1940, I, 69, nel precisare che "la condizione meramente potestativa rende nulla l'obbligazione quando è sospensiva, e non quando è risolutiva".

[548] V. nt. 538.

[549] Sulla *ratio* dell'art. 1229 cod. civ. non vi è uniformità di vedute. Per l'idea secondo cui essa sarebbe analoga a quella individuata per l'art. 1355 cod. civ. sembrano esprimersi A. TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ*., 1951, 249, per il quale "il vincolo contrattuale mancherebbe di ogni valore pratico se fosse consentito al debitore di violarlo impunemente"; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, Torino, 1930, 68; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1948, 380, secondo il quale escludendo la responsabilità all'obbligazione "non rimarrebbe se non il rapporto personale; verrebbe meno cioè quello patrimoniale"; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 375-376. Non distante appare la prospettiva, difesa da C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., 75; F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., 41 ss., che individua lo scopo dell'art. 1229 cod. civ. nella tutela del credito. Secondo l'orientamento più risalente, invece, fondamento della regola sarebbe quello di vietare convenzioni contrarie alla morale ovvero alla buona fede; così G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Roma-Torino-Firenze, 1884, 314; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 389 ss.; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. III, cit., 119; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 863; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 105-106.

[550] L'idea per cui l'art. 1355 cod. civ. costituirebbe un vincolo ai privati nel darsi accordi sulla responsabilità patrimoniale non è nuova. In tal senso, M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 156, secondo il quale da questa regola e da quella in tema di prescrizione già esaminata (art. 2965 cod. civ.) deriverebbe la preclusione per rapporti che nascano inesigibili e tali siano destinati a rimanere per la loro intera durata; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 56, per il quale dall'art. 1355 cod. civ. deriverebbe "una nullità che colpisce la nascita di un vincolo, in realtà, mai sorto in termini giuridici, perché alla sua costituzione è simultaneamente connessa l'assunzione di un obbligo subordinata alla pura e semplice intenzione del debitore; la proposizione *si volam* è contraddittoria e fa dipendere il vincolo dal capriccio dell'obbligato"; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 42; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 238 ss..

[551] V. nt. 414

nel caso in cui manchi; in questa ipotesi l'impegno è considerato poco serio e perciò rifiutato dall'ordinamento. Sono allora vietate le convenzioni che rimettono all'esclusiva volontà del debitore il soddisfacimento dell'interesse creditorio e consentite le altre[552]. Risulta perciò valida l'esclusione della responsabilità patrimoniale per un arco di tempo determinato[553]. Ugualmente valide si possono considerare le convenzioni che limitano la responsabilità a una parte del patrimonio[554], quando quella restante basti a garantire l'interesse del creditore[555] o anche solo ad esercitare una pressione psicologica sufficiente sul debitore[556]. Come l'esigibilità[557], la vicenda riduttiva è suscettibile di gradazioni[558]: su di un estremo si può collocare l'esclusione *sine die* della garanzia sull'intero patrimonio; su quello opposto, le limitazioni della sola responsabilità patrimoniale circoscritte ad alcuni beni soltanto e per un periodo di tempo limitato; tra queste ipotesi estreme si possono immaginare numerosi casi intermedi, quali la limitazione *sine die* riferita a parte soltanto del patrimonio o l'esclusione della responsabilità circoscritta ad un periodo di tempo prestabilito[559].

Si è già richiamata la tesi secondo la quale il fenomeno riduttivo potrebbe essere spiegato come una vicenda di situazioni giuridiche soggettive, che da complesse (composte cioè dalle endiadi debito-credito; responsabilità-garanzia) divengono semplici (credito senza garanzia; debito senza responsabilità) ovvero della rilevanza, poiché si rende irrilevante l'inadempimento. La vicenda riduttiva delle situazioni soggettive o della rilevanza, per essere valida, non deve eliminare del tutto la coppia responsabilità-garanzia, né stabilire l'assoluta e definitiva irrilevanza dell'inadempimento; ciò che si consegue se la limitazione è circoscritta, nel tempo o anche solo nell'oggetto.

---

[552] Per il puntuale esame delle conseguenze giuridiche nei casi in cui solo in un momento successivo alla conclusione il patto finisca per rimettere alla libera scelta del debitore il soddisfacimento dell'interesse creditorio, G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 55 ss..

[553] L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 46-47. Per l'ammissibilità di *pacta de non petendo* ovvero *de non exsequendo ad tempus*, Cass. civ., Sez. III, 12 agosto 1991, n. 8774, in *Foro it*., 1992, I, 1846, con nota di G. Fabbrini Tombari, *In tema di «pactum de non exsequendo»*, favorevole al patto con cui i privati escludano azioni esecutive nei reciproci rapporti fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

[554] Come rilevano D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, cit., 12; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 48-49; X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Valencia, 1996, 31, un simile risultato può essere raggiunto indicando i beni esclusi dalla garanzia patrimoniale o, al contrario, indicando quelli in essa inclusi. La diversa conformazione dell'accordo determina problemi diversi, ad esempio con riguardo ai beni futuri. Di contrario avviso P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 53, per il quale invece "il divario tra formula negativa (esclusione) e positiva (individuazione dei beni che devono assolvere funzione di garanzia) della limitazione si riduce ad un fatto 'grammaticale'".

[555] Espressamente in questa direzione, G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 43.

[556] Non sembra necessario che sia garantita per intero l'utilità attesa dal creditore, ma che la responsabilità che permane sia tale da stimolare il debitore a non ignorare le conseguenze dell'inadempimento.

[557] La considerazione è svolta da P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 131-132, il quale pone anche in risalto l'inesistenza di un concetto unitario di esigibilità.

[558] M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 159, rileva che "al moltiplicarsi delle qualifiche corrisponderà una moltiplicazione della riducibilità convenzionale del rapporto". Più avanti lo stesso Autore riconosce che "la riduzione convenzionale si presta [...] ad una scomposizione per gradi" (pag. 162). Una posizione analoga si trova in F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., 559, secondo il quale tra i due estremi della piena efficacia della relazione obbligatoria, la quale implica la tutela in forma specifica, e della piena inefficacia, equivalente alla irrilevanza, correrebbero numerose figure intermedie, come le obbligazioni suscettibili di tutela solo per equivalente e quelle naturali.

[559] Alla possibilità di estinzione totale o invece parziale, come pure ad una inoperatività temporanea della responsabilità fa riferimento G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 106 ss..

In questa prospettiva, i patti che limitano la responsabilità patrimoniale del debitore si trovano assoggettati a un criterio di meritevolezza che consiste in un giudizio di adeguatezza e proporzionalità che sembra coerente alla prospettiva che assegna proprio ai relativi principi (quelli di adeguatezza e proporzionalità) il compito di fare da "contraltare" a quello di universalità[560]. Il punto di emersione ulteriore di tali principi riguarda non solo gli strumenti di aggressione e controllo al patrimonio, ma anche il possibile contenuto degli accordi sulla responsabilità. La garanzia generica deve risultare adeguata a garantire l'obbligazione; il negozio è perciò meritevole se coerente rispetto a questa funzione normativa del patrimonio.

Stando a queste considerazioni, non risulta invece convincente l'opinione secondo cui la sarebbe la previsione di un corrispettivo per la rinuncia del creditore alla garanzia patrimoniale a poter trasformare il patto che altrimenti sarebbe invalido in uno valido[561]. La pattuizione del corrispettivo non basta a mutare il risultato del giudizio di meritevolezza e a rendere valida la convenzione i cui effetti sono riprovati dall'ordinamento[562].

Per ricavare un ultimo corollario, occorre precisare che le conseguenze determinate dalle convenzioni vietate sono diverse seconda che esse siano coeve o successive all'obbligazione. Nel primo caso l'invalidità, proprio come prevede la disciplina della condizione meramente potestativa, si estende all'intero negozio. Nel secondo, l'invalidità rimane allora circoscritta alla seconda convenzione, senza coinvolgere quella precedente.

30. Convenzioni riduttive e obbligazioni naturali

La soluzione prospettata per il problema delle convenzioni che limitano la responsabilità nel senso della riduzione consente una distinzione importante per il discorso sul concordato preventivo. La riduzione di obbligazioni precedentemente integre genera rapporti solo apparentemente simili a quelli regolati dall'art. 2034 cod. civ.[563]. Si pensi al caso della frazione rimasta insoddisfatta per un accordo che limiti la responsabilità ad un valore di poco inferiore all'utilità attesa dal debitore; un simile accordo, valido e meritevole ai sensi degli artt. 2740, comma 2, e 1322, comma 2, cod. civ., lascerebbe esistente una frazione di debito sfornita di responsabilità.

---

[560] In questi termini, P. PERLINGIERI, *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur*., 2011, 1304; S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, cit., 1074, il quale svolge un percorso argomentativo che pare indirizzare proprio verso la ammissibilità di accordi sulla responsabilità patrimoniale. La connessione tra disciplina della responsabilità e principio di proporzionalità, da apprezzare soprattutto con riguardo all'art. 42 Cost. è messa in risalto da numerose pronunce, tra cui Cass. civ., Sez. I, 22 marzo 2010, n. 6904, in *Foro it*., 2010, I, 2742, con nota di M. Fabiani, *Eccessi di protezione degli interessi del fallito e mancata attenzione ai principî della riforma fallimentare*.

[561] Per L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 56, rispetto all'invalidità di limitazioni a carattere permanente "un discorso diverso va svolto nel concreto ove occorre valutare se il patto integri un negozio a titolo oneroso, sì da rinvenire nel conseguimento del diritto al corrispettivo la propria concreta giustificazione, ovvero implichi un atto di liberalità indiretta".

[562] Considerazioni simili formula G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 249.

[563] Diversamente Cass. civ., Sez. III, 25 ottobre 1974, n. 3120, cit., secondo cui la relazione successiva al concordato fallimentare "non è regolata dalle norme relative alle obbligazioni in senso proprio (artt. 1173 e segg. codice civile) bensì - esclusivamente - dall'art. 2034 del codice civile".

Tuttavia, simili rapporti risultano estranei all'art. 2034 cod. civ., non essendo riconducibili né a quelli naturali né tra quelli ridotti dalla legge, insieme ai quali pure appartengono al più ampio *genus* dei rapporti inesigibili[564].

Le obbligazioni civili ridotte hanno una fonte complessa: uno dei fatti costitutivi *ex* art. 1173 cod. civ. ed il fatto riduttivo; quelle naturali un fatto semplice, costitutivo di un dovere solo morale o sociale. Le une esprimono la riduzione di un precedente rapporto. Le altre, il parziale riconoscimento di rapporti sorti in un altro sistema[565]. Nelle prime possono individuarsi la fase dell'esigibilità, seguita da quella dell'inesigibilità. Nelle altre vi è una inesigibilità originaria e permanente[566].

La qualifica di "obbligazioni naturali" va riservata ai doveri solo morali o sociali, risultando estranei i rapporti costituiti da una fonte di obbligazioni (civili) successivamente ridotti[567].

La prima considerazione può allora essere che il novero di quelle naturali non esaurisce le obbligazioni inesigibili. Una conferma si trova nell'art. 2034, comma 2, cod. civ., che dopo aver richiamato nel comma precedente i doveri morali e sociali (autentiche obbligazioni naturali) stabilisce che anche "ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato" non produce che l'irripetibilità della prestazione eseguita. Il codice del '42 disciplina in un'unica disposizione i rapporti inesigibili per legge, sia quelli che originano dal sistema morale e sociale e godono di una limitata rilevanza giuridica (come il debito derivante dalla scommessa perduta), sia quelli che essendo originariamente esigibili sono privati della responsabilità dalla legge (come il debito prescritto).

Si danno allora rapporti che rilevano nel sistema morale e sono limitatamente riconosciuti dal diritto ed altri che originano nel sistema giuridico ma sono ridotti dalla legge alla disciplina prevista per quelli naturali[568].

I rapporti convenzionalmente ridotti non rientrano in nessuna delle due categorie[569]. Per essi perciò non vale l'esclusione di conseguenze giuridiche ulteriori rispetto all'irripetibilità della

---

[564] In senso analogo parrebbe l'opinione di P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., 364.

[565] Sui rapporti tra diversi ordinamenti rispetto alle obbligazioni naturali si sofferma soprattutto F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 145 ss..

[566] La distinzione riprende quella richiamata da V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 99 e 134-135, tra "obbligazioni naturali sin dapprincipio" ed "obbligazioni civili che diventano naturali *sublata actione*".

[567] Sembra l'opinione di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, vol. I, pt. 1, cit., 121-122; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 206 ss. e 363. Paiono di altro avviso C. AUBRY-C.F. RAU, *Cours de droit civil francais par C.S. Zachariae*, t. 1, Bruxelles, 1842, 296, per i quali "les obligations purement naturelles peuvent être, ou simplement dépourvues de la sanction du droit positif, ou frappées de réprobation par ce droit".

[568] Distingue tra fattispecie "elevate" ed invece "ridotte" ad obbligazioni naturali G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 361-362. Nella Relazione al codice civile, n. 557, si legge che "non è compito del legislatore stabilire se queste due categorie di doveri non coercibili abbiano lo stesso contenuto etico o si differenziano tra loro; il codice le ha raggruppate sotto l'unica denominazione di obbligazioni naturali esclusivamente perché ha dato ad entrambe un unico regolamento".

[569] In questa direzione sembra orientarsi P.F. CENSONI, *Omologazione del concordato preventivo ed accertamento dei crediti concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 272, quando proprio considerando gli effetti del concordato afferma che "l'incoercibilità, più che dalla natura morale o sociale del dovere, dipende da una *limitazione della responsabilità patrimoniale* del debitore". Tuttavia, l'Autore, pur distinguendo quella successiva al concordato dalle obbligazioni naturali, non afferma la distinzione con quelle ridotte direttamente dalla legge.

prestazione, la quale è circoscritta dal testo dell'art. 2034, comma 2, cod. civ. ai rapporti naturali e a quelli ridotti dalla legge. I casi in cui sono le parti a depotenziare un rapporto che per la legge sarebbe pienamente rilevante non rifluiscono nella disciplina dell'art. 2034 cod. civ. e sono estranei alla *ratio* del secondo comma, con il quale si intende evitare che i privati possano rendere suscettibile di pretesa una prestazione che la legge vuole inesigibile[570]. Corollario di questa premessa è che mentre le obbligazioni civili possono essere private della responsabilità e, successivamente, rese di nuovo esigibili, quelle naturali o ridotte dalla legge non possono convertire il proprio statuto in quello della piena esigibilità.

Per queste stesse ragioni, sembra da escludere l'applicazione della norma eccezionale posta dall'art. 2034, comma 1, cod. civ., ai sensi della quale non si ha *soluti retentio* per il pagamento dell'incapace; applicabile risulta invece la regola generale dell'art. 1191 cod. civ. e quindi il pagamento non può essere impugnato[571].

31. Limitazioni negoziali della responsabilità e pari trattamento dei creditori

Già dai primi paragrafi si è cercato di mettere in risalto il nesso che unisce l'oggetto della garanzia patrimoniale alla regola che prescrive l'uguaglianza tra i creditori. La posizione paritaria è logica conseguenza dell'unicità del patrimonio che garantisce i rapporti di uno stesso debitore.

Naturale, allora, che il patto con cui si sottrae parte del patrimonio alla garanzia generica di qualche creditore favorisca quelli dello stesso grado o di un grado inferiore: pur rimanendo invariato il rapporto tra attività e passività del comune debitore, l'esclusione di una frazione del patrimonio dalla responsabilità solo per alcuni costituisce su quegli stessi beni una posizione esclusiva degli altri creditori. Gli accordi sulla responsabilità determinano allora conseguenze sulla *par condicio*.

Sembra però vero che anche i patti diretti a modificare la parità dei creditori si traducono in limitazioni della responsabilità. La conferma si ricava dai c.d. patti di postergazione (o subordinazione)[572]. Nella letteratura anglosassone si legge che "the basic concept of a subordination agreement is simple: It is the subordination of the right to receive payment of certain indebtedness (the subordinated debt) to the prior payment of certain other indebtedness (the senior debt) of the same debtor"[573]. Attraverso simili convenzioni debitore e creditore concordano[574] che il soddisfacimento di questo sarà appunto subordinato a quello

[570] Per G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 366-367, sarebbero da tenere distinti i rapporti rilevanti per la sola morale da quelli che, rilevanti per il sistema giuridico, sono da questo spogliati della pretesa; solo per i secondi e non per i primi varrebbe la limitazione degli effetti alla *soluti retentio*, mentre per i primi potrebbe anche darsi la costituzione di una obbligazione civile in adempimento di quella morale.

[571] Parimenti da escludere appare la necessità - comunemente affermata in dottrina - di indagare la proporzionalità del pagamento eseguito per escludere lo spirito di liberalità. Tale necessità, riconosciuta per i doveri morali, non si pone per quelli che divengono inesigibili per un fatto modificativo.

[572] Per l'esame di queste convenzioni L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 88, si affida *in primis* al dato linguistico: "con il termine postergazione si indica l'atto del *posporre* o *subordinare* la pretesa satisfattiva di uno o più creditori a quella di uno o più altri creditori dello stesso debitore" (corsivi dell'Autore).

[573] Così D.M. CALLIGAR, *Subordination agreements*, in *Yale Law Journal*, 70, 1961, 376.

[574] Non può peraltro essere esclusa la partecipazione all'accordo anche del creditore-beneficiario. Su simili patti si soffermano G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 130; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, 9, il quale aggiunge l'ipotesi di una dichiarazione unilaterale con cui un creditore subordini a quello altrui il proprio diritto.

di altri creditori[575] (tutti o soltanto alcuni[576]), i quali altrimenti concorrerebbero alla pari o addirittura non potrebbero concorrere affatto perché di grado inferiore. Almeno nel caso della postergazione assoluta (verso tutti i creditori) la condizione del finanziatore risulta prossima in senso materiale a quella di chi sottoscrive capitale in una società: sebbene prima dei soci, egli può essere soddisfatto solo se il patrimonio in garanzia risulta sufficiente al completo soddisfacimento di tutti gli altri creditori[577], o comunque solo dopo l'estinzione dei loro diritti[578].

Patti di questo genere possono essere concepiti secondo diverse forme[579]. Come già riferito, la postergazione può essere stabilita per alcuni o tutti i rapporti del debitore[580]; allo stesso

---

Su un piano diverso, poiché non vincolano il debitore, si collocano gli accordi tra creditori. Tra questi si possono ricordare i patti - richiamati da S. BONFATTI, *La prededuzione dei crediti verso l'impresa in crisi tra natura della procedura e "consecutio" di procedimenti*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 22 - mediante i quali banca finanziatrice e soci della società finanziata concordano la postergazione dei secondi alla prima.

[575] Con riguardo a questi creditori, parlano di "beneficiari" S. VANONI, *I crediti subordinati*, Torino, 2000, 13, che li considera quali destinatari di una attribuzione patrimoniale dal creditore subordinato; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 106, precisando però che non sarebbe corretto riferirsi alla disciplina del contratto in favore di terzo (108 ss.). Escludono che possa parlarsi di contratto a favore di terzo anche G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, cit., 143; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 34-35, preferendo parlare di contratto a vantaggio di terzi; G.B. PORTALE, *La ricapitalizzazione delle aziende di credito (problemi e ipotesi)*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, G.B. Portale (a cura di), Milano, 1983, 30, che fa invece riferimento al contratto con efficacia di protezione per il terzo.

[576] Nel primo caso (postergazione verso tutti) si parla di postergazione assoluta (o generale); nel secondo, di postergazione specifica; per questa distinzione, G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, cit., 130; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 10 ss.; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 107, G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 269. A queste categorie S. VANONI, *I crediti subordinati*, cit., 15-16, aggiunge la postergazione relativa, sottoclasse di quella specifica nella quale i creditori preferiti sono individuati dal riferimento a una particolare categoria.

[577] Per G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, cit., 124, il finanziatore "accetta [...] di collocarsi in posizione intermedia fra gli altri creditori e coloro che hanno conferito capitale di rischio ai fini della ripartizione dell'attivo patrimoniale in caso di liquidazione volontaria o concorsuale dell'impresa finanziata e, quindi, sostanzialmente accetta di rimanere insoddisfatto qualora la situazione patrimoniale non consenta l'integrale pagamento degli altri debiti"; secondo A. MAFFEI ALBERTI, *Nuovi strumenti di finanziamento e liquidazione coatta amministrativa*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, G.B. Portale (a cura di), Milano, 1983, 484, nel caso di debitore in crisi i postergati si trovano in una condizione "assai più vicina, sul piano degli effetti concreti, alla posizione dei soggetti che partecipano al capitale di rischio di quanto non lo sia alla posizione degli altri creditori". Proprio per queste ragioni G.E. COLOMBO, *Associazione in partecipazione, prestiti subordinati ed iscrizione in bilancio*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, G.B. Portale (a cura di), Milano, 1983, 427-428, suggerisce di iscrivere questi debiti "in posizione di confine tra il netto patrimoniale e il passivo" nel bilancio del debitore. Sempre per le medesime motivazioni, G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, cit., 111-112, nota che gli accordi di postergazione possono risultare particolarmente utili per l'impresa in crisi che abbia bisogno di finanziarsi: almeno nel caso della postergazione assoluta, pur lasciando invariati i saldi di bilancio (differenze tra attività e passività), si facilita l'acquisizione di altre risorse sul mercato, escludendo la concorrenza tra il finanziatore postergato e quelli nuovi. Di tutte queste considerazioni pare tener conto l'orientamento giurisprudenziale - per il quale si può richiamare Trib. Firenze, 26 aprile 2010, in *Fall.*, 2010, 1427, con nota di G.P. Macagno, *Creditori postergati* ex *art. 2467 c.c.: formazione delle classi e diritto di voto nel concordato preventivo* - che assimila la disciplina del debito subordinato al capitale di rischio, escludendo su tale base il voto del creditore nel concordato.

[578] Condivisibilmente D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 3, osserva che nella postergazione viene in rilievo non tanto il soddisfacimento, quanto in termini più generali l'estinzione del rapporto preferito. Sembra perciò di poter dire che la persistenza del rapporto preferito funge da condizione negativa per il soddisfacimento del postergato.

[579] A. ROJO, *Prologo a D. Vattermoli, Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, xiii, parla di "polimorfismo del fenomeno postergativo".

modo, può essere vincolata al verificarsi di un certo evento (frequentemente la liquidazione del patrimonio in garanzia) oppure senza condizioni[581]; può poi coinvolgere l'intero rapporto o solo una sua parte[582]; essere concordata alla nascita del credito o in un momento successivo[583]; assumere efficacia temporanea o permanente[584]; essere prevista di un accordo scritto o concluso in altra forma[585].

In questa sede il profilo di maggior interesse investe la struttura della postergazione rispetto ai rapporti obbligatori. L'esame di questo profilo conduce a rilevare proprio una limitazione - a seconda dei casi legale oppure convenzionale - della garanzia patrimoniale.

L'affermazione da svolgere in linea preliminare è che non sembra corretta la frequente assimilazione tra le figure, apparentemente prossime, della condizione sospensiva e della postergazione[586]. La prima riguarda l'esistenza e l'efficacia stessa del credito; la seconda unicamente la possibilità di conseguire il soddisfacimento atteso[587]. La conferma si ricava proprio sul piano concorsuale: i primi crediti, ma non i secondi, devono essere ammessi al fallimento con riserva[588].

La possibilità di soddisfacimento a cui si è appena fatto riferimento può essere spiegata come una vicenda della responsabilità patrimoniale, per effetto della quale il debitore deve senz'altro la prestazione, ma la garanzia del creditore postergato è limitata alla frazione del patrimonio che supera quanto necessario ad assicurare le ragioni degli altri. Si realizza una limitazione diretta della responsabilità, che anziché universale viene ad essere per questo creditore aritmeticamente determinata[589]: il titolare del credito postergato è titolare della garanzia generica solo sulla frazione del patrimonio che supera il valore degli altri debiti[590].

---

[580] Può soltanto aggiungersi la possibilità - richiamata da D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 11 - che nel caso della postergazione relativa l'accordo individui i rapporti preferiti secondo un criterio oggettivo o invece soggettivo.

[581] Così G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, cit., 130; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 12 ss., il quale distingue tra subordinazione concorsuale ed extraconcorsuale. Per l'analoga distinzione nella letteratura anglosassone (tra "inchoate" o "complete subordination agreements"), D.M. CALLIGAR, *Subordination agreements*, cit., 377-378; P. WOOD, *Law and practice of international finance*, London, 1980, 403.

[582] Così D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 8, il quale accenna alla possibilità di rendere postergata la sola quota capitale (subordinazione parziale) o invece anche gli interessi (subordinazione totale); allo stesso modo, la postergazione potrebbe seguire regole diverse per diverse frazioni del rapporto.

[583] Per questa distinzione, G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, cit., 130; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 8.

[584] D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 8.

[585] D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 9.

[586] Tale assimilazione si trova invece in M. MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm*., 2010, I, 817; G.B. PORTALE, *«Prestiti subordinati» e «prestiti irredimibili» (appunti)*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1996, I, 4, il quale parla di una "condizione sospensiva incidente sull'obbligo di restituzione della somma"; S. VANONI, *I crediti subordinati*, cit., 58 ss.

[587] D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 28 ss.; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2017, 152.

[588] Così D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 386; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., 152.

[589] Servendosi dell'espressione "responsabilità aritmeticamente determinata", C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, cit., 361, si riferisce a quella che coinvolge l'intero patrimonio, ma solo entro una certa misura; ossia, nel caso degli accordi di postergazione, la differenza tra valore del patrimonio ed ammontare dei debiti antergati.

[590] Assumendo questa prospettiva, sembra di poter arrivare a dire che per il nesso inscindibile tra universalità della garanzia e concorso dei creditori una limitazione della responsabilità sia anzitutto conseguenza nelle norme che stabiliscono titoli di prelazione per alcuni creditori rispetto agli altri, i quali potranno contare su una

Può dirsi allora che "la postergazione importa la subordinazione del soddisfacimento dei crediti postergati all'esistenza di un residuo dopo il pagamento degli altri crediti"[591]. Da queste affermazioni si ricava quella secondo cui è appunto "sul piano della garanzia patrimoniale, e solo conseguentemente su quello della responsabilità, che il meccanismo della postergazione legale sembra dispiegare la propria operatività"[592]. La conferma si trova ancora nel contesto concorsuale, ove si rileva che il carattere subordinato "non rileva sul piano della partecipazione al concorso [...], bensì sul diverso piano della *collocazione sul ricavato*"[593].

Con le convenzioni di postergazione si consegue in via diretta una limitazione della responsabilità, alla quale indirettamente corrisponde l'ampliamento della garanzia per gli altri creditori[594]. Gli accordi di subordinazione del credito si risolvono perciò in una modalità delle limitazioni convenzionali della responsabilità[595], la cui peculiarità consiste in una formulazione in un certo senso invertita: anziché indicare nel testo una deroga all'universalità e, come conseguenza, alla parità, si deroga alla seconda e, di riflesso, anche alla prima.

L'ammissibilità di simili negozi atipici[596], che sembrerebbe perciò da escludere muovendo dalla lettura tradizionale dell'art. 2740, comma 2, cod. civ., è invece risolta in senso favorevole dalla dottrina[597]. La meritevolezza di questi accordi viene solitamente ricavata

---

garanzia ridotta della misura riservata a quelli poziori. Un cenno in tal senso è presente in L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 29.

[591] F. FERRARA JR.-A. BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., 198. Per M. FABIANI, *Postergazione, circolazione del credito e diritto di voto*, in *Fall.*, 2012, 681, "la postergazione volontaria non si risolve [...] in una abdicazione del credito ma semplicemente, pur con varie sfumature, in una spontanea rinuncia al concorso sostanziale sul patrimonio del debitore, nel senso che il creditore che dichiara di volersi postergare, accetta di essere sopravanzato da tutti gli altri creditori di pari rango, sino a che questi non vengano [...] soddisfatti".

[592] G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm*., 2004, I, 981.

[593] S. BONFATTI, *Strumenti «ibridi» di patrimonializzazione, prestiti subordinati e crisi dell'impresa bancaria*, in *L'innovazione finanziaria*, Aa. Vv., Milano, 2003, 341 (corsivo dell'Autore). Diversamente sembrerebbero orientarsi L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, in *Fall*., 2009, 808; App. Venezia, 23 febbraio 2012, in *Fall.*, 2012, 673, con nota (dissenziente al riguardo) di M. Fabiani, *Postergazione, circolazione del credito e diritto di voto*, nell'affermare l'estraneità al concorso dei postergati.

[594] Rileva G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, cit., 981, che la postergazione configura un meccanismo "volto ad *ampliare*, e dunque ad *integrare*, innanzitutto la *garanzia* (e solo conseguentemente la responsabilità) *patrimoniale*, ma prima ancora a *graduarla*" (corsivi dell'Autore).

[595] Così R. COSTI, *La riforma delle Casse di Risparmio: problemi giuridici*, in *Giur. comm*., 1982, I, 464, per il quale con gli accordi di postergazione "non si crea una causa di prelazione, ma si stabilisce una limitazione della responsabilità dell'emittente, escludendo la possibilità per il creditore subordinato di agire sui beni del debitore fino a che non siano stati soddisfatti tutti gli altri crediti"; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 268. *Contra*, D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 36-37, il quale sembra però escludere una limitazione vietata della responsabilità per la mancata imposizione di un vincolo di destinazione, in linea - quindi - con le conclusioni raggiunte nel testo sulla interpretazione dell'art. 2740, comma 2, cod. civ..

[596] Tra le disposizioni che tipizzano accordi di postergazione si possono richiamare l'art. 2411, comma 1, cod. civ., sulle obbligazioni subordinate di società per azioni; l'art. 32, commi 19 ss., d.l. 22 giugno 2012, n. 83, sulle obbligazioni e dei titoli similari di società non emittenti strumenti finanziari rappresentativi del capitale quotati in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione, diverse dalle banche e dalle micro-imprese; l'art. 12, comma 7, T.U.B., sulle obbligazioni subordinate delle banche; l'art. 1205 cod. civ., nell'ammettere deroghe al concorso proporzionale verso il debitore di creditore e terzo surrogato. Tra le disposizioni che semplicemente si riferiscono agli accordi di postergazione va richiamato anche l'art. 2427, comma 1, n. 19 *bis*), cod. civ., il quale impone di indicare nella nota integrativa al bilancio "i finanziamenti effettuati dai soci alla società, ripartiti per scadenze e con la separata indicazione di quelli con clausola di postergazione rispetto agli altri creditori".

[597] Così S. VANONI, *I crediti subordinati*, cit., 17 ss.; A. TULLIO, *La postergazione*, Padova, 2009, 237 ss.; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 249-250; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*,

dall'ammissibilità delle convenzioni sul grado ipotecario (art. 2843 cod. civ.)[598], dalla tendenza a svalutare il ruolo della *par condicio creditorum*[599], dalla possibilità di rimettere il debito (rispetto alla quale la subordinazione sarebbe un *minus*)[600] o da quella dei patti con cui si stabilisce un ordine dei beni aggredibili (rispetto alla quale la subordinazione sarebbe la formula corrispettiva sul piano soggettivo)[601] e dall'equilibrio solitamente raggiungibile mercé la complessiva operazione economica[602], dato che lo svantaggio per il postergato è sovente giustificato da vantaggi di carattere economico[603].

Giustificazioni, queste appena indicate, alle quali se ne può aggiungere una ricavata dalle pagine che precedono, la quale induce in altro modo ad affermare la coerenza tra subordinazione volontaria e regole sulla responsabilità patrimoniale. Si può infatti osservare che gli accordi di postergazione, pur potendo compromettere il soddisfacimento del credito, assumono quale condizione per la limitazione della responsabilità tra le parti il dato oggettivo della capacità del patrimonio di soddisfare gli altri creditori. Possono perciò applicarsi a simili accordi sia la conclusione che ammette convenzioni tra le parti volte a disciplinare la garanzia patrimoniale che quella secondo cui simili negozi sono meritevoli ed ammissibili se come - nel caso di specie - non devolvono il soddisfacimento del creditore a una libera scelta del debitore.

32. Le limitazioni negoziali della responsabilità che modificano la struttura del patrimonio

Nelle pagine che precedono si è indagata l'ammissibilità di accordi sulla responsabilità patrimoniale. La conclusione ha riferito il divieto contenuto dal secondo comma dell'art. 2740 cod. civ. non ai patti con cui i privati regolano lo statuto del rapporto obbligatorio, ma agli atti di autonomia che disgregano il patrimonio in più masse. Mentre nel primo caso si determina l'immediata modificazione del rapporto, nel secondo rimane intatta l'obbligazione, ma muta il riferimento oggettivo per la responsabilità patrimoniale, ossia l'insieme dei beni in garanzia. Dall'art. 2740, comma 2, cod. civ. dipende allora la tipicità dagli atti capaci di produrre l'effetto segregativo. Mentre la regola generale consente negozi atipici, purché volti a realizzare interesse meritevoli di tutela; in tema di segregazione patrimoniale le possibilità lasciate all'autonomia privata si riducono alla scelta tra uno dei modelli stabiliti dal legislatore.

---

cit., 104 ss.; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 265 ss.. In senso contrario parrebbe L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 133-134, muovendo dall'idea che gli accordi di postergazione costituirebbero un antiprivilegio per il creditore contraente il quale sarebbe in urto contro l'art. 2741, comma 2, cod. civ..

[598] G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 250. Si sofferma invece sulla distinzione tra gli accordi sul grado ipotecario e quelli atipici di postergazione L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 100 ss..

[599] L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 105.

[600] G.B. PORTALE, *La ricapitalizzazione delle aziende di credito (problemi e ipotesi)*, cit., 28.

[601] L. DESIDERIO-P. ZAMBONI, *Brevi note sui prestiti subordinati*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, G.B. Portale (a cura di), Milano, 1983, 569-570.

[602] G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 250.

[603] In una prospettiva economica D. KRAVITZ, *The Outer Fringers of Chapter 11: Nonconsenting Senior Lenders' Rights Under Subordination Agreements in Bankruptcy*, in 91 *Michigan Law Review*, 1992, 286, osserva che "the subordination explains the high yeld: investors who purchase junk bonds take a substantial risk that in the event of insolvency their obligations will not be paid, so they receive a risk premium in the form of high interest rates".

È però troppo diffusa la considerazione sulla sempre maggior facilità con cui la legge consente la creazione di patrimoni separati per poter prescindere da un esame più approfondito sul senso attuale della regola di tipicità. Come già osservato, taluno ipotizza addirittura l'abrogazione dell'art. 2740, comma 2, cod. civ. (par. 7). Bisogna allora cercare di stabilire: se e in che termini sia ancora attuale la tipicità in materia di separazione patrimoniale; come si possano conciliare tale separazione e la protezione del credito solitamente associata all'art. 240, comma 2, cod. civ.. Una simile indagine non richiede l'esame di tutti gli atti di destinazione ammessi, potendosi limitare a quelli che prevedono minori vincoli, ossia quelli preordinati a finalità indicate in maniera più generica: gli atti di destinazione *ex* art. 2645 *ter* cod. civ.; i patrimoni destinati disciplinati negli artt. 2447 *bis* ss. cod. civ.; i *trust* riconosciuti dall'Italia per effetto della convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata con la l. 16 ottobre 1989, n. 364.

Il discorso può prendere le mosse dall'art. 2645 *ter* cod. civ.. Il quale consente ai privati di assoggettare certi beni ad un vincolo di destinazione[604], purché per la "realizzazione di interessi meritevoli di tutela [...] ai sensi dell'art. 1322, secondo comma". Proprio il profilo funzionale, il tema della causa, costituisce il problema principale del nuovo istituto. Stanno sul campo numerosi orientamenti, che in questa sede può essere sufficiente dividere in due gruppi: da una parte, quelli secondo i quali sarebbe ormai riconosciuta l'atipicità degli atti di destinazione, ammessi purché rivolti al perseguimento di finalità lecite[605]; dall'altro, quelli

[604] La dottrina è divisa sulla natura dell'atto con riguardo all'efficacia. Energicamente C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 165 ss., sostiene che l'atto di destinazione disciplinato dal codice non può avere efficacia (anche) traslativa, negando perciò che la destinazione di cui tratta l'art. 2645 *ter* cod. civ. possa essere assimilata all'istituto del *trust*, per aversi il quale è invece necessario il trasferimento del bene. Di contrario avviso S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 194; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ*., cit., 101 e 109; R. QUADRI, *L'attribuzione in funzione di destinazione*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008, 316-317. Per M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 209, tale atto di destinazione "di regola non è attributivo".
Problemi non meno seri riguardano la natura dell'atto rispetto agli autori. Per un primo orientamento, sarebbe sempre necessario un contratto; per un secondo, potrebbe bastare anche un atto unilaterale. Nella prima direzione F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645* ter *c.c.*, cit., 173; nella seconda, A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645*-ter *c.c.*, cit., 4-5; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ*., 2007, 334; M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645*-ter *c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, cit. II, 189-190; M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, cit., 59-60; C. PRIORE, *Strutturazione e stesura dell'atto negoziale di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 92.
[605] Per questa soluzione, A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c*., cit., 12 ss.; A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, cit., 66 ss.; G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, cit., 77; G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei* terzi, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008, 289 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 179 ss.; G. VETTORI, *Atti di destinazione e trust*, cit., 6 ss.; G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645*-ter, cit., 177-178; D. MURITANO, *Negozio di destinazione e trust interno*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008, 281; R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645* ter*: considerazioni sulla fattispecie*, cit., 53 ss.; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 230-231; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 226.
È bene accennare, ad ulteriore riprova della fungibilità tra segregazione patrimoniale e conferimento ad un nuovo soggetto giuridico, che a seguire le affermazioni che risolvono il controllo di meritevolezza in quello sulla non illiceità dello scopo, si porrebbe per la destinazione la stessa regola che è indicata dall'art. 1, comma 3, d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361, il quale stabilisce che oggi ai fini del riconoscimento delle persone giuridiche è necessario, quanto allo scopo, che esso "sia possibile e lecito".

secondo cui ad essere ammessi sarebbero solamente gli atti che perseguono certe finalità, a condizioni che non si esauriscono nella non illiceità della causa[606].

In entrambi i casi, sembra da escludere l'abrogazione della regola di tipicità[607], pur sostenuta invece da una nutrita schiera di autori[608]. Aderendo al secondo orientamento, perché il divieto stabilito dall'art. 2740, comma 2, cod. civ. potrebbe essere superato solo in particolari circostanze e in presenza di requisiti ulteriori rispetto a quello della meritevolezza preteso dall'art. 1322, comma 2, cod. civ.. Aderendo al primo, perché anche ad ammettere la libertà di destinazione per qualsiasi finalità non illecita, la scomposizione in masse può comunque rivolgersi solo in una direzione[609]: i beni destinati sono a garanzia dei soli creditori titolati,

---

[606] Così G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione* ex *art. 2645* ter *c.c.*, in *Foro. nap.*, 2014, 62 ss., per il quale "la *meritevolezza* dell'art. 2645-ter c.c. si risolve sia in un controllo di *proporzionalità* e di adeguatezza tra *mezzi adoperati* (bene destinato), *scopo perseguito* e *patrimonio residuo* del destinante, sia, soprattutto in presenza di un *atto di destinazione non traslativo*, in una *valutazione comparativa* tra interessi in concorso (beneficiario e terzo creditore)" (76 - corsivi dell'Autore); A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 6 ss., pur con affermazioni che tendono ad uniformare la meritevolezza *ex* artt. 1322 e 2645 *ter* cod. civ.; A. DE DONATO, *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 42; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., 118; P. SPADA, *Conclusioni*, cit., 203, il quale circoscrive il campo agli interessi della "*autonomia privata della solidarietà*", escludendo quella "*dell'opportunità*" (corsivi dell'Autore); G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 103 ss., secondo il quale "si dovrebbe ritenere necessario che l'interesse realizzato dal disponente non sia semplicemente metaindividuale ma sia di carattere superindividualistico, cioè tale da proiettare le sue esternalità positive sulla collettività dei consociati" (111); M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 216; M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 32; M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, cit., 66 ss.; G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, cit., 541 ss., il quale reputa necessario che si tratti di interessi pubblici di solidarietà sociale (545); F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter c.c., cit., 169 ss.; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., 327 ss., il quale sostiene l'illegittimità costituzionale della diversa soluzione; A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, cit., 456 ss.; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 100 ss.; S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 280 ss.; S. MEUCCI, *La destinazione tra atto e rimedi*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008, 229 ss.; M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c.*, cit., 1155.

[607] Così G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, cit., 533. Per la stessa soluzione sembra propendere G. OPPO, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 15.

[608] Secondo la ricostruzione di F. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645* ter *c.c.*, in *Vita not.*, 2006, 990, invece, "il sistema introdotto dall'art. 2645 *ter* c.c. [...] fa ritenere che sia stata definitivamente aperta la porta del nostro ordinamento ai più disparati vincoli di destinazione creati dall'autonomia privata, senza pretendere che gli interessi sottesi siano già selezionati come meritevoli di riconoscimento attraverso una norma positiva ovvero attraverso un predeterminato criterio di selezione degli stessi. Si può pertanto affermare che la riserva di legge prevista dal secondo comma dell'art. 2740 c.c., peraltro già ampiamente derogata da innumerevoli leggi speciali, è stata definitivamente svuotata di significato dall'art. 2645 *ter* c.c. che, con il riconoscimento del vincolo di destinazione, ha provocato un effetto sterilizzante del generale principio di responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 c.c.". In prospettiva analoga Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trusts*, 2007, 425, secondo cui con l'art. 2645 *ter* cod. civ., "la riserva di legge prevista dal comma 2° dell'art. 2740 c.c. (già derogata da innumerevoli normative speciali) [è] stata definitivamente svuotata di significato". Senza rievocare espressamente la conseguenza dell'abrogazione, F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter *c.c.*, cit., 165, nota come l'introduzione dell'art. 2645 *ter* nel testo del codice civile rischi di determinare "la completa vanificazione della riserva di legge posta a tutela dei creditori dall'art. 2740, comma 2, c.c.".

[609] Così G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (Art. 2645* ter *c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 4; G. OPPO, *Riflessioni preliminari*, cit., 15; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter c.c., cit., 180 ss.; M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c.*, cit., 1158-

ma questi possono agire anche sulla massa "non destinata"[610]. Si può allora concludere che il divieto di limitazioni negoziali efficaci *erga omnes* resta fermo almeno nell'altra direzione, nel senso che per le obbligazioni contratte per perseguire lo scopo di destinazione risponde anche il patrimonio generale del debitore.

Passando al profilo della tutela per i creditori, occorre notare che per effetto della destinazione i creditori subiscono la diminuzione del patrimonio garante. Tale diminuzione non risulta però di per sé pregiudizievole, e perciò non viene impedita; lo è soltanto se il valore dei beni segregati - e dunque sottratti alla garanzia per obbligazioni estranee alla destinazione impressa - è tale da ridurla a un valore inferiore a quello necessario a soddisfare i creditori. In questi casi i creditori possono conseguire l'inefficacia dell'atto mediante l'azione revocatoria[611] e, in seguito all'introduzione nel codice civile dell'art. 2929 *bis*[612], perfino promuovere l'azione esecutiva indipendentemente dall'inefficacia nei suoi confronti dell'atto[613]. Sembra essere allora non la limitazione imposta all'autonomia negoziale[614], ma

---

1159; G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645* ter *cod. civ*., in *Nuova giur. civ. comm*., 2007, II, 407; P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. imp*., 2006, 629 G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 200; G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645*-ter *c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, cit., 186; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 102. In senso in parte difforme P. SPADA, *Conclusioni*, cit., 206.

[610] La destinazione patrimoniale, anche nella forma unidirezionale, conferma lo stretto legame tra universalità della garanzia e *par condicio creditorum*. Nelle conseguenze, infatti, essa risulta molto simile alla separazione dei beni del defunto che può essere richiesta dai creditori del *de cuius* e dai legatari. Separazione con la quale si crea una causa di prelazione sul patrimonio del *de cuius* per i suoi creditori, e che solo in via riflessa sull'oggetto della responsabilità. Per il nesso tra deroghe alla *par condicio* e all'universalità della responsabilità; par. 31.
Sulla distinzione tra separazione patrimoniale unilaterale e bilaterale, A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, 19; M. BIANCA, *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003, 182 ss.; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, 565 ss., il quale formula la distinzione nei termini di patrimonio separato (limitazione unidirezionale) ovvero segregato (limitazione bidirezionale della responsabilità).

[611] La possibilità di far revocare gli atti di destinazione *ex* art. 2645 *ter* cod. civ. è pressoché pacifica. La riconoscono espressamente, tra gli altri, G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, cit., 535; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter *c.c*., cit., 184; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 234. Per la soluzione opposta, A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. imp*., 2009, 466-467.

[612] La disposizione, introdotta dall'art. 12, comma 1, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, stabilisce al primo comma che "il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto. La disposizione di cui al presente comma si applica anche al creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa".

[613] G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 212, coglie un preciso disegno nell'incremento degli atti di destinazione ammessi e l'introduzione della nuova forma di tutela *ex* art. 2929 *bis* cod. civ.: "il nuovo statuto della responsabilità patrimoniale si fonda, dunque, sul binomio «specializzazione della garanzia - rafforzamento dell'apparato rimediale volto a impedire l'utilizzo in danno ai creditori della separazione del patrimonio»".

[614] Per P. MANES, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, cit., 168, l'interesse dei creditori è "nel nostro sistema tutelato dall'azione revocatoria e non da limiti posti all'autonomia privata". In direzione analoga G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, cit., 153; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ*., cit., 105; S. MEUCCI, *La destinazione tra atto e rimedi*, cit., 263, per la quale "l'esigenza di protezione del credito abbandona la tecnica del divieto di risultato per intervenire sull'aspetto pubblicitario e sull'opponibilità"; M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c*., cit., 1156-1157.

l'istituto della revocatoria, insieme con l'obbligo di conservazione del patrimonio che la giustifica, a svolgere la tutela del credito[615].

L'idea che precede - secondo cui la posizione dei creditori è tutelata non dal divieto di limitare la responsabilità tramite la segregazione, bensì da rimedi che consentono la contestazione dell'atto pregiudizievole - trova conferma nella disciplina societaria dei patrimoni destinati. Ai creditori pregiudicati dalla separazione patrimoniale[616] l'art. 2447 *quater* cod. civ. consente l'opposizione contro la delibera costitutiva entro sessanta giorni dall'iscrizione - quindi prima che la separazione patrimoniale divenga efficace[617] -, confermando pure l'indissolubile legame tra pubblicità ed effetto segregativo. Il rimedio non è la revocatoria[618] perché si intende evitare un periodo d'incertezza che sarebbe pregiudizievole per le esigenze del mercato[619], ma la tutela dei creditori passa comunque attraverso un onere di opporsi e non un divieto al debitore[620].

---

[615] L'azione revocatoria rappresenta lo strumento di tutela anche rispetto ai creditori di chi, a sua volta creditore, concluda un accordo di limitazione della responsabilità col suo debitore; questi creditori, se pregiudicati dalla convenzione, possono domandarne la dichiarazione d'inefficacia. Per ragioni analoghe, è da riconoscere la possibilità che i creditori del debitore, il quale sia parte di un simile accordo, possano surrogarsi nell'eccepire la limitazione della sua responsabilità patrimoniale. così, sia con riguardo alla revocatoria che alla surrogatoria, G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 194, e, con riguardo al *pactum de non petendo*, M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, cit., 313.

[616] Sui motivi che possono giustificare l'opposizione si sofferma D. SANTOSUOSSO, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. comm*., 2005, I, 368.

[617] Che l'opposizione regolata dall'art. 2447 *quater* cod. civ. sia un rimedio preventivo e non successivo è giustamente affermato da S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 437; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 192.

[618] Per la preclusione della revocatoria in mancanza di opposizione contro la deliberazione costitutiva del patrimonio separato, A. LAUDONIO, *Patrimoni destinati e insolvenza: una prospettiva comparatistica*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2006, I, 290 ss.; R. PARTISANI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, in *Contr. imp*., 2006, 1586 ss.; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati a "specifici affari"*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. comm. (aggiornamento)*, vol. III, Torino, 2007, 624; S. LOCORATOLO, *Patrimoni destinati, insolvenza e azione revocatoria*, in *Dir. fall*., 2005, I, 117 ss.; I.L. NOCERA, *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, in *Soc*., 2009, 1094-1095. Per l'esperibilità della revocatoria a prescindere dal rimedio dell'opposizione, invece, S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 456; R. LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. not*., 2003, I, 564; M. LAMANDINI, *Patrimoni separati e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. proc*., 2005, 47; D. SANTOSUOSSO, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, cit., 370; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm*., 2004, I, 47. In posizione intermedia P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, 272 ss., la quale esclude la revocatoria ordinaria, ma non quella fallimentare. Con riguardo alla disciplina della legge fallimentare, bisogna prendere in considerazione l'art. 67 *bis*, il quale dispone oggi che "gli atti che incidono su un patrimonio destinato ad uno specifico affare previsto dall'articolo 2447 *bis*, primo comma, lettera *a*) del codice civile, sono revocabili quando pregiudicano il patrimonio della società. Il presupposto soggettivo dell'azione è costituito dalla conoscenza dello stato d'insolvenza della società". L'interpretazione prevalente è però orientata contro l'inclusione nel novero degli atti revocabili *ex* art. 67 *bis* l. fall. della delibera di costituzione; in tal senso, G. PELLEGRINO, *L'azione revocatoria relativa ai patrimoni destinati ad uno specifico affare: profili ricostruttivi*, in *Dir. fall*., 2013, I, 701-702.

[619] Per A. LAUDONIO, *Patrimoni destinati e insolvenza: una prospettiva comparatistica*, cit., 290, "ammettere la revocabilità dei patrimoni destinati potrebbe porre seriamente in crisi la saldezza della separazione patrimoniale nel tempo, condizione essenziale affinché essa possa spiegare al meglio i suoi effetti".

[620] L'art. 2447 *quater* cod. civ. non chiarisce se l'accoglimento dell'opposizione impedisca la separazione patrimoniale o determini l'inefficacia di tale separazione verso i creditori opponenti. Per la prima soluzione, R. PARTISANI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, cit., 1587; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati a "specifici affari"*, cit., 624. Per la seconda, M. RUBINO DE RITIS, *La costituzione dei patrimoni destinati*, in *Nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (a cura di), vol. II, Torino, 2006, 862.

Resta infine da richiamare la disciplina prevista in materia di *trust* dalla convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985. Il testo non introduce e disciplina nel diritto interno l'istituto del *trust*, ma prevede l'obbligo degli Stati di riconoscere quelli già disciplinati da altri ordinamenti, come si evince dall'art. 5[621]. Anche in questo caso, e ferma restando la possibilità di ricorrere alla disciplina di un ordinamento straniero, è possibile applicare quella italiana in materia di "protezione di creditori in casi di insolvibilità" (art. 15, comma 1, lett. *e*) della convenzione), in cui rientrano le regole sulla revocatoria[622]. Anche in questo caso la deroga all'universalità della responsabilità viene associata a un rimedio oppositivo nei confronti dell'atto che determina quella conseguenza.

33. Le limitazioni della responsabilità nel sistema costituzionale: i principi di proporzionalità e sussidiarietà

I paragrafi precedenti lasciano intravedere un nesso tra disciplina della responsabilità patrimoniale e attuazione dei principi costituzionali, in particolar modo quelli di proporzionalità e sussidiarietà.

Nel sistema attuale la segregazione del patrimonio contribuisce a realizzare il sistema della sussidiarietà orizzontale[623] secondo la prospettiva della proporzionalità. L'effetto di

---

[621] In questo senso, e quindi sia contro l'idea che la convenzione dell'Aja introduca il *trust* nell'ordinamento italiano che contro quella per cui basterebbe l'indicazione di una legge straniera a consentire il ricorso all'istituto, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 163 ss., il quale conclude che "l'ordinamento italiano *riconosce* ma non *conosce* il *trust*" (165 - corsivi dell'Autore); C. CASTRONOVO, Trust *e diritto civile italiano*, cit., 1223 ss.; C. CASTRONOVO, *Il* trust *e «sostiene Lupoi»*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, 450; G. BROGGINI, Trust *e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, 412 e 415, per il quale "una convenzione sulla legge applicabile non può modificare il diritto sostanziale italiano, non può introdurre un'altra ipotesi di patrimonio separato, in deroga all'art. 2740 codice civile" (415); P. RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul* trust, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, 461-462; A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, cit., 23; M. D'ERRICO, Trust *e destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo*. *Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003, 213; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter *c.c.*, cit., 165, il quale riconosce come "più che fondata" "la critica al *trust* interno"; G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, cit., 137-138; F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 88; Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 255; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 luglio 1999, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 51; Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 74; App. Napoli, 27 maggio 2004, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 570.
Per l'opinione ormai prevalente, secondo cui invece sarebbe ormai pienamente ammissibile il *trust* interno (avente come solo profilo d'internazionalità la legge regolatrice), M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui* trusts, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, 436 ss.; M. LUPOI, *Trusts*, cit., 533 ss.; S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, 597 ss.; N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *I trusts in Italia oggi*, I. Beneventi (a cura di), Milano, 1996, 76, il quale chiama in gioco il principio di uguaglianza e l'art. 3, Cost.; Trib. Milano, 27 dicembre 1996, in *Soc.* 1997, 585, con nota di R. Lener-G. Bisogni, *Omologa di prestito obbligazionario garantito da un trust*; Trib. Genova, 24 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 759, con nota di A. Moja, *Trusts "interni" e società di capitali: un primo caso*; Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 406; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 73; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, 83; Trib. Milano, 8 marzo 2005, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, 585,

[622] Così Trib. Firenze, 6 giugno 2002, in *Trusts*, 2004, 256, secondo cui "il *trust* non può sottrarsi alla legge italiana in materia di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore nei confronti dei suoi creditori; pertanto, qualora il debitore trasferisca la quasi totalità del proprio patrimonio in un *trust* a beneficio solo di alcuni creditori, privandosi in questo modo della garanzia patrimoniale che assiste tutti i creditori di uno stesso soggetto, può trovare applicazione l'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 c.c."; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 224-225.

[623] In questo senso sembrerebbe l'opinione di G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, cit., 541 ss..

segregazione costituisce non un fine in sé, ma un risultato intermedio, volto a consentire il conseguimento di quello finale che l'ordinamento tende a favorire[624].

Nelle pagine che precedono si sono trattate sempre insieme la destinazione dei beni e la segregazione del patrimonio: questa trova la propria ragione in quella, poiché è la destinazione a giustificare la separazione delle masse. Proprio per agevolare attività i cui scopi sono valutati positivamente, l'ordinamento concede il beneficio della responsabilità limitata attraverso la destinazione e la segregazione patrimoniale[625]; allo stesso modo in cui, nel recente passato, il favore per certe attività conduceva al riconoscimento di una nuova persona giuridica. Gli esempi sono numerosissimi. Nel settore finanziario la scomposizione in masse è utilizzata per ridurre il rischio dell'investimento, in modo da favorirlo, con beneficio dell'economia generale. Il fondo patrimoniale serve per far fronte ai bisogni della famiglia. I patrimoni destinati a uno specifico affare a favorire l'esercizio di attività rischiose percepite come positive per lo sviluppo economico. Gli atti di destinazione consentiti dall'art. 2645 *ter* cod. civ. a finalità che un consistente orientamento dottrinale qualifica come necessariamente non egoistiche[626].

In linea anche con la funzione sociale della proprietà e nella prospettiva - almeno per alcune delle discipline richiamate - della solidarietà, si favorisce la destinazione quando essa può giovare al sistema economico o contribuire al soddisfacimento di bisogni costituzionalmente riconosciuti come meritevoli. I medesimi risultati - la protezione del patrimonio destinato e la correlativa imposizione di un vincolo al titolare - possono essere conseguiti mediante la costituzione di una persona giuridica, ed è affermazione ormai classica quella secondo cui

---

[624] In questi termini, G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 86.

[625] La strumentalità della separazione rispetto al perseguimento di finalità favorite dall'ordinamento è ampiamente riconosciuta in letteratura. Si possono richiamare in questa prospettiva già C. FADDA-P.E. BENSA, *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, vol. IV, cit., 198, per i quali "quando lo *scopo* lo esiga possono più universalità giuridiche trovarsi in mano d'una stessa persona". Nella stessa direzione, più recentemente, M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 205, la quale afferma che "la separazione del patrimonio è accordata dal legislatore solo attraverso una selezione degli interessi di destinazione"; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter *c.c*., cit., 165, per il quale la segregazione patrimoniale "deve rispondere ad esigenze effettive del mercato, [...] o a ineludibili meccanismi operativi, funzionali agli scopi prefissati, [...] o, con qualche forzatura, ad esigenze della famiglia e dei suoi bisogni, in attuazione del dettato costituzionale (art. 29-30 cost.)"; A. DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter cc*, in *Dir. Fam. Pers*., 2007, I, 1274; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 124 ss., al quale si deve una articolata analisi secondo il metodo dell'analisi economica del diritto; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 105 ss.; M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c*., cit., 1155, per il quale gli interessi meritevoli in grado di giustificare la destinazione patrimoniale *ex* art. 2645 *ter* cod. civ. sarebbero solamente quelli costituzionalmente protetti; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc*., 2008, I, 218; C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 158, il quale rileva come la limitazione della responsabilità si impiegata come incentivo ad attività rischiose.
L'indicazione in termini vaghi delle finalità da perseguire è spiegata da taluno con la considerazione che rispetto a certe attività è la separazione stessa ad apparire meritevole, quale modalità efficiente di gestione patrimoniale. È il caso, in particolare, dell'attività economica, rispetto alla quale - pongono in rilievo soprattutto L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, cit., 42; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., 569; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 123 ss. - si determinano conseguenze favorevoli per l'economia generale, quali la riduzione del costo del credito per l'abbassamento di quelli necessari al monitoraggio di una attività ed una massa patrimoniale ridotte rispetto a quelle complessive del debitore.

[626] V. nt. 605.

"l'attribuzione della personalità giuridica viene fatta dallo Stato con una valutazione ispirata ad un interesse generale"[627].

La tutela del sistema economico, della famiglia e (per menzionare una tra le finalità espressamente richiamate dall'art. 2645 *ter* cod. civ.) il sostegno alle persone disabili sono prescritte allo Stato dalla Costituzione. E sono perseguite non solo con interventi diretti, ma anche indirettamente attraverso l'iniziativa privata, che viene perciò sostenuta ed incentivata.

La scomposizione del patrimonio in masse, una delle quali vincolata allo specifico fine dichiarato, coinvolge, da un lato, coloro che acquistano un diritto all'attuazione del vincolo e, dall'altro, i creditori di chi impone quel vincolo ai suoi beni, titolari di una garanzia patrimoniale generica che sarebbe altrimenti maggiore. L'interesse di questi ultimi potrebbe essere garantito da un divieto assoluto di destinazione e segregazione patrimoniale, che per il suo contenuto impedirebbe quest'effetto sia quando sussistono che quando mancano le possibilità di un pregiudizio ai creditori: potrebbero perfino mancare creditori attuali, e tuttavia si impedirebbe la separazione del patrimonio in masse. Inoltre, anche qualora dei creditori vi siano, la diminuzione della garanzia patrimoniale non è in sé pregiudizievole, ma solamente se ne riduce l'oggetto al di sotto del valore del credito[628]. Perciò il divieto, se posto a protezione dei creditori, risulterebbe eccessivo e sproporzionato[629]; come confermato dal legislatore anche nell'ipotesi più estrema del fallimento, con la previsione dell'inefficacia verso i creditori e non della invalidità per gli atti compiuti dall'imprenditore dopo l'apertura della procedura[630]. La tutela del credito viene perseguita attraverso il sistema della revocatoria[631] - e più in generale con il diritto di contestare l'atto o l'omissione[632] - che

[627] F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Trattato Vassalli*, vol. II, t. 2, Roma, 1921, 67.

[628] La dimostrazione è fornita con rigorose argomentazioni da A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c.*, cit., 19-20.

[629] Secondo G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, cit., 79, "le esigenze del mercato [...] non sembrano richiedere, in vista di un miglior assetto dei rapporti intersoggettivi, un tale sacrificio del potere di disposizione, che, condotto all'estremo limite, sia suscettibile di tradursi addirittura nel freno di quella stessa iniziativa privata, che l'art. 41 Cost. vuole libera, in linea di principio". In tal senso anche R. NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 192, per il quale "un ritorno del bene nel patrimonio del debitore [...] è apparso esorbitante perché l'interesse del creditore è quello di eliminare il pregiudizio che l'atto compiuto gli può arrecare e a tale scopo quel ritorno non è necessario". Considerazioni analoghe, sulla responsabilità patrimoniale e sull'esigenza di predisporre misure proporzionate allo scopo, svolge G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 29-30, secondo il quale "il *periculum in mora* è carattere proprio e costante di tutta la responsabilità patrimoniale, intrinseco a questa e inevitabile. [...] Il *periculum in mora* potrebbe essere facilmente eliminato in via assoluta, col semplice sistema di rendere indisponibile l'oggetto responsabile sin dalla costituzione della responsabilità patrimoniale. Allora non ci sarebbero i rischi e il pericolo sarebbe debellato. Ma questo sistema avrebbe lo stesso effetto di eliminare circolazione fiduciaria e obbligazione che conseguirebbe a una ipotetica eliminazione radicale del rinvio della attuazione della responsabilità patrimoniale. tanto vero che i primordiali regimi giuridici, romani, greci e germanici, che vi si ispirarono, dovettero abbandonarlo proprio e precisamente perché esso distruggeva la circolazione giuridica".

[630] L'art. 44, commi 1 e 2, l. fall. dispone che "la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento. Sono compresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi". Sull'inefficacia relativa degli atti posti in essere dal fallito, G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 63-64.

[631] V. nt. 614. Sembrerebbe l'idea anche di A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c.*, cit., 19-20; A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, cit., 72, cui l'interesse del ceto creditorio può determinare l'inefficacia, ma non l'invalidità dell'atto; si darebbe una stringente alternativa: o la destinazione non nuoce ai creditori o essi possono conseguirne l'efficacia attraverso l'azione revocatoria.

consente una tutela proporzionata, poiché calibrata sulle caratteristiche dell'obbligazione e del patrimonio[633]. La destinazione patrimoniale è inopponibile ai creditori i quali agiscono perché l'atto pregiudizievole sia dichiarato inefficace nei loro riguardi. La tutela per i creditori è dunque la stessa prevista per gli atti di attribuzione; e sarebbe del resto poco coerente una disciplina che, consentendo al soggetto-debitore di far uscire, a titolo sia oneroso che gratuito, beni dal suo patrimonio, gli impedisse invece quelli di destinazione[634].

34. La ratio *dell'art. 2740, comma 2, cod. civ.*

Le considerazioni che precedono consentono di tornare più compiutamente alla *ratio* dell'art. 2740, comma 2, cod. civ..

Si è sostenuto: che il divieto di limitazioni della responsabilità non riguarda i negozi con cui creditore e debitore modificano il *proprio* rapporto obbligatorio riducendo l'oggetto della responsabilità; che quel divieto è ancora attuale per gli atti di segregazione patrimoniale.

La tutela dei creditori è conseguita nel primo caso (limitazioni efficaci *inter partes*) attraverso gli ordinari controlli sull'autonomia privata, ed *in primis* con quello di meritevolezza prescritto dall'art. 1322, comma 2, cod. civ.. Nel secondo caso (limitazioni opponibili *erga omnes*), tramite l'azione revocatoria, e più in generale attraverso forme di contestazione dell'atto (se) pregiudizievole.

---

[632] Con il riferimento all'omissione si intende considerare anche l'azione surrogatoria, per la quale possono valere le considerazioni sulla proporzionalità riferite alla revocatoria: l'intromissione nella sfera soggettiva del debitore è ammessa solamente in quel caso di pericolo per l'interesse del creditore che è l'insolvenza; così, in particolare, S. PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Trattato Rescigno*, vol. XX, Torino, 1985, 140; G. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, cit., 951 ss..

[633] Individua una precisa linea di tendenza M. MALTONI, *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not.*, 2003, 1383: "la lettura delle norme del nuovo sistema mi pare evidenzi l'intento di elevare il diritto di opposizione dei creditori a strumento di equilibrio e di contemperamento tra le istanze dell'autonomia privata e le ragioni del ceto creditorio, equilibrio che viene attuato non più mediante divieti imperativi di freno alle aspirazioni imprenditoriali, ma consegnando agli stessi creditori un'arma di tutela, che potranno azionare se lo riterranno, lasciando in definitiva al mercato il compito di selezionare le diverse vicende imprenditoriali ed evitando generalizzazioni impeditive della crescita del sistema economico, in armonia con lo spirito liberista in campo economico che permea l'azione legislativa nell'attuale momento storico". In prospettiva analoga F. CRISCUOLO, *Azioni di garanzia e autonomia del debitore*, in *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, R. Di Raimo (a cura di), Napoli, 2006, 427, a proposito della revocatoria afferma che "il provvedimento di inefficacia, proprio perché riposa sulla mera eventualità del pregiudizio, non provoca, sul piano sostanziale, conseguenze modificative irreversibili, sì da sacrificare l'autonomia privata sempre e comunque e mettere a rischio anche la circolazione dei beni e la certezza degli acquisti, tutte le volte nelle quali, o perché, a prescindere dalla riduzione della garanzia patrimoniale, il debitore comunque adempie (con ciò realizzando l'interesse fondamentale del creditore e lasciando sullo sfondo ogni altro interesse creditorio ad esso strumentale); ovvero perché, pur a voler supporre la ricorrenza del *periculum damni* al tempo del compimento dell'atto dispositivo, non può certo escludersi che, al momento della esecuzione, la garanzia sia stata dal debitore ricostituita per effetto di acquisti sopravvenuti".

[634] Considerazioni simili sono svolte da A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c.*, cit., 20-21; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 229; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 105, per il quale "se l'interesse a disporre *vendendo* o *donando* può essere soddisfatto dal debitore trovando il conflitto di interessi col creditore equilibrio nel sistema di tutela preventiva delineato dall'art. 2901 c.c., non si riesce davvero a comprendere perché lo stesso interesse, ove meritevole di protezione giuridica alla luce dei generali principi dell'ordinamento, a disporre *destinando ad uno scopo* non possa trovare soddisfazione - superando l'ostacolo rappresentato dall'art. 2740, comma 2, c.c. -, rinvenendo nello stesso art. 2901 c.c. il punto di equilibrio per la composizione del conflitto inevitabile con le ragioni del credito" (corsivi dell'Autore).

Se allora l'art. 2740, comma 2, cod. civ. non serve a vietare le limitazioni efficaci *inter partes* e subisce deroghe ormai numerosissime anche per quelle *erga omnes*, bisogna porsi il quesito sulla *ratio* della norma nel sistema attuale. Domandarsi, cioè, in che maniera il divieto di segregazione patrimoniale atipica serva ancora allo scopo della tutela "del credito e dell'economia" annunciato nella Relazione al codice civile[635]. Il quesito può essere rovesciato in quello sull'oggetto di quella tutela: se il credito e l'economia individuali o invece il sistema economico e creditizio.

La *ratio* del divieto emerge considerando uno dei profili indispensabili per gli atti di destinazione e segregazione patrimoniale. Questi non possono conseguire l'effetto al quale sono rivolti se manca l'iscrizione in un pubblico registro, secondo una regola analoga a quella per l'acquisto della personalità giuridica. Tra gli elementi della fattispecie cui si ricollega, quale effetto, il vincolo sul patrimonio compaiono l'iscrizione e la conseguente conoscibilità della destinazione per i terzi. La pubblicità non dichiara all'esterno un effetto già avvenuto, ma è costitutiva della opponibilità[636]; in sua assenza mancano l'efficacia *erga omnes* e la segregazione[637]. È attraverso la predisposizione di un sistema pubblicitario e dalla pubblicazione del vincolo che se ne consente la conoscenza[638]; che la divisione del patrimonio è resa opponibile, e dunque efficace, nei confronti dei terzi. Si può allora condividere l'affermazione secondo cui "è sul versante dell'affidamento dei terzi che si giustifica il principio di tipicità, quale premessa rilevante ai fini della costruzione di un

---

[635] V. nt. 465.

[636] Diversamente che nel caso dei diritti reali - per i quali secondo l'orientamento che risale a N. COVIELLO, *Della trascrizione*, vol. I, Napoli-Torino, 1914, 432 ss., la trascrizione avrebbe efficacia dichiarativa -, la separazione non è opponibile in quanto mai avvenuta se manca la trascrizione. Per l'inopponibilità della destinazione non trascritta, efficace *inter partes*, e quindi senza alcuna separazione patrimoniale, G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, cit., 529; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione* ex *art. 2645* ter *c.c.*, cit., 60-61; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., 563; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter *c.c.*, cit., 166-167; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c.*, cit., 8, per il quale "non trascritta, la destinazione non è opponibile, non crea vincolo di indisponibilità, non preclude l'esecuzione sul bene a tutti i creditori, in altre parole non separa il bene e soprattutto il suo regime giuridico da quello di ogni altro bene del disponente".

[637] In questa prospettiva non appare casuale la scelta del legislatore di collocare l'art. 2645 *ter* nel titolo del codice civile dedicato alla trascrizione; così come non appare casuale che la disposizione permetta espressamente solo la destinazione di immobili e beni mobili registrati; così come non sembra strano che la dottrina che ammette la costituzione sul vincolo anche su beni diversi da questi (come sui titoli azionari) precisi che "soltanto ove non sia individuabile uno strumento pubblicitario, come per i beni mobili in genere, l'effetto di separazione non potrebbe avere luogo" (A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, cit., 477).

[638] La connessione tra conoscibilità della segregazione e sottrazione di parte del patrimonio alle pretese di alcuni creditori traspare da un gran numero di norme. Così, per modo d'esempio da quella che esclude la limitazione della responsabilità per obbligazioni derivanti da fatto illecito nella disciplina dei patrimoni destinati introdotti dalla riforma di diritto societario del 2003 (art. 2447 *quinquies*, comma 3, cod. civ.). Così, ancora, da quelle che escludono la limitazione se mancano gli adempimenti pubblicitari prescritti (art. 2447 *quinquies*, commi 1, 2 e 4). E così poi anche dalla regola dell'art. 170 cod. civ., che esclude le pretese sul fondo patrimoniale "per debiti che il creditore conosceva essere stati *contratti* per scopi estranei ai bisogni della famiglia"; nella stessa direzione l'art. 2645 *ter*, comma 2, cod. civ. stabilisce che "i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti *contratti* per tale scopo". In letteratura va segnalata la proposta, risalente a H. HANSMANN-R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareolder Liability for Corporate Torts*, in *Yale Law Journal*, 100, 1990, 1879 ss., di estendere agli stessi soci la responsabilità per fatto illecito della società, superando la distinta personalità; su questo stesso tema, per la dottrina italiana ed una sintesi delle diverse posizioni, M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2014, 503 ss..

sistema di opponibilità fondato sulla certezza delle transazioni economiche [...] l'autonomia privata non può prescindere totalmente dall'intervento del legislatore, il quale è chiamato a definire un apparato minimo di misure volte a rendere conoscibile all'esterno il vincolo imposto sul patrimonio"[639]. La regola dell'art. 2740, comma 2, cod. civ. deve allora essere spiegata mediante quella che stabilisce la tipicità degli atti trascrivibili[640]. Un atto di destinazione e segregazione patrimoniale atipico non potrebbe essere trascritto nei pubblici registri e, perciò, nemmeno risultare opponibile *erga omnes*[641].

Riprendendo queste considerazioni si spiega il riferimento nella Relazione al codice civile alla protezione "del credito e dell'economia". Le limitazioni convenzionali della responsabilità *inter partes* non attentano alla sicurezza del credito né, per la loro efficacia circoscritta ai contraenti, a quella dell'economia. Quelle opponibili *erga omnes*, non pregiudicano le ragioni dei creditori, i quali sono tutelati con la revocatoria. La stabilità del sistema creditizio ed economico sarebbe invece pregiudicata se la libertà dei privati potesse prescindere da tale conoscibilità. L'incerta composizione del patrimonio in garanzia, oltre ad essere pregiudizievole in sé, renderebbe anche la tutela offerta dalla revocatoria inefficiente, togliendo ai creditori lo strumento per conoscere il pregiudizio e porvi rimedio[642].

[639] P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 58. In prospettiva analoga M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 220 ss., la quale conclude che "il sistema attuale sembra caratterizzarsi per un ampliamento delle sfere prima sottratte alla competenza dei privati, ma a condizione che siano apprestati adeguati strumenti di pubblicità per i terzi" (221-222); A. DE DONATO, *Destinazione di beni e opponibilità ai terzi*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003, 201, per il quale "i privati possono imprimere ai beni una disciplina particolare solo se assistiti da metodi che garantiscano la legale conoscenza dei terzi"; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 185 ss., la quale individua nella tutela per l'affidamento dei terzi la *ratio* dell'art. 2740, comma 2, cod. civ.. Per G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 154, "il legislatore ogni qual volta abbia introdotto un nuovo schema di separazione patrimoniale ha, al contempo, innovato il sistema pubblicitario, prevedendo espressamente l'opponibilità dei nuovi atti consegnati all'autonomia privata. Di questo si è avuta piena conferma con l'introduzione dell'art. 2645-*ter* c.c. che, pur risolvendo in un'unica norma la disciplina dell'effetto separativo e la sua opponibilità, ha confermato il principio della tipicità del sistema pubblicitario".

[640] Il nesso logico tra opponibilità e art. 2740, comma 2, cod. civ. è tanto intenso secondo G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter cc. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, cit., 201, da indurre a considerare quella come "norma di chiusura del sistema votato al principio di tipicità degli atti opponibili ai terzi".

[641] Con riguardo alla pubblicità del fondo patrimoniale Corte Cost., 6 aprile 1995, n. 111, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1420, rileva che "la complessità del sistema pubblicitario in materia di regime patrimoniale della famiglia, e in particolare una duplice forma di pubblicità (cumulativa, ma a fini e ad effetti diversi) per la costituzione del fondo patrimoniale, trova giustificazioni razionali per il generale rigore necessario alle deroghe al regime legale, e per l'esigenza di contemperare due interessi contrapposti: da una parte presidiare, fino alla maggiore età dell'ultimo figlio, questo patrimonio di destinazione per i bisogni familiari dall'aggredibilità da parte dei creditori, e dall'altra evitare che del predetto istituto si faccia un uso distorto al fine di sottrarre ai creditori le garanzie loro spettanti sui beni, atteso che l'azione revocatoria non è sempre possibile o efficace".

[642] Sostiene G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, cit., 189, che "la tutela dei creditori non è più incentrata sull'universalità della garanzia patrimoniale, bensì sulla possibilità di conoscere la situazione in cui versa il patrimonio del debitore. È il principio dell'affidamento la «chiave di volta» del rinnovato sistema della responsabilità patrimoniale". In direzione analoga, nel rilevare la preclusione alla separazione di masse patrimoniali in mancanza di una previsione espressa che lo consenta, G. ALPA, *I principi generali*, cit., 286-287, fa presenti le difficoltà che si avrebbero nell'accertare se uno specifico bene rientri o meno tra quelli oggetto della separazione.

CAPITOLO IV

Le limitazioni della responsabilità nel diritto comparato

35. I patti limitativi della responsabilità nel codice civile previgente

La comparazione tra il nostro sistema giuridico ed altri quanto al rapporto tra autonomia privata e responsabilità patrimoniale può muovere dall'esame delle opinioni diffuse prima che il legislatore del 1942 introducesse nel codice civile una disposizione dal tenore dell'art. 2740, comma 2.

Il codice previgente - mutuando un'imprecisione del legislatore francese[643] - conteneva nel titolo dei privilegi e delle ipoteche i principi sulla responsabilità patrimoniale[644]. Quello di universalità per la garanzia patrimoniale era stabilito dall'art. 1948[645], ai sensi del quale "chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri". Quello di *par condicio* tra i creditori, dall'art. 1949[646], a norma del quale "i beni del debitore sono la garantìa dei suoi creditori, e questi vi hanno tutti un eguale diritto quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione"[647].

Sebbene in un sistema economico caratterizzato ancora dallo sporadico ricorso al credito, il problema dei patti sulla responsabilità risulta affrontato da una parte della letteratura giuridica. Secondo l'opinione prevalente, interessata soprattutto al problema delle società anonime unipersonali e alla responsabilità del socio, il principio di unicità della massa avrebbe impedito la creazione di patrimoni separati al di fuori dei casi stabiliti dalla legge[648].

---

[643] Che la responsabilità patrimoniale non sia esaurisca nelle regole di privilegi ed ipoteche è posto in risalto già da M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Des Priviléges et hypothèques, ou commentaire du tit. XVIII, liv. III, code civil*, t. 1, cit., 33.

[644] La collocazione delle due disposizioni è invocata da E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 169, a sostegno del carattere sostanziale e non invece processuale delle norme in materia di responsabilità patrimoniale.

[645] Ancor prima, nel codice civile piemontese, era l'art. 2145 a stabilire che "chiunque siasi obbligato personalmente è tenuto di adempiere le contratte obbligazioni su tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri".

[646] Nel codice albertino l'art. 2147 prevedeva che "i beni del debitore sono la garantìa comune de' suoi creditori, ed il prezzo si comparte fra essi per contributo, quando non vi siano cause legittime di prelazione fra i creditori".

[647] Entrambe le disposizioni sono reputate superflue da E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 168-169, persuaso che anche in loro assenza si sarebbero individuati i medesimi principi.

[648] Così T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, cit., 73, secondo il quale "l'art. 1948 [...] si limita a sancire come ciascuno risponda dei propri debiti con tutti i propri beni; nega pertanto la sussistenza della possibilità giuridica di un patrimonio separato"; F.M. DOMINEDÒ, *La costituzione fittizia delle anonime*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Aa. Vv., vol. II, Roma, 1931, 699 ss., che affrontando il tema della società unipersonale affermava: "l'individuo che, mediante l'uso e il dominio di una *forma* sociale, riuscisse sostanzialmente a circoscrivere ad arbitrio la responsabilità di obbligazioni *che economicamente sono* sue, avrebbe di fatto posto nel nulla la volontà della legge. e, contro ogni elementare esigenza di ordine pubblico, sarebbe introdotto *ad libitum* il principio della separabilità *all'infinito* del patrimonio privato in tante caselle autonome, quante l'interesse del singolo ne suggerisca. Lo stesso soggetto potrebbe essere l'effettivo titolare di un numero indeterminato di patrimoni, divenendo sostanzialmente egli solo il libero ed incontrollato creatore di nuove entità giuridiche - tutte a lui pertinenti ed intanto fra loro indipendenti - per quanto senza intervento del diritto obbiettivo non si possa concepire alcuna separazione del patrimonio privato. Una regola fondamentale di tutto l'ordinamento giuridico verrebbe silenziosamente raggirata e capovolta, mentre noi assisteremmo impotenti allo scempio" (corsivi dell'Autore); F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, cit., 876, per il quale "quando si abbia un *patrimonio separato*, decide il diritto obiettivo che solo ha la forza di crearlo". V., inoltre, nt. 110.

Numerose opinioni favorevoli si registravano invece per le limitazioni della responsabilità di fonte convenzionale, efficaci solamente tra le parti[649]. Convenzioni *inter partes* per le quali qualche autore aggiungeva la necessità di limitare l'efficacia sul piano obbligatorio, senza modificazioni del rapporto garantito[650], oppure di non rimettere all'arbitrio del debitore il soddisfacimento dell'interesse creditorio[651]. Nonostante la scarsa diffusione di simili convenzioni, un importante esempio di inesigibilità convenzionale assoluta è riportato in letteratura con riguardo al "mutuo dato con la clausola che il pagamento debba essere, quando che sia, accettato, ma non richiesto"[652], da annoverare tra le limitazioni della responsabilità di fonte convenzionale senza segregazione del patrimonio in masse.

36. I patti limitativi della responsabilità nell'ordinamento portoghese

Il sistema di *civil law* che riserva maggior attenzione ai patti sulla responsabilità patrimoniale è quello portoghese, con soluzioni molto prossime a quelle proposte nei paragrafi precedenti per l'ordinamento italiano. L'art. 817 código civil riconosce al creditore il diritto di agire per soddisfarsi con il patrimonio del debitore inadempiente, secondo le regole fissate in altri luoghi dello stesso codice e nella legislazione processuale[653]. Le disposizioni codicistiche richiamate sono anzitutto quelle del secondo libro - dedicato alla disciplina del rapporto obbligatorio -, il quale nella sezione I del capo V detta la disciplina generale della garanzia patrimoniale generica. L'art. 601 código civil, sancisce l'universalità della responsabilità e il carattere natura eccezionale delle regole che consentono la separazione patrimoniale: "pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de

[649] Così E. BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, cit., 41-42; P. GRECO, *Le società di «comodo» e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm*., 1932, I, 797 ss., per il quale si sarebbero dovute ammettere le limitazioni concordate tra debitore e creditore insieme con la costituzione dell'obbligazione, poiché "il presupposto [dell'art. 1948 cod. civ. 1865] è [...] che il debitore si trovi già obbligato senza aver pattuito limitazioni, e che le obbligazioni perciò siano sorte nel regime legale della responsabilità patrimoniale illimitata"; F.M. DOMINEDÒ, *La costituzione fittizia delle anonime*, cit., 700. F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, cit., 873 e 877-878.

[650] E. BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, cit., 42; F.M. DOMINEDÒ, *La costituzione fittizia delle anonime*, cit., 700, per il quale simili convenzioni potrebbero avere una "mera efficacia obbligatoria, insufficiente a fermare l'esecuzione forzata [...] , e bastevole solo a creare una ragione di risarcimento verso il creditore inosservante"; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, cit., 873 e 877-878, per il quale "il creditore è tenuto a risarcimento, se violando l'impegno, agisce sui beni che aveva promesso di rispettare". *Contra*, e dunque nel senso della possibilità di eccezioni fondate sul patto, P. GRECO, *Le società di «comodo» e il negozio indiretto*, cit., 798.

[651] Così P. GRECO, *Le società di «comodo» e il negozio indiretto*, cit., 800.

[652] E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 134, richiama tale ipotesi tra gli esempi di rapporti forniti di debito ma non anche di responsabilità; si ricorda che la prima edizione dello scritto risale al 1920. La stessa clausola è ammissibile anche per C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 39; C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 234-235, secondo il quale "chi ha fatto la dazione, non già ha propriamente inteso rimettere all'arbitrio del ricevente la restituzione, ma ha solo rinunziato al diritto di esigerla. È vero che *praticamente* poi la restituzione dipenderà dall'arbitrio del ricevente; ma non perciò si può dire che questa fu anche la volontà dell'altra parte, di chi cioè fece la dazione" (corsivo dell'Autore).

[653] La disposizione prevede che "não sendo a obrigação voluntàriamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo".

patrimónios"[654]. L'art. 735, comma 1, código de processo civil, chiarendo meglio delle omologhe disposizioni italiane il rapporto tra responsabilità ed esecuzione, stabilisce che "estão sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda". Gli altri due commi stabiliscono rispettivamente la possibilità di agire anche su beni di terzi nei casi previsti dalla legge[655] e la limitazione dell'oggetto dell'esecuzione alla misura richiesta dalla necessità soddisfare il creditore e per il pagamento delle spese per l'azione[656].

Tornando all'art. 601 código civil, esso indica la regola generale, che è l'universalità della garanzia patrimoniale, e poi le sue eccezioni. Sono esclusi dalla garanzia patrimoniale i beni impignorabili (artt. 736 ss. código de processo civil) e quelli compresi in un patrimonio separato. Per la separazione di tali masse patrimoniali, non espressamente riservata al legislatore, l'opinione più diffusa considera necessaria una previsione di legge[657]. La disposizione richiamata sembra allora porre una regola assimilabile a quella ricavabile dall'art. 2740 cod. civ..

Il sistema portoghese si spinge però ancora oltre e apertamente consente le limitazioni convenzionali della responsabilità efficaci tra i soli contraenti. L'art. 602 código civil prevede che "salvo quando se trate de matéria subtraída à disponibilidade das partes, é possível, por convenção entre elas, limitar a responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida". Salvo che per i crediti indisponibili[658], si permette a creditore e debitore di modificare il rapporto obbligatorio escludendo taluni beni dalla garanzia costituita dalla legge a tutela del primo[659]. Benché il testo si riferisca alle convenzioni con le quali si indicano espressamente i beni che rimangono nella garanzia, sono considerate ammissibili anche quelle che raggiungono il medesimo risultato selezionando i beni sottratti alla responsabilità del debitore[660]. La disposizione, pur chiarendo la validità delle convenzioni sulla responsabilità, non ne precisa le condizioni. Anche sotto questo

[654] Secondo M.J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., 844, benché non siano espressamente menzionati i beni futuri, essi sono senz'altro ricompresi nella garanzia. Sostiene J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, Coimbra, 1990, 407, che il richiamato art. 601 sarebbe meglio formulato dell'art. 2740 cod. civ., poiché in luogo dell'inutile riferimento ai beni futuri, indica che rientrano nella garanzia i beni pignorabili presenti nel patrimonio al momento dell'esecuzione.

[655] Art. 735, comma 2, código de processo civil: "nos casos especialmente previstos na lei, podem ser penhorados bens de terceiro, desde que a execução tenha sido movida contra ele". Per la possibilità di agire su beni di terzi estranei al rapporto obbligatorio è opportuno richiamare l'art. 818 código civil, che indica le ipotesi dei beni in garanzia e degli atti dispositivi revocati.

[656] Art. 735, comma 3, código de processo civil: "a penhora limita-se aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis da execução, as quais se presumem, para o efeito de realização da penhora e sem prejuízo de ulterior liquidação, no valor de 20 %, 10 % e 5 % do valor da execução, consoante, respetivamente, este caiba na alçada do tribunal da comarca, a exceda, sem exceder o valor de quatro vezes a alçada do tribunal da Relação, ou seja superior a este último valor".

[657] Così M.J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., 845; J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, cit., 411; L.M.T. DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, 2003, 63.

[658] Nella categoria dei crediti indisponibili la dottrina portoghese fa rientrare quelli irrinunciabili, quale è il diritto agli alimenti; così J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, cit., 414-415.

[659] J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, cit., 414, fa discendere l'ammissibilità di simili patti dalla loro efficacia solo *inter partes*, la quale induce ad escludere problemi per l'ordine pubblico. Chiarissimo, con riguardo all'efficacia solo *inter partes* di questi accordi, L.M.T. DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., 64.

[660] M.J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., 846; A. PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, cit., 136; A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativa e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., 113.

profilo, le soluzioni proposte nella letteratura prevalente risultano omogenee a quelle individuate per l'ordinamento italiano. L'orientamento più diffuso è per l'invalidità delle limitazioni che eliminino definitivamente la garanzia patrimoniale o rendano il patrimonio in garanzia manifestamente insufficiente a conseguire l'utilità cui il creditore ha diritto, affidando il suo interesse alla libertà del debitore[661].

Alle limitazioni negoziali della responsabilità si aggiungono quelle consentite per atto unilaterale dall'art. 603 código civil[662]. Attraverso questa disposizione il legislatore portoghese permette a chi realizza un atto di disposizione a titolo gratuito di escludere il bene dalla responsabilità per le precedenti obbligazioni del beneficiario. La limitazione riduce la garanzia patrimoniale di alcuni creditori su alcuni beni del debitore e tale riduzione è ad essi opponibile. Proprio per questa ragione[663], il secondo comma della disposizione prevede che con riguardo agli immobili e ai mobili registrati la limitazione della responsabilità non è opponibile a quei creditori che iscrivono il pignoramento prima che sia iscritta la limitazione della responsabilità. Proprio l'opponibilità anche verso i terzi induce la dottrina a ravvisare in questa ipotesi la creazione di un patrimonio separato, non diversamente da quanto si sostiene in caso di sostituzione fedecommissoria (artt. 2286 código civil)[664].

37. I patti limitativi della responsabilità nell'ordinamento francese.

Il tentativo di introdurre anche nel codice civile francese una disciplina simile a quella portoghese, riconoscendo *per tabulas* la legittimità di limitazioni convenzionali della responsabilità, non ha conseguito lo scopo. Non si è tradotto in legge l'avant-projet Terré del 2013, che all'art. 20, al. 2, prevedeva che "le débiteur répond de ses obligations sur tous ses biens, sauf disposition légale ou convention contraire". Questo testo aveva per scopo l'eliminazione dei dubbi sulla ammissibilità delle limitazioni convenzionali, mantenendo ferma la distinzione tra gli atti suscettibili di scomporre il patrimonio in masse e quelli invece vincolanti solo per i contraenti.

---

[661] M.J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., 846, per il quale "è claro que não se autorizam as partes a isentar de execuçao todo o património do devedor. Portanto, considera-se fraudulenta uma indicação de bens em quantidade manifestamente insuficiente para garantir o crédito"; P. DE LIMA-A. VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, Coimbra, 2010, 618; A. PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, cit., 137, che però ricollega il limite per l'autonomia privata alla possibilità che sia eluso il divieto di certe limitazioni alla responsabilità da inadempimento; J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, cit., 415, secondo il quale "deve a limitação corresponder […] a uma real necessidade ou conveniência do dovedor, compatível com a coercibilidade do vínculo obrigacional, visto às partes não ser lícito criar obrigações naturais (deveres de prestar destituídos de real coercibilidade) fora dos termos em que a lei prevê a sua existência e implantaçao".

[662] Si riporta per comodità il testo della disposizione: "os bens deixados ou doados com a cláusula de exclusão da responsabilidade por dívidas do beneficiário respondem pelas obrigações posteriores à liberalidade, e também pelas anteriores se for registada a penhora antes do registo daquela cláusula. Se a liberalidade tiver por objecto bens não sujeitos a registo, a cláusula só é oponível aos credores cujo direito seja anterior à liberalidade".

[663] Secondo M.J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., 847, il regime di opponibilità previsto per la limitazione della responsabilità è rivolto alla protezione dei terzi e del traffico giuridico più in generale. J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, cit., 415-416, individua nella disciplina del richiamato art. 603 la necessità di tutelare l'affidamento dei terzi, da cui discende la possibilità di opporre la limitazione ai titolari di crediti sorti prima della disposizione a favore del debitore.

[664] Sulle differenze tra fedecommesso e limitazioni della responsabilità *ex* art. 603 código civil si sofferma J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, cit., 416-417.

L'art. 2284 code civil – che sostituisce oggi l'originario -, tacendo sul punto continua a stabilire che "quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir".

In mancanza di indicazioni chiare nel testo di legge, occorre verificare se la mancata inclusione nel codice della regola che espressamente autorizza creditore e debitore a pattuire limitazioni della responsabilità confermi l'ostilità nei confronti di questi negozi o invece la soluzione vigente in Francia sia comunque per l'ammissibilità di simili patti.

Un esame della giurisprudenza indirizza verso la seconda conclusione.

Nell'ordinamento francese risulta determinante il principio di unicità del patrimonio.

Le limitazioni della responsabilità che travolgono l'unicità del patrimonio e sono opponibili *erga omnes* - non meno diffuse in Francia che in Italia[665] - sono solamente quelle previste dalla legge[666]. Le norme che consentono di separare il patrimonio sono considerate eccezionali rispetto al principio generale stabilito nell'art. 2284 code civil[667], e perciò da applicare solo nei casi previsti[668].

Con riguardo alle limitazioni che invece vincolano i soli contraenti, la giurisprudenza può ormai dirsi consolidata nel senso dell'ammissibilità. I precedenti della Cour de Cassation sono tutti orientati a favore di simili convenzioni; tanto che muovendo da queste pronunce la dottrina arriva ad escludere che l'universalità della responsabilità rappresenti principio di ordine pubblico[669]. La decisione più risalente al riguardo reputa valida la limitazione della responsabilità per due coniugi fideiussori ai soli beni presenti in Algeria, con esclusione di quelli stabiliti in Francia, "par dérogation expresse aux prescriptions de l'article 2092 du code civil"[670]. Orientamento, questo, confermato in un'altra decisione del 2002, sempre in tema di fideiussione[671]. La giurisprudenza più recente precisa che la limitazione deve essere stabilita in forma inequivoca e può circoscrivere l'oggetto della garanzia anche ad un solo bene[672]. In una decisione successiva si afferma la validità, sempre nel caso di una fideiussione, della limitazione che circoscriva la garanzia patrimoniale ai soli redditi del garante, con esclusione dei beni attuali[673].

---

[665] I casi più noti sono senz'altro quelli della *déclaration d'insaisissabilité* (art. L.526-1 ss., code de commerce); dell'*entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (art. L.526-6 ss., code de commerce); della *fiducie* (art. 2025 code civil).

[666] A. SÉRIAUX, *Patrimoine*, in *Répertoire de droit civile Dalloz*, t. 8, Paris, 2010, 13-14.

[667] Cour de Cassation, chambre civile 1, 4 mai 1970, in *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1*, n. 150, 121.

[668] Cour de Cassation, chambre civile 1, 4 mai 1970, cit..

[669] M. JULIENNE-L. ANDREU, *Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général*, in *Dalloz*, 2014, AJ, 129.

[670] Cour de Cassation, chambre civile 1, 15 février 1972, nin *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1*, n. 50, 44.

[671] Cour de Cassation, chambre commerciale, 29 avril 2002, in *Legifrance.gouv.fr*.

[672] Cour de Cassation, chambre commerciale, 28 juin 2011, in *Legifrance.gouv.fr*.

[673] Cour de Cassation, chambre commerciale, 1 octobre 2013, pubblicata in numerose riviste (in *Dalloz*, 2014, AJ, 127, con nota di M. JULIENNE-L. ANDREU, *Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général*; in *Droit et patrimoine*, 2014, 54, con nota di P. DUPICHOT, *Cautionnement sous pression, porte-fort en question et hypothéque rechargeable en sursis*; in *Juris-Classeur périodique. Èdition générale*, 2014, 207, con nota di J. D. PELLIER, *Cautionnement et droit de gage général*). La decisione considera valida la limitazione della responsabilità del fideiussore ai soli beni futuri, nonostante l'art. L. 341-2, *code de la consommation*

La tesi favorevole alla validità dei patti che limitano la responsabilità risulta condivisa dalla dottrina[674], che non manca di porre in evidenza come le limitazioni *inter partes* non urtino contro l'unicità del patrimonio, non determinando alcuna sua scomposizione, ma una modificazione strutturale del solo rapporto coinvolto[675]. È proprio questa dottrina a porsi il problema dei limiti all'autonomia privata rispetto a queste convenzioni. Anche stavolta si legge che la limitazione non potrebbe escludere del tutto la responsabilità patrimoniale[676], rimettendo l'adempimento alla libera scelta del debitore, e che l'accordo trova in genere la propria giustificazione nei vantaggi che il creditore ottiene a fronte della limitazione, come con il riconoscimento di una causa di prelazione[677].

38. I patti limitativi della responsabilità nell'ordinamento spagnolo

Il codigo civil spagnolo dedica ad obbligazioni e contratti il quarto libro e colloca al suo interno la disposizione sulla disciplina generale della responsabilità patrimoniale, l'art. 1911, per il quale "del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros"[678]. La disposizione sancisce l'universalità della responsabilità patrimoniale senza fare cenno alle limitazioni convenzionali.

Nel codigo civil sono disciplinati specifici negozi con i quali è consentito ai privati di conseguire la limitazione della responsabilità ad alcuni beni soltanto[679]. L'ipotesi più

---

preveda per la fideiussione rilasciata da un consumatore ad un operatore professionale una forma vincolata, nella cui formula sono espressamente richiamati sia i beni presenti che i redditi futuri.

[674] Così A. SÉRIAUX, *Patrimoine*, cit., 14, per il quale una volta negato alle regole degli artt. 2284 e 2285 *code civil* il rango di norme di ordine pubblico, nulla potrebbe impedire le convenzioni con cui creditore e debitore escludono uno o più beni dalla garanzia della loro obbligazione; P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Paris, 2005, 608; P. SIMLER-P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 2000, 5, secondo i quali "il n'est pas interdit aux parties de limiter conventionnellement l'assiette du droit de gage général. Cette dérogation au jeu des article 2092 et 2093 du Code civil n'a rien de contraire à l'ordre public"; M. JULIENNE-L. ANDREU, *Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général*, cit., 129-130.

[675] Per P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, cit., 608, "il n'y a là aucune création d'un patrimoine d'affectation contraire à l'ordre public ni remise en cause de l'unité du patrimoine du débiteur à l'égard de ses créanciers"; M. JULIENNE-L. ANDREU, *Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général*, cit., 130, secondo i quali la limitazione *inter partes* della responsabilità "affecte directement le pouvoir de contrainte qui s'attache a l'obligation donnée. Elle n'a done pas pour objet de modifier le statut réel des biens du débiteur, ni de porter atteinte a l'unité de son patrimoine. Ainsi est-elle étrangere aux figures connues que sont l'insaisissabilité et le patrimoine d'affectation. Cette clause ne peut pas non plus s'analyser en un simple engagement pris par le créancier de ne pas saisir tel ou tel bien: elle altere l'obligation elle-meme, en bridant le pouvoir de contrainte qui s'y attache".

[676] P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, cit., 609 ss., il quale rileva la necessità di rispettare il rapporto di proporzionalità tra ammontare del credito e patrimonio in garanzia; M. JULIENNE-L. ANDREU, *Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général*, cit., 130.

[677] P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, cit., 609.

[678] Nel progetto di codice elaborato del 1851 era previsto che "el que contrae obligación personal tiene que cumplirla con todos sus bienes habidos y por haber; pero no queda sujecto al apremio personal, sino en los casos y para los efectos determinados en el titulo anterior". Un testo identico a quello oggi vigente si trovava invece nell'art. 1 del titolo "De la concurrencia y prelación de créditos" dell'Anteproyecto 1882-1888.

[679] Un negozio con cui si limita la responsabilità è disciplinato dall'art. 1807 codigo civil, solo sotto certi profili assimilabile all'art. 1881 del codice civile italiano. Ai sensi di quella disposizione "el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista". Secondo la dottrina tradizionale (per la quale, A. GULLÓN, *Sub art. 1911*, in *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, M. Albaladejo (director), t. 24, Madrid, 1984, 663; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Sub art. 1911*, cit., 331) una convenzione sulla responsabilità era anche contenuta

significativa, e sulla quale è opportuno soffermarsi anche più avanti, è però contenuta in un altro testo normativo e rappresentata dalla convenzione regolata dall'art. 140 della Ley Hipotecaria (di seguito, L.H.)[680]. La disposizione consente di isolare la responsabilità patrimoniale al solo bene ipotecato: nel costituire una garanzia accessoria ad un rapporto di mutuo[681], i privati possono prevedere che il debitore[682] risponda dell'inadempimento con il solo bene in garanzia[683].

Al patto si ricollega una duplice efficacia. A quella costitutiva propria di ogni garanzia si accompagna un effetto estintivo: da una parte, il creditore acquista un diritto reale; dall'altra, perde la garanzia sugli altri beni del debitore. Per regola generale, accolta anche dall'ordinamento spagnolo (art. 105 L.H.[684]), la costituzione dell'ipoteca non fa venire meno

---

nell'art. 1920 codigo civil, poi abrogato, sul patto per escludere la responsabilità del debitore in seguito alla procedura di concurso de acreedores.

[680] La disposizione stabilisce: "no obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121".

[681] L'art. 140 L.H. fa espressamente riferimento, benché solo in un inciso, al "préstamo hipotecario", e richiama, derogandolo, l'art. 105 L.H., il quale oltre a prevedere la compatibilità tra ipoteca e responsabilità patrimoniale universale, stabilisce la possibilità di garantire ogni sorta di obbligazione. Per la limitazione di tale forma di garanzia al solo mutuo, R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, in *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 4, 1948, 308 ss.; J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, t. 2, Madrid, 1994, 1320; allo stesso modo, R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Ley del Suelo. Hipotecas*, t. 7, Barcelona, 1998, 629, e J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. III, t. 3, Barcelona, 1983, 161, i quali però suggeriscono una nozione ampia di mutuo nell'applicazione dell'art. 140 L.H.. Di diverso avviso L. CÁRDENAS HERNÁNDEZ, *El pacto de exclusion de la acción personal en la hipoteca*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1945, 422-423; A. DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RAIDO, *La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria*, in *Revista de derecho notarial*, 1958, 111; X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 98-99, che superando la lettera della legge, considera ammissibile tale garanzia anche nelle ipoteche di fonte legale (105 ss.); A. SERRA RODRÍGUEZ, *El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, 334.

A questa tesi si accompagna quella secondo cui l'ipoteca con limitazione della responsabilità potrebbe essere stipulata solo contestualmente all'obbligazione principale, e non anche successivamente; così J.M. LÓPEZ TORRES, *Complemento al estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1946, 594; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. III, t. 3, cit., 161; J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, t. 2, cit., 1320. Per la diversa opinione, X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 50 ss..

[682] Secondo un diffuso orientamento, fondato sulla lettera dell'art. 140, comma 2, L.H., l'ipoteca con limitazione della responsabilità, solo potrebbe essere costituita da parte del debitore, e non anche da un terzo; in questo senso, R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 310-311; Sentencia del Tribunal Supremo, 6 de octubre de 1995. Di diverso avviso, X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 55-56; Sentencia Audiencia Provincial n. 117 de Sevilla, 17 de febrero de 2014; Sentencia Audiencia Provincial n. 206 de Barcelona, 3 de junio de 2015; Sentencia Audiencia Provincial n. 68 de Barcelona, 29 de febrero de 2016.

[683] Per la giusrisprudenza del Tribunal Supremo, la clausola disciplinata dall'art. 140 L.H. "es una excepción a lo que dispone el art. 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del acreedor" (Sentencia del Tribunal Supremo, 25 de septiembre de 2008).

[684] La disposizione stabilisce che "la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil".

la responsabilità patrimoniale universale, ma aggiunge il diritto reale al rapporto obbligatorio[685]. Il patto disciplinato dall'art. 140 L.H. consente invece di escludere la garanzia generica, in deroga al regime generale stabilito dall'art. 1911 codigo civil[686].

La disciplina contenuta nell'art. 140 L.H. pone un problema che divide la dottrina. Se, cioè, la disposizione confermi l'ammissibilità di accordi sulla responsabilità ovvero introduca una deroga a un divieto implicito nel sistema.

Un primo orientamento sostiene la regola generale dell'invalidità per le convenzioni volte a limitare la responsabilità, disponibile solo al volere del legislatore[687]. Le idee di fondo che muovono queste affermazioni sono le stesse che ispirano l'analoga tesi in Italia. I suoi sostenitori scorgono nella responsabilità patrimoniale un elemento essenziale per la giuridicità dell'obbligazione[688], le cui regole assumono il rango di quelle a protezione dell'ordine pubblico[689]. Di qui l'idea della nullità per i negozi attraverso i quali si limita la responsabilità. In linea con queste premesse, si scorge nell'art. 140 L.H. una limitazione convenzionale che altrimenti non potrebbe essere ammessa[690].

In altra direzione van l'orientamento più diffuso in dottrina, accolto in almeno qualche occasione anche dalla giurisprudenza del Tribunal Supremo[691] e che giunge a conclusioni simili nelle linee di fondo a quelle già rinvenute in altri sistemi. Si riconosce all'autonomia privata la possibilità di limitare la responsabilità patrimoniale, purché con efficacia tra i soli contraenti e senza rimettere al debitore la scelta sull'adempimento: invalide sarebbero le convenzioni volte ad escludere la garanzia generica[692] o a limitarla a beni insufficienti ad

---

[685] Segnala R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 288, che "como consecuencia de cualcuier obligación, reforzada con garantía real, surge una responsabilidad patrimonial doble: la *personal*, illimitada, que concede al acreedor acciones personales; y la *real*, limitada, generadora de acciones reales. La primera es *total*, referida al patrimonio íntegro; la segunda, *parcial*, concretada solamente a bienes determinados". In termini analoghi, L. CÁRDENAS HERNÁNDEZ, *El pacto de exclusion de la acción personal en la hipoteca*, cit., 418; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. III, t. 3, cit., 156; J.M. REY PORTOLÉS, *La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada*, in *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995, 121; C. DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999, 36; A. SERRA RODRÍGUEZ, *El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca*, cit., 327.

[686] Tale eccezionalità è pressoché pacifica per la letteratura spagnola. È segnalata, *ex multis*, da X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 13.

[687] L. CÁRDENAS HERNÁNDEZ, *El pacto de exclusion de la acción personal en la hipoteca*, cit., 420; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones. Teoria general de la obligacion, del contrato y del acto ilicito*, cit., 167-168.

[688] L. CÁRDENAS HERNÁNDEZ, *El pacto de exclusion de la acción personal en la hipoteca*, cit., 420.

[689] L. CÁRDENAS HERNÁNDEZ, *El pacto de exclusion de la acción personal en la hipoteca*, cit., 420.

[690] L. CÁRDENAS HERNÁNDEZ, *El pacto de exclusion de la acción personal en la hipoteca*, cit., 420-421; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones. Teoria general de la obligacion, del contrato y del acto ilicito*, cit., 167-168.

[691] Ci si riferisce a Sentencia del Tribunal Supremo, 21 de mayo de 1963, nella quale si afferma che "el princpio de libertad de contratación, reconocido en el art. 1.255, al enfrentarse con la garantía que establece el art. 1.911 que sujeta al cumplimiento de las obligaciones todos los bienes presentes y futuros del deudor, puede limitar sus efectos adscribiendo a tal sin sólo ciertos bienes, con carácter exclusivo o excluyendo de la general garantía del pago de un crédito, para que produzca el efecto de que, agotados aquéllos, no quepa perseguir los restantes bienes del deudor, por implicar una renuncia anticipada de la parte de la prestación que queda sin satisfacer por el medio convenido".

[692] Contro i soli patti che escludono la responsabilità si esprimono J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil Español, común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, cit., 302-303; R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 241 ss., i quali non prendono

assicurare l'interesse del creditore; valide tutte le altre[693]. Contro le convenzioni del primo genere orienta non solo la disciplina della condizione meramente potestativa, contenuta nell'art. 1115 codigo civil[694] e simile a quella italiana, ma anche quella, rispondente alla medesima *ratio*[695], posta dall'art. 1256 codigo civil, per il quale "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"[696]. In questa prospettiva, l'art. 140 L.H. confermerebbe la generale ammissibilità di tali patti[697] e - sembra di poter aggiungere - reca l'innovazione di un accordo che può prescindere dall'idoneità della garanzia rimanente a soddisfare il creditore.

Anche stavolta le posizioni risultano concordi con riguardo all'inammissibilità di negozi che determinino un effetto segregativo assimilabile a quello conseguente alla creazione di un patrimonio separato[698].

---

espressamente posizione in ordine a quelli da cui deriva una mera limitazione di beni che formano l'oggetto della responsabilità.

[693] P. MARÍN PÉREZ, *La hipoteca de responsabilidad limitata*, cit., 456 ss., il quale per la verità pare riconoscere la validità anche dei patti che escludono la responsabilità; M. NIN Y ABARCA, *La hipoteca de responsabilidad limitada*, in *Revista critica de derecho inmobiliario*, 1947, 296; B. PÉREZ GONZÁLEZ-J. ALGUER, *Anotaciones a L. Enneccerus-H. Lehmann-M. Wolff, Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. 2, vol. I, Barcelona, 1954, 12, i quali si limitano ad affermare che "no hay inconveniente en aceptar pueda establecerse por contrato que la responsabilidad se limite a ciertas partes del patrimonio, según el art. 1.255 del C.c. español"; P. LACAL, *El mito de la accessoriedad de la hipoteca*, in *Revista de derecho privado*, 1949, 934; M. GARCIA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, cit., 176, per il quale "en principio, se puede admitir la validez de tales convenciones, aunque no ciertamente de aquellas que excluyan totamente la garantía patrimonial o que la limitan a una cantidad irrisoria en relación a los posible daños que se causen; pero asegurando suficientemente el *id quod interest* probable entendemos que nada se opone a que la responsabilidad contractual se haga efectiva sobre determinados bienes y no sobre otros"; A. GULLÓN, *Sub art. 1911*, cit., 663-664, il quale però sembra ammettere anche patti che pur senza assicurare l'integrale soddisfacimento dei creditori, evitino di rimetterlo ad una scelta del debitore; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Sub art. 1911*, cit., 331. Allo stesso orientamento sembra da ricondurre la tesi secondo cui il fideiussore potrebbe limitare la propria responsabilità verso il creditore garantito ad alcuni beni soltanto, per la quale V. GUILARTE ZAPATERO, *El carácter expreso de la fianza como presupuesto de su existencia y de la extensión de la responsabilidad del fiador*, in *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2001, 227; C.G. LÓPEZ-MULLER GÓMEZ, *Autonomía de la voluntad y fianza*, in *Autonomía de la voluntad en el derecho privado*, L. Prats Albentosa (coord.), t. 3, pt. 1, Madrid, 2013, 759 ss..

[694] La disposizione prevede che "cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código".

[695] La comune *ratio* degli art. 1115 e dell'art. 1256 codigo civil è affermata da L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, cit., 70-71.

[696] Il richiamo a tale disposizione, con riguardo ai patti sulla responsabilità, è svolto da J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil Español, común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, cit., 303; A. GULLÓN, *Sub art. 1911*, cit., 663; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Sub art. 1911*, cit., 331.

[697] Così P. MARÍN PÉREZ, *La hipoteca de responsabilidad limitata*, cit., 456-457; M. NIN Y ABARCA, *La hipoteca de responsabilidad limitada*, cit., 296, per il quale la disposizione della Ley Hipotecaria riveste carattere "simplemente enunciativo y recordatorio"; P. LACAL, *El mito de la accessoriedad de la hipoteca*, cit., 934; M. GARCIA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, cit., 177; A. GULLÓN, *Sub art. 1911*, cit., 664, a parere del quale le disposizioni che consentono limitazioni convenzionali, e tra esse l'art. 140 L.H. "pueden ser precisamente la manifestación de un principio implícito [...]: la validez de las modificaciones convencionales del artículo 1.911"; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Sub art. 1911*, cit., 331.

[698] Così X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Parte general*, cit., 326; M. GARCIA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, cit., 177.

39. La clausola che limita la responsabilità patrimoniale nel diritto ipotecario spagnolo

Nonostante la scarsa importanza dell'istituto nella pratica degli affari[699] ne abbia decretato la scarsa attenzione da parte della nostra letteratura giuridica, la clausola che nel diritto spagnolo limita la responsabilità al bene ipotecato stimola un particolare interesse. Essa configura una ipotesi di debito con responsabilità limitata ad una parte soltanto del patrimonio del debitore[700] e può portare a coesistere due dei fenomeni anomali nel campo delle obbligazioni, sia un debito senza responsabilità che una responsabilità senza debito proprio, in entrambi i casi di origine convenzionale.

Si tratta di un istituto, ripreso dal diritto cubano[701] da alcuni considerato simile anche alla *Grundschuld* dell'ordinamento tedesco[702] e per certi versi prossimo anche alle operazioni di

[699] Lo scarsissimo ricorso al patto disciplinato dall'art. 140 L.H. è spiegato dalla dottrina prevalente (*ex multis*, X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 11; R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Ley del Suelo. Hipotecas*, t. 7, cit., 630-631) soffermando l'attenzione sulla posizione di maggior forza del debitore, il quale difficilmente accetta una convenzione suscettibile di pregiudicarne le effettive possibilità di soddisfacimento. Per M.A. DE TERESA COLINA, *La responsabilidad patrimonial universal*, in *Revista de Derecho UNED*, 2015, 510, è prevedibile che allaccordo previsto dall'art. 140 L.H. faccia seguito la pattuizione di interessi più elevati di quelli solitamente praticati nel mercato. Proprio lo scarso ricorso che si fa all'ipoteca con responsabilità limitata, insieme con la percezione degli effetti benefici che essa potrebbe determinare per i consumatori, inducono M. CASTILLA CUBILLAS, *La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios*, in *Actualidad civil*, 2011, 1366 a proporre un'inversione della regola, imponendo alle parti che vogliano scongiurare la limitazione della responsabilità l'onere di dichiararlo espressamente. È da segnalare, infine, come un orientamento giurisprudenziale sembri stabilire quasi un obbligo per il mutuante di accettare la limitazione della responsabilità del debitore; afferma Sentencia Audiencia Provincial n. 60 de Girona, 5 de febrero de 2015, che "exigir mayores garantías o imponer la responsabilidad universal, cuando existiría la posibilidad de limitar la responsabilidad a la garantía como permite el artículo 140 de la LH , podría considerarse como abusivo al darse un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones, y al imponer al consumidor y usuario garantías desproporcionadas".

[700] In tale categoria viene è inserita anche l'ipotesi di eredità accettata con beneficio d'inventario. Le due ipotesi presenterebbero, secondo R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Ley del Suelo. Hipotecas*, t. 7, cit., 624, la differenza rappresentata dal fatto che solo nel caso dell'eredità accettata con beneficio d'inventario vi sarebbe comunque un patrimonio – quello ereditario – illimitatamente responsabile.

[701] L'antecedente dell'ipoteca con limitazione della responsabilità tende ad essere individuato dalla dottrina prevalente (così, M. NIN Y ABARCA, *La hipoteca de responsabilidad limitada*, cit., 297 ss., il quale offre una puntuale ricostruzione dell'istituto cubano; X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 25; R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Ley del Suelo. Hipotecas*, t. 7, cit., 615-616; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. III, t. 3, cit., 158; M. CASTILLA CUBILLAS, *La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios*, cit., 1357; J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, t. 2, cit., 1318; J.M. REY PORTOLÉS, *La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada*, cit., 140) nell'art. 1876 del codice civile cubano, come modificato dall'art. 1, Ley 3 de abril 1933. Tra i due istituti sussistono comunque considerevoli differenze. In particolare, la disciplina cubana non si limita a consentire clausole che limitano la responsabilità patrimoniale al bene ipotecato, bensì ad imporre una simile disciplina per legge. Proprio per questa ragione, l'istituto fu dapprima dichiarato incostituzionale e, poi, reintrodotto con alcune modifiche e con carattere di disciplina transitoria (efficace sino al 30 giugno 1942) dal Decreto-Ley 490 de 7 de enero de 1936.
Può essere utile notare che, come l'introduzione della limitazione della responsabilità al solo bene ipotecato si deve alla una forte crisi economica ed immobiliare, lo stesso pare aver fatto il legislatore spagnolo con il Real Decreto-Ley de 14 de marzo de 2013, n. 1. Il terzo paragrafo del codice di buone pratiche allegato a tale provvedimento normativo stabilisce che, al ricorrere di particolari condizioni, il debitore che abbia concesso in ipoteca l'immobile di propria residenza, possa liberarsi dall'obbligazione trasferendo al creditore il bene ipotecato. Una regola ispirata a principi simili si trova nella Ley 493, § 2, del Fuero Nuevo de Navarra.

[702] Quest'istituto è regolato dai paragrafi da 1191 a 1198 del B.G.B. e può essere considerato una forma di "garanzia astratta che può esistere anche senza un debito principale" (C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 64), assimilabile ad una sorta di "prelazione ipotecaria

nonrecourse debt diffuse negli Stati Uniti d'America[703]. Le posizioni della dottrina spagnola rispetto a questa disciplina possono essere raccolte intorno a tre orientamenti: quello dell'ipoteca autonoma, quello del patrimonio separato e quello della remissione parziale del debito.

40. Ipoteca autonoma

Una delle tesi più risalenti è quella secondo cui la clausola disciplinata dall'art. 140 L.H. condurrebbe al riconoscimento di un'ipoteca "autonoma" [704].

Benché non fosse tra le intenzioni del legislatore quella di dare ingresso nell'ordinamento spagnolo ad una garanzia autonoma, sul modello della *Grundschuld* tedesca[705], si afferma che la disciplina positiva conseguirebbe proprio questo risultato[706].

---

costituita dal proprietario" (A. CHIANALE, *Ipoteca*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ*., vol. X, Torino, 1993, 162). Per E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 91, dovrebbe invece parlarsi di una responsabilità reale e, almeno qualora un proprietario del fondo vi sia, di un debito reale ad egli imputato.
La mancanza di accessorietà implica che la garanzia, oltre a poter prescindere dall'esistenza di un debito: può essere costituita a favore dello stesso proprietario, il quale può concedere ipoteche di grado ulteriore e partecipare al ricavato nel caso di espropriazione promossa da un altro creditore ipotecario; può essere incorporata in un documento e circolare; soprattutto, anche qualora essa sia collegata dalle parti ad un rapporto obbligatorio, non risente delle vicende che riguardano il credito, tanto che neppure l'estinzione di questo determina il venir meno della garanzia, conferendo invece al debitore liberato la possibilità di domandare la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria o, se l'esecuzione sia già avvenuta, esperire un'azione di ingiustificato arricchimento. Soprattutto, per quanto qui di interesse, tale garanzia determina di regola una limitazione della responsabilità al bene che ne forma oggetto: come rileva P. MARÍN PÉREZ, *La hipoteca de responsabilidad limitata*, cit., 454, "si bien no se aceptó la *Grundschuld*, sí en cambio una de sus consecuencias, cual es la limitación de la responsabilidad a los bienes hipotecados". Benché Cass. civ., Sez. III, 14 giugno 2011, n. 12963, sostenga la possibilità di assimilare *Grundschuld* e ipoteca, non sembrano trascurabili le differenze che attraversano la disciplina dei due istituti.

[703] Su tali operazioni si sofferma con particolare attenzione, G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 194 ss.. In estrema sintesi, si può dire che con il negozio in parola, il creditore si impegna a non far valere la responsabilità universale del debitore in caso di inadempimento, ma ad aggredire il solo bene individuato dalle parti; a tale accordo si accompagna spesso la costituzione di un titolo di prelazione sul bene. La principale differenza rispetto all'istituto di diritto spagnolo pare data proprio dalla costituzione solo eventuale di una garanzia reale; simili garanzie possono infatti limitarsi ad investire il solo piano dei rapporti obbligatori, con le conseguenze che ciò comporta in particolare rispetto ai terzi.

[704] Si tratta della tesi che fa capo a R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 304, ostile alla denominazione di "hipoteca de responsabilidad limitada", poiché sarebbero da preferire quelle di "hipoteca pura" o "autónoma", giacché ogni ipoteca è di per sé limitata al bene che ne forma oggetto.

[705] È frequente il richiamo alla Exposición de Motivos che precede il Proyecto de reforma parcial de la Ley Hipotecaria, il quale precisa che "por consideraciones de tipo social, no han sido reconocidas determinadas formas de garantía hipotecaria que ofrecen ciertas legislaciones extranjeras. Pro la suma facilidad de su construcción y por estar desvinculadas de toda relación causal, pugnarían con básicos principios del Ordenamiento civil patrio y con arraigados hábitos jurídicos". E più avanti, in termini maggiormente espliciti, si chiarisce che "tamposo se ha estimado procedente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial. Por su cáracter abstracto, sin íntimo enlace con una causa que justifique la disminución del patrimonio del deudor, difícilmente se armonizaría con el sistema vigente. No obstante, se autoriza el pacto de limitar la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, cualidad ésta muy destacada de la deuda territorial, digna, además de sanción legislativa. De este modo queda favorecido el crédito y mejorada la situación del deudor, sin quebranto alguno para los posibiles acreedores".

[706] R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 305, ricorrendo ad una metafora e con riguardo all'ipoteca con limitazione della responsabilità, afferma che

In una prima fase la garanzia sarebbe accessoria all'obbligazione garantita, come è per ogni ipoteca[707]. Essa non potrebbe formarsi che in connessione ad una obbligazione[708].

Al momento stesso della sua costituzione, però, la garanzia perderebbe questa caratteristica per divenire autonoma. Un effetto, questo, che deriverebbe non dalla separazione tra i due rapporti, ma più a monte dall'estinzione dell'obbligazione[709]. All'ipoteca si accompagnerebbe, cioè, una vicenda estintiva del rapporto originario, sostituito da una sorta di "obbligazione ipotecaria" o, per riprendere una terminologia già in uso, da un "debito di natura reale"[710], ai cui poli contrapposti si troverebbero non più due soggetti, ma un soggetto, il creditore, e il bene ipotecato. L'estinzione e la contestuale costituzione di una nuova obbligazione sarebbe evidente nel caso in cui, una volta concordata l'ipoteca con limitazione della responsabilità da parte del debitore, il bene circoli. In simili casi, si sostiene, non potrebbero immaginarsi né una successione del terzo nel rapporto obbligatorio; né tantomeno la prosecuzione del rapporto in capo al debitore. Da un lato, mancherebbero le condizioni che possono determinare la sostituzione del debitore[711]; dall'altro, non avrebbe senso parlare di un obbligo del debitore, il quale risponda dell'inadempimento con un bene appartenente ad un terzo[712].

Al fondo di questa concezione s'intravede un preciso modo di intendere la struttura del rapporto obbligatorio, opposto rispetto a quello della tesi dualista: da un lato, non si crede possa esistere un debito senza responsabilità; dall'altro, viene respinta anche l'ipotesi inversa, quella della responsabilità senza debito[713]. L'unità dell'obbligazione viene difesa a spese del debito; il quale viene adattato alla responsabilità, come se la limitazione di quest'ultima non possa che comportare la rimodulazione anche di quello. Proprio questo adeguarsi del rapporto alla responsabilità spiega perché da questa prospettiva si neghi l'esistenza di un'obbligazione naturale per la parte di credito eventualmente insoddisfatta dopo l'esecuzione ipotecaria[714]: il

---

"es posibile que la criatura engendrada haya adquirido un desarollo mucho mayor del querido por los progenitores".

[707] Nella Exposición de los motivos y fundamentos del Proyecto de Ley Hipotecaria testualmente si afferma che "la hipoteca, ademas de ser un derecho real, es la garantia de una obligacion, y, por lo tanto, un contrato accesorio y subsidiario de otro principal".
In senso analogo anche gli artt. 1528 e 1857 del codigo civil. Il primo dispone che "la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio". Il secondo, che "son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: [...] que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal".

[708] R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit. 305-306, il quale sottolinea come proprio in ciò si colga una differenza rispetto alla *Grundschuld*.

[709] Seppur in termini dubitativi, R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 306, fa cenno alla possibilità di considerare la costituzione dell'ipoteca alla stregua di un adempimento, giustificando per questa via il preteso effetto estintivo dell'obbligazione.

[710] R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 306, fa espresso riferimento alla configurazione di una "deuda real".

[711] R. DE LA Y RICA ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 294.

[712] R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 306.

[713] Per R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 306, "el débito personal sin responsabilidad de igual clase, el crédito sin posible acción de ejercicio contra el personalmente obligado, es una entelequia metafísica que puede vivir en los libros y en la alquimia de las construcciones jurídicas más refinadas, pero que está llamado a sucumbir en cuanto se ponga en contacto con la intemperie de la realidad viva circundante".

[714] R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 314.

creditore ed il debitore hanno inteso circoscrivere la pretesa dell'uno ed il debito dell'altro al bene ipotecato, sicché nessun dovere, neppure morale, sussiste dopo l'esecuzione su quel bene.

41. Patrimonio separato

Un diverso orientamento tenta di spiegare l'ipoteca con limitazione della responsabilità ricorrendo alla figura del patrimonio separato[715]. Si tratta di una ricostruzione che riceve scarso seguito, la quale suscita comunque interesse per certi suoi corollari: i casi di separazione patrimoniale trovano solitamente proprio titolo direttamente nella legge, in un atto unilaterale o nell'accordo di più soggetti, mossi da uno scopo comune[716]; in questo caso, sarebbe invece la clausola inserita in un contratto di mutuo a poter costituire il patrimonio separato.

La parte della dottrina spagnola che richiama il patrimonio separato ravvisa nell'ipoteca disciplinata dall'art. 140 L.H. gli elementi di questa figura[717]. In particolare, vi sarebbero obbligazioni per le quali risponde il bene ipotecato, il quale sarebbe al contempo sottratto alla garanzia per le altre obbligazioni[718].

Una condivisibile obiezione replica che non è corretto affermare che il bene ipotecato risponde per la sola obbligazione garantita, restando indifferente alle altre[719]. L'ipoteca disciplinata dall'art. 140 L.H. deroga a due principi: quello per cui la garanzia reale non esclude la responsabilità patrimoniale universale, dal momento che sottrae parte del patrimonio del debitore alle pretese del creditore; quello della *par condicio creditorum*, dal momento che come ogni ipoteca implica una posizione di preferenza. In questi due profili si risolve l'efficacia della clausola rispetto ai terzi: essi potranno soddisfarsi in via esclusiva sulla restante parte del patrimonio, ma solo dopo il creditore garantito sul bene ipotecato; le loro pretese sul bene sono cioè postergate, non escluse. Proprio per questa ragione, e cioè perché il bene non esce dal patrimonio del debitore, è da riconoscere la possibilità che dopo aver concesso una prima ipoteca con limitazione della responsabilità al bene, se ne costituiscano altre sul medesimo cespite. Non sembra allora da condividere il richiamo al patrimonio separato.

---

[715] Risulta questa la posizione di J.M. LÓPEZ TORRES, *Complemento al estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada*, cit., 599.

[716] Si possono fare rispettivamente gli esempi dell'eredità accettata con beneficio d'inventario, degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela disciplinati dall'art. 2645 *ter* cod. civ., del contratto di società.

[717] Sull'assoggettamento a una disciplina particolare dei beni separati dal resto del patrimonio, par. 27, e in special modo nt. 491. Alla dottrina già richiamata può aggiungersi l'opinione di L. BIGLIAZZI-GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, cit., 284, secondo la quale "per poter parlare di patrimonio separato non basterebbe il riferimento ad uno scopo, cui la destinazione di esso tende. In realtà, occorre che tale destinazione provochi l'intervento di una disciplina tutta particolare, diversa, cioè, da quella alla quale è sottoposto il residuo patrimonio del soggetto. Ed il criterio, che sta alla base della separazione, non può, appunto, che essere identificato nella «insensibilità» dei beni separati alla sorte giuridica degli altri, per quanto concerne la responsabilità patrimoniale".

[718] Così secondo J.M. LÓPEZ TORRES, *Complemento al estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada*, cit., 599.

[719] Per questa critica, X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 49.

42. Remissione parziale del debito

Secondo un orientamento ampiamente diffuso, il patto con cui debitore e creditore convengono di limitare la responsabilità al bene ipotecato configurerebbe una remissione per la parte del debito che supera quanto si potrà ricavare dall'esecuzione sul bene[720].

Ancora una volta sarebbe l'ipoteca a ridefinire il diritto di credito[721], con uno stravolgimento che sovverte il canone dell'accessorietà[722].

La soluzione proposta lascia senza soluzione alcuni problemi: non chiarisce la posizione del terzo acquirente del bene ipotecato, se cioè egli succeda nel lato passivo del rapporto o vi rimanga estraneo; allo stesso modo, non si precisa quale conseguenza determini la perdita del bene ipotecato, se, cioè, essa determini la liberazione del debitore.

Soprattutto, la tesi della remissione parziale del debito è accompagnata da conclusioni che non trovano giustificazione nel testo dell'art. 140 L.H., il quale contiene riferimenti espressi alla sola limitazione della responsabilità e dell'azione esecutiva. Si tratta inoltre di una interpretazione incoerente rispetto alla qualifica che la norma riceve dallo stesso testo legislativo, il quale la definisce eccezionale rispetto a quelle che stabiliscono il carattere universale della responsabilità patrimoniale. Tale eccezione non sussisterebbe qualora la limitazione andasse riferita all'intera obbligazione, poiché in tal caso la compressione della responsabilità sarebbe non un'eccezione, ma la più logica conseguenza della remissione parziale del debito.

43. La limitazione della responsabilità tra i fenomeni riduttivi

Nessuna delle tesi esposte sembra spiegare la natura dell'ipoteca con limitazione della responsabilità, mentre più utile appare il richiamo alle riflessioni già svolte in tema di esigibilità e riduzione del rapporto.

La clausola disciplinata dall'art. 140 L.H. determina la riduzione parziale dell'obbligazione. Questa è ridotta perché permane il debito, ma viene meno la responsabilità patrimoniale universale; in misura parziale perché non si determina un'inesigibilità assoluta, ma la responsabilità viene circoscritta al bene ipotecato. Bene il cui valore potrebbe risultare inferiore, come anche di molto superiore all'ammontare del debito; senza che la circostanza incida sulla spiegazione giuridica dell'istituto.

---

[720] Così P. LACAL, *El mito de la accessoriedad de la hipoteca*, cit., 934-935; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. III, t. 3, cit., 160. L'opinione sembrerebbe condivisa da Sentencia Audiencia Provincial n. 220 de Guadalajara, 7 diciembre 2010, che in relazione all'art. 140 L.H. afferma che "aquí no existiría disociación de deuda y responsabilidad sino simplemente de una cobertura incompleta de la deuda, siempre que se hubiera pactado específicamente entre las partes"; tuttavia, poco più avanti, si afferma che la "deuda que no se extingue por la ejecución de la garantía, que puede y en este caso se ha revelado insuficiente".

[721] La circostanza è riconosciuta espressamente da P. LACAL, *El mito de la accessoriedad de la hipoteca*, cit., 934-935.

[722] Per indicazioni sul principio di accessorietà e la sua evoluzione nel diritto ipotecario spagnolo, B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Madrid, 2008, *passim*. Per una ricostruzione più sintetica, F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, *La extinción del crédito hipotecario*, in *Extinción de obligaciones*, Aa. Vv., Madrid, 1997, 194 ss. e 231 ss.; F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, *La hipoteca como instrumento al servicio del desarollo del mercado inmobiliario*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, 1636 ss..

Muovendo dalla teoria del debito e della responsabilità e servendosi del concetto di riduzione, si può spiegare la limitazione della responsabilità al solo bene ipotecato senza che dal piano della responsabilità sia necessario risalire a quello del debito, modulando questo sulle caratteristiche di quella, e senza sovvertire i tradizionali principi della garanzia ipotecaria[723].

44. Conseguenze della tesi proposta in caso di perdita del bene o diritto ipotecato

La limitazione parziale della responsabilità può venire meno nel caso in cui le parti modifichino il rapporto per ripristinare la responsabilità patrimoniale universale del debitore[724].

Può però verificarsi anche il caso opposto, nel quale la limitazione da parziale diviene assoluta: è quanto accade nel caso di perdita totale, sia materiale che solo giuridica, del bene o diritto dato in garanzia.

Nel caso in cui alla perdita faccia seguito il riconoscimento di una somma a titolo di risarcimento o indennità, come nel caso dell'espropriazione per pubblica utilità, la garanzia si trasferisce su tale importo[725]. In questi casi il diritto reale muta la sua natura, convertendosi da diritto su una cosa in quello ad esigere una prestazione personale[726].

Nel caso in cui nessun indennizzo o risarcimento sia previsto, parte della dottrina sostiene che, nell'ipoteca con limitazione della responsabilità, dovrebbe riconoscersi l'intervento di un fatto estintivo dell'obbligazione. Ancora una volta sarebbero l'obbligazione ad adeguarsi all'ipoteca ed il debito alla responsabilità.

Se si muove dalla diversa impostazione proposta, è possibile giungere ad una soluzione meno radicale, per la quale il venir meno del bene determinerebbe l'estinzione non dell'obbligazione, ma solo di una sua componente: la responsabilità. Continuerebbe a persistere il debito, e dunque quanto il debitore dovesse prestare risulterebbe irripetibile[727]. In una simile ipotesi, la parziale riduzione dell'obbligazione diviene però assoluta: viene meno

[723] Prossima a quella esposta sembrano le tesi di quanti riconoscono la permanenza di un credito che non muta nel suo importo. In tal senso sembrerebbe l'opinione di L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Instituciones de derecho civil*, vol. II, t. 2, Madrid, 1998, 378, secondo i quali l'ipoteca disciplinata dall'art. 140 L.H. determinerebbe "una renuncia del acreedor al ejercicio de acciones contra el deudor por la parte de crédito que quedase sin satisfacer después de perseguido el objecto hipotecado"; è da segnalare che quest'affermazione non si trova ripetuta nell'ultima versione dell'opera, che oltre a mutare il titolo in *Sistema de derecho civil*, riduce lo spazio dedicato all'ipoteca con limitazione della responsabilità.

[724] X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 77.

[725] È quanto dispone l'art. 110, comma 1, n. 2, L.H., ai sensi del quale "conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: […] las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil".

[726] B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, cit., 433.

[727] Così A. DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RAIDO, *La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria*, cit., 112-113; X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 81-82.

ogni responsabilità, sia quella universale che quella particolare sul bene in garanzia. Una simile vicenda può derivare non solo dalla scomparsa del bene; possono citarsi, quali casi ulteriori, quello della rinuncia alla sola ipoteca da parte del creditore e l'estinzione della garanzia per altri fatti, come la consolidazione della proprietà con il diritto reale di garanzia e la cancellazione dovuta all'azione del creditore titolare di un'ipoteca di grado poziore. Ma lo stesso accadrebbe nel caso in cui l'esecuzione non consentisse di ottenere un importo sufficiente ad estinguere l'intero debito; anche in tale ipotesi, la frazione di debito rimasta insoddisfatta si troverebbe non assistita da alcuna responsabilità, ma non per questa ragione estinta[728].

45. Conseguenze della tesi proposta rispetto alla condizione del terzo acquirente

L'obbligazione ridotta spiega solo alcune delle vicende connesse alla limitazione della responsabilità al bene in garanzia. Il riferimento all'inesigibilità giustifica la condizione giuridica del debitore, ma poco o nulla dice in merito a quella del terzo acquirente del bene in garanzia. Le tesi che affermano l'inscindibilità di debito e responsabilità conducono ad un corollario quasi ineludibile: posto che la legge riconosce la possibilità di agire anche nei confronti del terzo acquirente del bene, non resta che immaginare una successione estesa al debito e, dunque, all'intero rapporto obbligatorio. Soluzione, questa, che benché prospettata da taluno[729], si mostra poco coerente rispetto al sistema.

Tuttavia, la letteratura giuridica[730], muovendo dal teso dell'art. 1205 del código civil[731], afferma che la modificazione soggettiva nel lato passivo solo potrebbe realizzarsi mercé la novazione dell'obbligazione, la quale non può prescindere dal consenso del creditore;

---

[728] X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 118-119, che preferisce parlare di un debito assistito da una responsabilità priva di garanzia; C. DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, cit., 60.
Di altra opinione R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Ley del Suelo. Hipotecas*, t. 7, cit., 627; R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, cit., 245, secondo il quale l'esperimento dell'azione esecutiva determina l'estinzione del debito, che non può più fondare l'azione esecutiva su alcun bene.

[729] In tal senso, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. III, t. 3, cit., 158-159, il quale afferma che "todo adquirente de los bienes hipotecados se convierte en deudor personal del crédito garantizado" (158), aggiungendo che il consenso del creditore non sarebbe necessario, potendosi intendere il patto di limitazione della responsabilità alla stregua di un consenso anticipato al trasferimento del credito; J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, t. 2, cit., 1322; M. YSÀS SOLANES, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Madrid, 1994, 171, che considera eccezionale la disciplina dell'art. 140 L.H. rispetto alle regole che disciplinano la successione nel rapporto obbligatorio; R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Ley del Suelo. Hipotecas*, t. 7, cit., 621 ss..

[730] Così J.M. REY PORTOLÉS, *La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada*, cit., 139 ss.; L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. III, t. 2, Madrid, 2012, 189; A. DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RAIDO, *La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria*, cit., 103 ss., il quale sottolinea che quando lo ha voluto il legislatore ha espressamente stabilito la successione nel rapporto; X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, cit., 56- ss. (e in particolar modo, a p. 73), il quale nega che il trasferimento del bene dato in garanzia possa determinare una successione nell'obbligazione, concependo la controversa figura di un debitore che rimane responsabile, ma può rispondere solo con un bene ormai entrato nel patrimonio di un terzo (pp. 68-69); C. DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, cit., 60-61; C. ARIJA SOUTULLO, *El adquirente de bienes hipotecados*, Valencia, 2002, 54.

[731] La disposizione prevede che "la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor".

consenso la cui necessità è ribadita dall'art. 118, comma 1, L.H.[732]. In mancanza di un simile accordo, non sembra prospettabile la sostituzione di un nuovo debitore a quello originario quale conseguenza del trasferimento del bene[733]. Né un simile effetto potrebbe essere ricavato

Sembra allora da escludere una circolazione nel debito e da affermare allora che l'ipoteca con limitazione della responsabilità non solo determina una diminuzione del patrimonio in garanzia, ma nel caso di circolazione del bene può anche dare luogo a una riduzione di segno opposto; a una responsabilità, cioè, senza debito proprio: nella relazione tra creditore e terzo acquirente la prestazione sarebbe non solo inesigibile, ma ancor prima indebita, non dovuta poiché il terzo è responsabile senza essere debitore. Opposta è la visuale ed opposto si presenta il regime giuridico per il terzo: l'eventuale suo adempimento non troverebbe prima di sé alcun obbligo giuridico, e risulterebbe per ciò stesso ripetibile. Dall'altro lato, il terzo che non è tenuto ad adempiere, potrebbe patire le conseguenze determinate dalla condotta altrui.

L'ipoteca resta coerente alla sua natura accessoria, sicché l'eventuale adempimento del debitore, oltre a risultare irripetibile, estingue l'obbligazione e, di riflesso, la garanzia; proprio per questo il pagamento del debitore non è considerato un atto a titolo gratuito[734]. La stessa conseguenza produce la remissione del debito. Quanto detto può riferirsi non solo al caso di cessione del bene ipotecato, ma anche a quello di trasferimento del solo credito. Si allude all'ipotesi, remota ma non per questo da escludere, in cui la costituzione di un'ipoteca con limitazione della responsabilità, circoli il debito ma non il bene. Le considerazioni svolte possono restare ferme: muta l'identità del debitore, ma non quella del soggetto responsabile, che rimane quello originario[735], il quale risponde con il bene in garanzia dell'eventuale inadempimento imputabile al nuovo obbligato.

Per concludere, e sempre in relazione alla posizione del terzo, è opportuno notare che il pregiudizio patito per via dell'esecuzione o del pagamento volto ad evitarla può dare luogo a una nuova obbligazione dello stesso debitore, assistita da una responsabilità patrimoniale universale. Si tende a riconoscere il diritto del terzo a ricevere dal debitore un indennizzo per il pregiudizio[736]. Sorge un credito nei confronti dell'originario debitore, limitato al valore

[732] Il testo dell'intera disposizione è riportato a nt. 738.

[733] Né la soluzione contraria potrebbe essere argomentata muovendo dall'art. 126 L.H., il quale con riferimento alla disciplina generale dell'ipoteca dispone che prima di avviare l'esecuzione sul bene il creditore è tenuto a domandare al terzo il pagamento: il terzo non è obbligato, ma ha la facoltà di eseguire il pagamento oppure abbandonare il bene se intende evitare l'esecuzione, senza averne l'obbligo. In tal senso, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. III, t. 3, cit., 162; C. DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, cit., 169; in termini analoghi, discorrendo di onere anziché di debito, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., 137; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 89.

[734] A. DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RAIDO, *La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria*, cit., 113-114.

[735] Così C. DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, cit., 68.

[736] La questione è affrontata da R. CARPI MARTÍN, *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Madrid, 2002, 179 ss., la quale afferma che nel caso di pagamento sarebbe applicabile la regola che in materia di adempimento del terzo riconosce il diritto al rimborso (art. 1158, commi 2 e 3, código civil); nel caso in cui avvenga l'esecuzione, sarebbe invece applicabile in via analogica la norma che riconosce il diritto al rimborso nei riguardi del fideiussore (art. 1838); non vi sarebbe invece alcuna surroga del terzo nei diritti del creditore.

ricavato dall'esecuzione del bene o a quello del pagamento eseguito per evitarla, ed assistito da una responsabilità patrimoniale universale, perciò estesa all'intero patrimonio[737].

Nessun credito del terzo sorge invece qualora risulti che dell'ipoteca già costituita si è tenuto conto nel fissare il prezzo del bene. In questi casi, anzi, è il vecchio proprietario a poter acquisire un credito verso il terzo: la legge ipotecaria spagnola è chiara nello stabilire che se dell'ipoteca si è tenuto conto nella determinazione del prezzo ed è il venditore ad adempiere, egli ha diritto di surrogarsi al creditore nei confronti del terzo titolare del bene ipotecato[738]. Questa eventualità pone dinanzi ad un fenomeno singolare: il venditore che paga si surroga al creditore nell'ipoteca verso il compratore; tuttavia, egli non si surroga nel credito[739], che non può essere il medesimo per il quale egli stesso era obbligato. In questo caso potrebbe sembrare di trovarsi dinanzi a un'ipoteca autonoma[740], priva dell'obbligazione garantita; è invece più plausibile credere che l'adempimento del debitore sia costitutivo di un suo credito nei confronti dell'acquirente che ha beneficiato di un minor prezzo nell'acquisto del bene ed altresì del diritto a surrogarsi nell'ipoteca, che garantisce non più l'originaria prestazione, ma quest'altra[741].

---

[737] R. CARPI MARTÍN, *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, cit., 179 ss., nega che vi sia una surroga del terzo nei diritti del creditore. Di diverso avviso, A. DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RAIDO, *La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria*, cit., 109 ss., secondo il quale il terzo si surrogherebbe al creditore soddisfatto. Lo stesso Autore riconosce che tale surroga implicherebbe l'assenza di responsabilità in capo al debitore, essendo l'unico bene "responsabile dell'obbligazione" già nel patrimonio del terzo.

[738] L'art. 118 stabilisce "en caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito. Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado". Alla base di questa disciplina sta, secondo L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. III, t. 2, cit., 188, il fatto che nel trasmettere il bene le parti hanno implicitamente posto a carico dell'acquirente il peso economico dell'obbligazione garantita. Per J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. III, t. 3, cit., 164 ss., invece, si tratterebbe di un caso di assunzione tacita del debito; tesi, questa, scarsamente condivisibile, poiché non spiega a che titolo l'originario debitore sarebbe allora tenuto ad adempiere e perché il suo pagamento non sia invece reputato indebito.

[739] Così R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 323.
Di altro avviso sembra F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, *La extinción del crédito hipotecario*, cit., 267, il quale considera l'adempimento del debitore non estintivo dell'obbligazione, e quindi pensa ad una surrogazione non nella sola ipoteca, ma nel rapporto obbligatorio.

[740] R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 324.

[741] J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. III, t. 3, cit., 158-159; B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, cit., 562 ss.; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La hipoteca inmobiliaria. La anticresis*, in *Curso de Derecho Civil*, P. de Pablo Contreras (coordinator), Madrid, 2008, 596; lo stesso R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, cit., 325, il quale pure parla di ipoteca autonoma, accenna questa ricostruzione. Se così è, e cioè se l'ipoteca serve a garantire il credito dell'originario debitore nei confronti del compratore, diviene evidente come la garanzia non sia autonoma, ma accessoria a questo nuovo rapporto.

46. La prescrizione dell'ipoteca tra i fatti riduttivi del rapporto nel diritto spagnolo

Si è fermata l'attenzione sull'istituto dell'ipoteca con limitazione della responsabilità per la sua originalità e per l'utilità che sembra avere al fine di chiarire la relazione tra debito e responsabilità nell'obbligazione. Tuttavia, quello esaminato non è il solo problema del diritto ipotecario spagnolo a risolversi nella dissociazione tra i due rapporti.

Gli artt. 1964, comma 1, del codigo civil[742] e 128 L.H.[743] stabiliscono che l'azione ipotecaria si prescrive in venti anni[744].

Il secondo comma dello stesso art. 1964[745] indica un termine ordinario quinquennale per la prescrizione delle altre azioni personali[746].

Decorso il termine di cinque anni dall'inadempimento, il creditore perde la possibilità di far valere la responsabilità universale del debitore e solamente può agire sul bene in garanzia, entro i venti anni che decorrono dallo stesso momento. Per parte della dottrina questa disciplina farebbe eccezione al principio di accessorietà[747], giacché in conformità ad esso l'estinzione dell'azione personale dovrebbe determinare necessariamente anche quella del credito, mentre qui l'ipoteca sembrerebbe sussistere senza un credito. Un altro orientamento afferma che per scongiurare tale conseguenza e preservare il principio di accessorietà, sarebbe necessario correggere il testo normativo ed uniformare i due termini di prescrizione[748].

---

[742] Questo primo comma stabilisce che "la acción hipotecaria prescribe a los veinte años".

[743] Si prevede che "la acción hipotecaria prescribirá a los veinte años, contados desde que pueda ser ejercitada".

[744] Quanto al *dies a quo* di tale termine, è opportuno segnalare solo che quella ipotecaria, diversamente da altre azioni reali, non richiede una lesione del diritto reale, sicché tale termine assume a riferimento l'obbligazione, e segnatamente il momento della sua esigibilità; per questo di regola il termine coincide con quello dell'azione personale. Così, nella dottrina spagnola, F. REGLERO CAMPOS, *De le prescripcion de las acciones*, in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo-S. Diaz (directores), t. 25, vol. II, Madrid, 1994, 215 ss.; R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Extensión objetiva de la hipoteca. Tercer poseedor*, t. 9, Barcelona, 1998, 177-178; B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, cit., 395.

[745] Questo secondo comma stabilisce che "Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan".

[746] Diversi termini di prescrizione sono previsti anche in atri ordinamenti. Per esempio nel nostro, l'art. 2880 cod. civ., prevede un termine di prescrizione per l'ipoteca relativa a beni acquistati da terzi di venti anni dalla trascrizione dell'acquisto. Tuttavia, non si pongono i problemi che si trovano nell'ordinamento spagnolo poiché è lo stesso diritto di credito, e non solo quello ad agire, ad estinguersi solitamente prima dell'ipoteca, che ne segue la sorte.
All'interno dello stesso Stato spagnolo, l'ordinamento della Navarra (Fuero Nuevo) prevede termini di prescrizione differenti: la Ley 30 prevede una prescrizione di venti anni per l'azione ipotecaria; la Ley 39 stabilisce in trenta anni il termine ordinario di prescrizione per le azioni personali.

[747] P. LACAL, *El mito de la accessoriedad de la hipoteca*, cit., 932; F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, *La hipoteca como instrumento al servicio del desarollo del mercado inmobiliario*, cit., 1643. In termini analoghi si orienta Sentencia del Tribunal Supremo, 8 de noviembre de 1960.

[748] Risultano di quest'avviso T. RUBIO, *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (itinerario histórico y régimen vigente)*, Madrid, 1994, 209-210; J.L. LACRUZ BERDEJO-F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA-A. LUNA -J. DELGADO -F. RIVERO -J. RAMS, *Elementos de Derecho Civil. III. Derechos reales*, vol. II, Madrid, 2004, 289, secondo i quali, poiché termini diversi contrasterebbero il principio di accessorietà, bisognerebbe avere riguardo anche per l'azione ipotecaria al più contenuto termine previsto per quella personale.
In senso analogo, affermando che l'azione ipotecaria si prescrive insieme con quella personale, e che la previsione di termini differenti avrebbe il solo senso di far estinguere l'azione ipotecaria prima di quella

Se invece si muove dalla possibilità di tenere separati debito e responsabilità, anche il problema dei diversi termini di prescrizione sembra risolversi.

Pure in questi casi sembra di trovare una parziale riduzione dell'obbligazione: una volta decorso il termine quinquennale, persiste il debito verso il creditore, la cui posizione risulta indebolita: non assistita dalla garanzia generica, ma solo da quella particolare sul bene[749]. L'ipoteca nasce e resta collegata a un debito sottostante: come riconosce la dottrina, l'art. 1964 cod. civ. disciplina l'estinzione dell'azione e non quella del diritto[750]. Altrimenti, ed ammettendo cioè la persistenza di un'ipoteca autonoma, si dovrebbe riconoscere il venir meno del debito, da cui due corollari, ineludibili quanto inaccettabili: l'eventuale adempimento sarebbe ripetibile e non determinerebbe l'estinzione della garanzia.

---

personale in caso di interruzione di quest'ultima, F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, *La extinción del crédito hipotecario*, cit., 254-255; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. 2, Madrid, 2001, 260.
Al novero di queste tesi possono ricondursi anche quelle di L. DÍEZ-PICAZO-L. PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003, 209-210; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Prescripción de la acción hipotecaria*, in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, A. Cabanillas-J. Caffarena-J.M. Miquel-V.L. Montés-A.M. Morales-F. Pantaleón (coordinadores), t. 3, Madrid, 2003, 3867 ss.. Secondo questi Autori, entrambe le azioni si prescriverebbero nel termine previsto per quella personale, salvo il caso di bene in possesso di un terzo, nel quale dovrebbe applicarsi la prescrizione ventennale all'azione ipotecaria.
Altri credono sia invece il credito ipotecario ad adeguarsi al termine di prescrizione ventennale previsto per l'azione reale. A questa posizione possono ricondursi R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Extensión objetiva de la hipoteca. Tercer poseedor*, t. 9, cit., 175-176; E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *La interpretación del articulo 1.964 del Código Civil*, in *Revista Jurídica del Notariado*, 2004, 160-161, il quale precisa che il creditore potrebbe agire con la sola azione ipotecaria, entro il termine di venti anni, e, solo se questa non basta a soddisfare integralmente il credito, diventa possibile agire con l'azione personale.

[749] Di limitazione della responsabilità patrimoniale discorrono L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Instituciones de derecho civil*, vol. II, t. 2, cit., 382. In senso analogo, A. BELLVER CANO, *La prescripción de las acciones hipotecarias*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1934, 666; F. REGLERO CAMPOS, *De le prescripcion de las acciones*, cit., 212 ss. B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, cit., 368.

[750] F. REGLERO CAMPOS, *De le prescripcion de las acciones*, cit., 44 ss.; E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *La interpretación del articulo 1.964 del Código Civil*, cit., 149, per il quale però l'estinzione dell'azione comporterebbe sempre anche quello del diritto; B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, cit., 315, 361 ss. e 441, secondo la quale un diritto si estinguerebbe solo all'estinguersi di ogni possibile azione per farlo valere; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La hipoteca inmobiliaria. La anticresis*, cit., 609-610. L'idea trova seguito nella giurisprudenza, e possono citarsi Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de julio de 1957; Sentencia del Tribunal Supremo, 23 de enero de 1988, che pure in qualche inciso fa riferimento alla prescrizione dello stesso diritto soggettivo. A supporto di questa tesi può richiamarsi l'art. 1156 del código civil, ai sensi del quale "las obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. Por la condonación de la deuda. Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por la novación". Diversamente da come era nel progetto del código civil del 1851, nell'elencazione non compare la prescrizione.

CAPITOLO V

Autonomia privata e vicende dell'obbligazione nel concordato preventivo

47. Soggetti ed effetti del concordato preventivo

Il superamento del dogma che vuole autonomia privata e responsabilità patrimoniale come incomunicanti priva del suo postulato fondamentale l'orientamento che giudica inammissibili le proposte di concordato limitative dell'oggetto della garanzia generica. Lo stesso avviene per le tesi che leggono nella disciplina del concordato con continuità una eccezione al divieto di patti sulla responsabilità. I termini del discorso sembrano rovesciarsi. Non serve più andare in cerca di una norma che autorizzi la limitazione della responsabilità, ma semmai di quella che lo impedisca nel concordato. Per arrivare a questa conclusione bisogna però prima esplorare il nesso che lega il concordato preventivo all'autonomia privata, prima, e alla responsabilità patrimoniale, poi. L'ipotesi è di inserire il concordato tra gli accordi sulla responsabilità; per farlo è necessario stabilire se i suoi effetti derivano da un accordo tra debitore e creditori e se riguardano proprio la responsabilità patrimoniale, determinando la riduzione dei rapporti d'obbligazione. I problemi da affrontare in questo capitolo riguardano allora la fonte (se negoziale) e l'efficacia (se rivolta alla responsabilità) del concordato.

48. Il concordato preventivo tra fonti autonome ed eteronome

Il concordato è volto alla produzione di regole per disciplinare i rapporti tra debitore e creditori. Si pone allora il problema della competenza normativa[751]. In linea generale l'attività creatrice delle norme può seguire due criteri alternativi: quello dell'eteronomia o quello dell'autonomia. Il primo postula la diversità tra autori e destinatari; la legittimità della norma promana dall'autorità, la quale concede ad un soggetto che comanda di imporre la propria volontà ad uno che viene comandato. Il secondo esige il darsi regole da sé: chi pone la norma è anche il destinatario degli effetti[752]; il fondamento della regola sta nella libertà individuale[753]. La distinzione, così netta in teoria, si fa problematica quando la regola è voluta da alcuni tra i destinatari, ma da applicare a tutti, come nelle ipotesi in cui il potere normativo sia riconosciuto non a ciascuno individualmente, ma alla maggioranza dei destinatari[754]. La

[751] Di "competenza normativa", e cioè a porre regole, parla E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1928, 277-278.

[752] Secondo E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 280, "un negozio giuridico si compie sempre per imprimere una destinazione e una regola impegnativa: e intanto si ha potere di imprimervi una destinazione e una regola siffatta in quanto si tratti di interessi propri. Solo rispetto a interessi propri, infatti, può la volontà del privato essere decisiva".

[753] Un delicato profilo del rapporto tra autonomia ed eteronomia è individuato da M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, G. Gitti-G. Villa (a cura di), Bologna, 2008, 137-138, il quale nota che "quello autonomo si converte e risolve in uno spazio giuridico non già vuoto bensì *pieno* di norme, attributive del potere privato e sottrattive del potere statale: non un vuoto originario, ma un vuoto di disciplina sovrana ricavato attraverso l'arretramento della sovranità pubblica, e così mediante la posizione di una norma costruttrice dello spazio autonomo. Sfera di competenza normativa dei sudditi, il potere autonomo discende dal precedente svuotamento di norme eteroconformatrici e di regole estranee alle parti, poste dall'alto a disciplina dei rapporti tra privati: l'autonomia giuridica deriva in ogni caso da una norma autolimitante, attributiva di una posizione di sovranità" (corsivo dell'Autore).

[754] F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 336 osserva che "dove il principio di maggioranza estende il suo dominio, là soffre eccezione la regola fondamentale di tutto il diritto privato, cioè l'autonomia, la legittimazione esclusiva di ciascuno a disporre dei propri interessi". Negli stessi termini, secondo R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e*

norma voluta da alcuni, formata ed espressa secondo certe altre regole, è suscettibile di imporsi anche a chi non dichiari il proprio consenso.

Al criterio maggioritario si ispira anche il concordato. Esso "è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto" e "ove siano previste diverse classi di creditori, [...] è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero delle classi" (art. 177, comma 1, l. fall.). Tuttavia, con l'omologazione il concordato così approvato è reso "obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso" (art. 184, comma 1, l. fall.). In questo consistono le due anime del concordato: il quale mantiene per alcuni la simmetria tra autori dell'atto e destinatari degli effetti, assunta come peculiare del sistema radicato nell'autonomia, e per altri introduce quella asimmetria che è invece caratteristica dell'eteronomia[755]. Si trovano allora contrapposte, da un lato, volontà efficaci, idonee a determinare conseguenze giuridiche; dall'altro, volontà inerti.

Il concordato pone allora un problema di produzione giuridica che non è solamente teorico. Se la fonte degli obblighi - quella che può ridurre il rapporto e privarlo in parte della responsabilità - è la libertà negoziale, il problema è quello dei limiti a questa libertà, da ragionare secondo le categorie del diritto privato. Se la fonte sta invece nella decisione dell'autorità, e segnatamente di quella giudiziaria, il problema investe la relazione tra questa autorità e i privati.

49. Autori dell'atto e destinatari degli effetti. Il principio di relatività

Il concordato, come anticipato, sembra conteso tra il polo dell'autonomia e quello dell'eteronomia. Con una stessa espressione si indicano sia un procedimento che la fonte giuridica cui esso dà luogo. Quale procedimento, il concordato configura una fattispecie complessa a formazione progressiva[756], per la quale risultano essenziali due coppie di atti. Da una parte stanno la proposta e l'approvazione dei creditori[757]. Dall'altra si trovano il ricorso, inteso come la domanda che viene rivolta all'autorità giudiziaria, ed il provvedimento di omologa. L'omologa è decisa dall'autorità giudiziaria. La proposta e il ricorso sono di regola entrambi atti del debitore, anche se il primo può in certe ipotesi provenire da uno dei creditori (par. 53). L'accettazione è invece riferibile ad alcuni creditori soltanto.

---

nell'amministrazione controllata, cit., 1, "è principio fondamentale dell'autonomia privata che nessuno può essere obbligato se non dalla propria volontà [...]. Il principio maggioritario, invece, porta, secondo l'interpretazione tradizionale che di esso viene data, all'assoggettamento della minoranza assente o dissenziente alla maggioranza, in quanto i componenti di questa minoranza sono vincolati da una volontà manifestata unilateralmente da altri soggetti".

[755] "Pur procedendo dal consenso dei privati, il concordato «è obbligatorio per tutti i creditori» (artt. 135, primo comma, e 184, primo comma, l. fall.), compresi quelli che non siano *d'accordo*. Il concordato annuncia allora una specie di contraddizione. Esso va in cerca del consenso ma, al tempo stesso, prescinde dal consenso" (M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 16 - corsivi dell'Autore).

[756] Così M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 67-68; G. BOCCUZZI, *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. V, Milano, 2017, 1050.

[757] La combinazione di proposta ed approvazione è illustrata da M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 27: la proposta "offre il mutamento dell'ordine giuridico esistente, una complessiva ridefinizione dei rapporti"; l'approvazione "verso la proposta si dirige, traendo con sé un giudizio di adesione al mutamento dell'ordine giuridico".

Questa articolazione della procedura è all'origine della contrapposizione tra concezioni negoziali e processuali del concordato.

Le tesi negoziali intendono il concordato alla stregua di un accordo tra debitore e creditori. In questa prospettiva si afferma che "il nucleo dell'istituto sono due manifestazioni di volontà"[758], ossia la proposta e l'approvazione dei creditori.

Quelle processuali sono accomunate dall'importanza che viene riconosciuta al ricorso e al decreto di omologa e dalla critica alle tesi negoziali circa l'incoerenza rispetto ad effetti che essendo voluti solo da alcuni hanno la capacità di estendersi a tutti.

Il problema di fondo è rappresentato dal "principio di relatività degli effetti". Questo predica per i contratti - e per le fonti autonome più in generale - la necessaria coincidenza tra gli autori dell'atto e i destinatari degli effetti. I secondi sono relativi a coloro i quali dichiarano di volerli. Si dice perciò che il contratto non è altro dalla volontà che lo pone in essere: "il contratto è consenso"[759].

Nel principio di relatività si raccolgono una funzione positiva ed un'altra negativa[760]. Non solo si riconosce al negozio la capacità di rivolgere i propri effetti verso l'autore dell'atto[761], ma gli si impedisce anche di indirizzare le sue regole a chi non sia autore di quell'atto[762]. Sotto la stessa denominazione si raccolgono l'autodeterminazione interna (possibilità di individuare da sé la propria regola) e quella esterna (possibilità di rifiutare la regola stabilita da altri).

Nel sistema attuale il principio è riconosciuto dall'art. 1372 cod. civ.. Il senso positivo e quello negativo della relatività, un tempo fissati in disposizioni distinte[763], sono separatamente riconosciuti nei suoi due commi. Il primo stabilisce che "il contratto ha forza di legge tra le parti". Quello seguente afferma che "il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge". Il primo comma espande la regola contrattuale ai paciscienti, rievocando con formula solenne la forza attribuita alla legge; il secondo la restringe a quegli stessi soggetti[764]. Questa considerazione preliminare consente già di

[758] G. JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. Fauceglia-L. Panzani (diretto da), vol. III, Milano, 2009, 1588, il quale alla pagina successiva però precisa che "non si tratta soltanto di un contratto o di un provvedimento, ma di un procedimento nel quale l'ordinamento individua ed attribuisce effetti giuridici a diversi elementi, taluni di carattere negoziale ed altri di carattere processuale".

[759] P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, cit., 69.

[760] In questa direzione, F. D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, in *Fall*., 1990, II, 189; G. D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi tra creditori nei concordati*, cit., 406; G. D'ATTORRE, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, cit., 762.

[761] Per B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, vol. I, pt. 1, cit., 265, con il negozio giuridico "si dichiara di volere, che abbia luogo un effetto giuridico, e l'ordine giuridico fa che questo effetto giuridico abbia luogo, per ciò solo che esso è voluto dall'autore del negozio giuridico".

[762] La dimensione negativa della relatività è rappresentata da E. BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Padova, 1929, 281, attraverso una metafora: "ben può il privato comandare in casa propria, ma non in casa d'altri".

[763] Nel codice civile previgente era l'art. 1123 a stabilire che "i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti. Non possono essere rivocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge". L'art. 1130 stabiliva in un unico comma che "i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti: essi non pregiudicano né giovano ai terzi, fuorché nei casi stabiliti dalla legge".

[764] Per un consolidato ed autorevole orientamento nell'art. 1372 vi sarebbero un primo comma rivolto alla determinazione della regola generale ed uno successivo rivolto alla sua eccezione; in questa direzione V. ROPPO,

affermare che nel principio di relatività ne coesistono altri due, distinti e di diversa ampiezza: uno impone alle parti l'efficacia del contratto; l'altro la esclude per i terzi.

50. Il principio dell'inefficacia esterna

La conclusione del paragrafo precedente, porta a individuare in quello di relatività due principi distinti. Il primo, definibile della "efficacia interna"; l'altro, della "inefficacia esterna". Solo in apparenza i due principi condividono la medesima ampiezza. Quello di efficacia interna assume carattere assoluto[765]: si esclude che possano esservi contratti non vincolanti per le parti del negozio; un simile atto semplicemente non sarebbe un contratto. Quello di inefficacia esterna risulta un principio meno ampio, contemplando già la disposizione codicistica la possibilità di una diversa disciplina[766].

Una precisazione è indispensabile su tale relatività. La previsione dell'art. 1372, comma 2, cod. civ., laddove richiama la possibilità che altre leggi introducano una disciplina diversa da quella dell'inefficacia esterna, risulta tutt'altro che priva di senso e inutile. Se correttamente intesa, la norma contiene non l'autorizzazione al legislatore per stabilire regole diverse - nel qual caso davvero si tratterebbe di un testo inane - ma il criterio di soluzione dei conflitti tra norme. Se un'altra legge, precedente o anche successiva al codice civile, escludesse l'efficacia del contratto tra le parti, si determinerebbe un'antinomia o un'eccezione rispetto l'art. 1372, comma 1, cod. civ., da risolvere secondo i criteri ordinari. Se il medesimo provvedimento stabilisse invece l'efficacia nei confronti dei terzi non vi sarebbe alcun conflitto, ma anzi lo svolgimento della logica interna all'art. 1372, comma 2, cod. civ., il quale già preannuncia simili discipline[767]. Né le norme che consentono l'efficacia esterna potrebbero considerarsi eccezionali: la fattispecie dell'art. 1372, comma 2, cod. civ. assume come elemento costitutivo dell'inefficacia esterna la mancanza di una norma di segno contrario, sicché la presenza di una simile regola non tanto sarebbe una eccezione al

---

Il contratto, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 568-569; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale*, E. Gabrielli (a cura di), t. 2, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2006, 1183.

[765] Che né il mutuo dissenso né clausole che attribuiscano ad una delle parti il diritto di modificare il regolamento contrattuale siano in contrasto rispetto all'assolutezza del principio è dimostrato da P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Effetti*, M. Costanza (a cura di), in *Trattato Roppo*, vol. III, Milano, 2006, 6.

[766] Secondo M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 55, "l'art. 1372 cod. civ. contempla due specie di efficacia contrattuale: una che lega nel vincolo gli autori dell'atto; una ulteriore che si espande ai soggetti estranei all'accordo. La prima ipotesi è direttamente prevista nella disposizione, a modo di norma generale; la seconda è soltanto ipotizzata, rinviando la disposizione ad altre norme di legge".

[767] In questa direzione orientano le affermazioni di M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 56-57, secondo il quale "le leggi che attribuiscono al contratto la idoneità a produrre effetti nei confronti dei terzi non tanto recano una deroga all'art. 1372, secondo comma, cod. civ. ma piuttosto ne svolgono la logica interna. Essendo la disposizione ad annunciare i diversi «casi previsti dalla legge», le norme che pongono una differente disciplina degli effetti contrattuali non fanno eccezione, ma rifluiscono pienamente nel suo circuito"; V. CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia* concorsuale, cit., 1233-1234, secondo la quale "lo stesso art. 1372 c.c., nel sancire il principio di relatività degli effetti del negozio, pone la riserva dei *casi previsti dalla legge*. Come dire che l'atto negoziale capace di spiegare effetti anche nei confronti dei terzi non perde, per ciò solo, la qualifica di contratto, ove l'effetto espansivo sia disposto dalla legge. È il caso, per il concordato preventivo, dell'art. 184 l. fall.. Che l'accordo vincoli tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, piuttosto che contraddire l'art. 1372 c.c. sembra costituirne un logico svolgimento" (corsivo dell'Autrice); V. CONFORTINI, *Il concordato preventivo fra legge del concorso e legge del contratto. concordati di riorganizzazione societaria e* status socii, in *Riv. dir. civ*., 2018, 1309 e 1321-1322; A. AZARA, *Il concordato preventivo*, cit., 628.

principio, ma il fatto che impedisce il perfezionarsi della fattispecie e, quindi, la vigenza degli effetti.

In questa prospettiva non sembra possibile sostenere che l'efficacia esterna dell'atto possa essere solamente quella vantaggiosa per il terzo[768], sulla base dell'idea che simili effetti, proprio "in quanto favorevoli, non toccano il contenuto preesistente della loro [ossia, dei terzi] sfera giuridica"[769]. Una simile affermazione sembrerebbe condizionata dall'influenza e dal prestigio del *code Napoléon*, il quale espressamente circoscriveva l'efficacia verso i terzi alla produzione di conseguenze favorevoli[770]. Tuttavia, una precisazione di questo genere non è riportata dal testo dell'art. 1372, comma 2, cod. civ.[771]. La formula adoperata da questa disposizione ("il contratto non produce effetto rispetto ai terzi") sostituisce quella utilizzata dall'art. 1130 del codice previgente[772], la quale espressamente stabiliva l'inefficacia esterna senza distinguere le conseguenze favorevoli da quelle sfavorevoli: i contratti "non pregiudicano né giovano ai terzi, fuorché nei casi stabiliti dalla legge".

51. Un primo criterio: la fonte eteronoma degli effetti

Le indagini sulla fonte degli effetti nel concordato concludono che essi dipendono dal provvedimento del giudice o invece dal negozio tra debitore e (maggioranza dei) creditori.

Le ricostruzioni del primo tipo, che per comodità si dicono "processuali", condividono lo stesso postulato: l'inefficacia esterna, assunta come caratteristica dell'autonomia negoziale, manca nel concordato. Questo si caratterizza proprio per la capacità espansiva della regola scelta da alcuni e ciononostante applicabile anche ad altri: "mentre il contenuto del contratto è condiviso da tutti i contraenti, che vi acconsentono (ogni contratto è edificato sull'accordo; e corre quasi una sinonimia tra accordo a contenuto patrimoniale e contratto) invece il contenuto del concordato è deliberato dalla maggioranza dei creditori"[773]. Esclusa la coerenza

---

[768] Sembra essere questa l'opinione di G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Aa. Vv., vol. IV, t. 2, Torino, 1967, 259; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 218; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., 64, il quale nel riassumere il sistema codicistico dell'autonomia privata afferma che "l'atto di autonomia produce effetto per il suo o per i suoi autori e, purché si tratti di effetti favorevoli, per i terzi, salvo il rifiuto"; L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645*-ter *c.c.*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 144; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall*., 2008, I, 385-386; A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, in *Riv. dir. comm*., 2016, II, 554.

[769] Così, indagando sul piano storico il principio di relatività, L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1997, 4. Sembra seguire una logica analoga a quella esposta, M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, cit., 1206-1207.

[770] Nel testo originario era l'art. 1165 a stabilire che "les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121"; e la disposizione oggetto di rinvio (l'art. 1121) disciplinava appunto il contratto a favore di terzo. Nel testo attuale del codice francese, la norma generale sulla inefficacia esterna è rappresentata dall'art. 1119, i cui due commi stabiliscono che "le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV". L'efficacia interna è invece affermata dall'art. 1103, il quale dispone che "les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits".

[771] È questa la critica svolta da M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 57.

[772] V. nt. 763.

[773] F. DI MARZIO, *I contratti non sono concordati; i concordati non sono contratti*, in *IlFallimentarista.it*, 3. Idee analoghe sono proposte anche con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti; così F. DI MARZIO,

tra disciplina del contratto e del concordato, si associa l'efficacia del secondo non alla volontà dei privati, ma all'omologa del tribunale[774], affermando che "al concordato non possono non attribuirsi contenuto e natura pubblicistici" e che quindi "il raggiungimento delle maggioranze appare come semplice presupposto"[775].

In questa direzione deporrebbero ulteriori indizi. Per taluno la procedura sarebbe introdotta da un ricorso con cui si chiede al giudice l'ammissione alla procedura e mancherebbe una vera e propria trattativa tra debitore e creditori[776]. Per altri la natura contrattuale del concordato sarebbe da escludere perché l'accettazione della proposta non vincola il tribunale, che potrebbe rifiutare l'omologa nonostante l'approvazione dei creditori[777]. In un'altra prospettiva ancora sarebbe la disciplina prevista per le impugnazioni, rivolte contro il provvedimento e non contro l'accordo, ad escludere la base negoziale per il concordato[778]. Per qualcuno, infine, il concordato determinerebbe l'espropriazione dei diritti dei creditori, la quale potrebbe dipendere unicamente dall'iniziativa del potere pubblico e, nel caso particolare, dell'autorità giudiziaria[779].

Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare", in *GiustiziaCivile.com*, 5, per il quale "la estensibilità degli effetti [...] ai creditori rimasti estranei [...] è concettualmente incompatibile con la categoria contrattuale"; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., 385-386.

[774] La ricostruzione pubblicistica del concordato è sostenuta da A. BONSIGNORI, *Del concordato*, in *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1977, 130 ss., che parlando di quello fallimentare afferma che "il concordato è un procedimento, o meglio un subprocedimento dell'intero fallimento" (136), i cui effetti vanno ricollegati in via esclusiva al provvedimento del tribunale; A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori: concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta, e amministrazione straordinaria*, in *Trattato Galgano di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIII, Padova, 1997, 99 ss.; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. III, Milano, 1970, 2011 ss.; R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, cit., 319 ss., seppur con alcune precisazioni volte a moderare l'impianto della tesi pubblicistica (387 ss.); G.U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2001, 637-638 e 718-719; A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, 17 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *L'adunanza dei creditori e la votazione nei procedimenti concorsuali (Aspetti sostanziali e processuali)*, Padova, 1989, 44-45; Cass. civ., Sez. I, 7 maggio 1992, n. 5424, in *Giust. civ*., 1992, I, 2021, con nota di G. Lo Cascio, *Creditori concordatari e terzo acquirente di bene ipotecato.*

[775] Entrambe le affermazioni si leggono in Cass. civ., Sez. un., 2 luglio 1965, n. 1373, in *Foro it*., 1965, I, 1171.

[776] G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 2017, 96-97.
Nonostante questa critica sembra opportuno rilevare come anche nell'ipotesi del concordato in bianco la proposta è indispensabile, dovendosi altrimenti dichiarare l'inammissibilità della procedura; allo stesso modo, non sembra dimostrata la mancanza di una trattativa, vista anzi la presenza di atti assimilabili alla proposta ed all'accettazione con cui si perfeziona l'accordo.

[777] R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. II, Milano, 1970, 1613; E. FRASCAROLI SANTI, *L'adunanza dei creditori e la votazione nei procedimenti concorsuali (Aspetti sostanziali e processuali)*, cit., 45 e 73 ss.; A. BONSIGNORI, *Del concordato*, cit., 132; G.U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 637; App. Ancona, 19 luglio 1982, in *Dir. fall*., 1983, II, 420, con nota di D. Di Gravio, *Di alcune questioni in tema di concordato preventivo e di «meritevolezza» delle società di capitali*.
A quest'affermazione sembra però di poter opporre che il controllo esercitato in sede di omologa dal tribunale non prescinde dal volere della maggioranza, ma ne tutela l'autenticità (in assenza di opposizioni, l'omologa può essere rifiutata soltanto per vizi "della procedura" o che riguardino "l'esito della votazione") ovvero protegge l'interesse dei dissenzienti (qualora vi siano opposizioni sulla convenienza della proposta).

[778] E. FRASCAROLI SANTI, *L'adunanza dei creditori e la votazione nei procedimenti concorsuali (Aspetti sostanziali e processuali)*, cit., 45; A. BONSIGNORI, *Del concordato*, cit., 132-133.

[779] Così R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. II, cit., 1614, il quale lascia degradare la dichiarazione dei creditori in una sorta di funzione consultiva sulla convenienza della proposta (1616); R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. III, cit., 1782, a proposito del concordato fallimentare; M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. it*., 2016, 1035, la quale ricorre all'espropriazione per pubblica utilità per spiegare sia la falcidia concordataria verso i creditori che

L'idea che associa gli effetti del concordato a una fonte eteronoma è oggetto di vivaci critiche in dottrina[780]. Soprattutto, nessuna delle posizioni messe in rapida rassegna giustifica l'affermazione secondo cui gli effetti del concordato deriverebbero dalla combinazione di ricorso e provvedimento di omologa. Sarebbe però altrettanto ineccepibile che nemmeno la proposta e l'approvazione dei creditori bastano da sole a produrre gli effetti voluti. Proprio perché il concordato consiste in una fattispecie complessa, composta da tutti gli atti già richiamati, la mancanza anche di uno solo tra essi è sufficiente a precludere l'effetto. L'analisi sembra allora dover seguire un diverso criterio; volgendosi non alla ricerca dell'atto che li produce, ma di quello che stabilisce gli effetti[781]: "l'autonomia è potere di determinazione del contenuto negoziale: «*negoziale*», appunto perché «*negoziato*», cioè discusso e trattato fra le parti"[782]. Si tratta del criterio che distingue i fatti costitutivi dalla fonte degli effetti e che viene comunemente praticato in altri settori: anche per la costituzione della persona giuridica è essenziale l'intervento pubblico, la cui mancanza impedisce l'effetto, ma nessuno sembra più dubitare della natura privatistica sia del soggetto sia dell'atto che ne programma l'esistenza.

Gli effetti del concordato non sono predeterminati dalla legge né dal giudice. L'art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall., dopo avere indicato la funzione dell'istituto precisa che essa può essere perseguita "attraverso qualsiasi forma". Le modalità per conseguire "la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti" (art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall.) sono selezionate tra le innumerevoli astrattamente possibili dal proponente e condivise dalla maggioranza dei creditori.

Assunta questa prospettiva, si può procedere con l'affermazione della fonte negoziale per le conseguenze del concordato: "gli effetti sono negoziali in quanto concordemente concepiti dalle parti; che poi essi postulino l'accadere di altri fatti, come ad esempio la omologazione, non vale a contraddire la loro natura: il contenuto degli effetti, nonostante la omologazione,

---

la possibilità per essi di disporre, mediante proposte concorrenti, del patrimonio del debitore; L. ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fall.*, 2008, 257, il quale fa riferimento ai penetranti controlli svolti dal tribunale prima della riforma del 2006 per giustificare l'espropriazione subita dai creditori.

Un più approfondito esame di questa tesi è svolto da M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 62 ss., il quale muove soprattutto due critiche: in primo luogo, non sarebbe dimostrata la sussistenza nella disciplina del concordato di un interesse pubblico prevalente su quello dei creditori; inoltre, difetterebbe uno dei presupposti dell'espropriazione, dato dalla mancanza del consenso, poiché i creditori sono invece ammessi a prendere posizione sul concordato, a respingerne e - tramite proposte concorrenti - finanche programmarne gli effetti. A queste critiche si aggiungono quelle di A. BONSIGNORI, *Del concordato*, cit., 137, che sottolinea anzitutto l'anomalia di una espropriazione per pubblica utilità rimessa a un provvedimento del giudice.

[780] Una completa rassegna degli ostacoli che incontrano le tesi processuali è svolta da M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 61 ss.. Tra le critiche che l'Autore aggiunge a quelle più tradizionali va menzionata quella che sottolinea come al pari dei privati nemmeno l'autorità giudiziaria disponga di un generale potere costitutivo nei confronti dei privati, essendo questo invece circoscritto dall'art. 2908 cod. civ. ai "casi previsti dalla legge" (67).

[781] A tale criterio ricorre, sempre per individuare la fonte degli effetti associati alla procedura concordataria, M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 67, per il quale si tratta di "stabilire quale sia l'atto, nella lunga catena di fatti giuridici che vanno dal ricorso introduttivo al provvedimento di omologazione, a deliberare e programmare gli effetti del concordato".

[782] Così N. IRTI, *Persona e mercato*, cit., 293 (corsivi dell'Autore); N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., 93; M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., 138, per il quale "la libertà di determinare il contenuto del contratto parrebbe risolversi in autonomia negoziale nel senso più stretto, ossia in potere di trattare e costituire in modo bilaterale e paritario la disciplina del rapporto"; M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 68-69.

rimane conforme al contenuto che le parti hanno deciso"[783]. Restano però da superare le difficoltà poste dal principio di relatività, assunto come caratterizzante l'area del contratto ma estraneo alla disciplina del concordato.

52. Un secondo criterio: la fonte autonoma degli effetti. Il contratto con il gruppo dei creditori

Un'altra soluzione risolve il problema dell'apparente incoerenza tra concordato e relatività degli effetti ricorrendo allo stratagemma della entificazione.

Il riferimento ai creditori come soggetto unitario è risalente[784]. La tesi postula l'idea secondo cui la procedura di concordato riunirebbe i titolari delle singole pretese in un unico soggetto; a monte della quale si pone a sua volta quella sulla omogeneità di interessi tra i creditori, contrapposti a quello del debitore. I singoli creditori concorrerebbero a formare la volontà del gruppo, ma sarebbe poi direttamente questo a negoziare con il debitore[785]. Si tenta di fare salva la relatività degli effetti eliminando dalla scena i singoli e ricollegando gli effetti del negozio concordatario all'intendersi di due soggetti: da una parte il debitore e dall'altra il gruppo dei creditori[786]. In questa prospettiva l'efficacia verso i terzi viene giustificata assorbendo questi in una comunità più ampia.

Le critiche mosse con maggior frequenza a questo orientamento pongono in risalto anzitutto come non sia fondata la premessa relativa all'omogeneità degli interessi dei creditori nella crisi che coinvolge il comune debitore[787]; si è già notato (par. 8) che l'insorgere della crisi determina anzi la rivalità tra i creditori, ciascuno interessato ad essere soddisfatto prima e meglio degli altri. Ulteriori obiezioni contro l'esistenza del gruppo stanno nella considerazione che la massa dei creditori nel concordato sarebbe priva tanto di personalità quanto di soggettività giuridica[788], come pure della loro "struttura chiusa"[789]; non sarebbe

---

[783] M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 69.

[784] La tesi, già compiutamente delineata nelle pagine di ALF. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento. Trattato teorico-pratico*, Torino, 1902, 151 ss., riceve numerose adesioni nella letteratura: G. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, E. Bensa-A. Bruschettini-G. Bonelli-L. Franchi-P. Manfredi-U. Navarrini-C. Pagani-G. Segrè-A. Sraffa (redatto da), vol. VIII, pt. 2, Milano, 1923, 753 ss., per il quale "non sono i singoli che hanno contrattato, ma sibbene la massa" (754); M. CASANOVA, *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, cit., 100; M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 437; M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 165 ss.; M. FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, cit., 304 ss.; M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo. Il concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna, 2014, 64 ss..

[785] Rileva M. TAMPONI, *Principio di maggioranza, legittimazione del potere e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ*., 2006, 1317, che nelle decisioni del gruppo "la volontà proveniente dalla maggior parte del gruppo diviene la volontà di un soggetto altro".

[786] Con le parole di ALF. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento. Trattato teorico-pratico*, cit., 167, "i contraenti nel concordato obbligatorio sono, da un lato, il debitore, dall'altro, la collettività dei creditori".

[787] In questa direzione, R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, cit., 287 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 341; A. DIMUNDO, *La deliberazione dei creditori*, in *Fall*., 1992, 273; L. ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, cit., 258.

[788] Così R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. II, cit., 1613; L. ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, cit., 257-258, per il quale "la collettività dei creditori non assurge a persona giuridica e, neppure, a soggetto collettivo non personificato: si tratta di una

dotata di un proprio patrimonio, né titolare delle situazioni soggettive appartenenti ai singoli creditori[790]; difetterebbe di una organizzazione collegiale e delle necessarie tutele per i singoli[791]; non esprimerebbe una volontà unitaria ed autonoma[792].

Proprio da questo secondo gruppo di critiche si ricava l'impressione che l'entificazione del gruppo solo apparentemente recuperi la coerenza tra concordato e relatività degli effetti, lasciando invece il problema aperto. La pretesa coincidenza tra autori del negozio e destinatari degli effetti risulta solo apparente se si considera che mentre le parti del negozio sarebbero il debitore ed il gruppo dei creditori, gli effetti riguarderebbero non questa nuova entità (che non è né persona né soggetto e non è titolare di proprie situazioni giuridiche soggettive) ma direttamente ciascun creditore[793]. Permane la distinzione tra chi vuole l'atto (il gruppo) e chi ne subisce gli effetti (ciascun creditore). Il discorso ne esce anzi addirittura complicato: non solo bisogna giustificare l'efficacia verso i non consenzienti, ma anche nei confronti degli altri creditori, giacché nemmeno i consenzienti partecipano all'atto se per essi tratta e decide il gruppo.

53. Proposte concorrenti e inefficacia esterna

Entrambe le tesi esposte, quella processuale come quella negoziale che pensa all'accordo con il gruppo dei creditori, risalgono ad un'epoca in cui era vigente una disciplina del concordato profondamente diversa da quella attuale. La prima concepisce il concordato come una decisione che viene imposta ai creditori, mediante la quale li si espropria della frazione del

---

collettività che, al di là dell'interesse generico, comune a ciascuno dei suoi componenti, alla massima realizzazione, nel più breve tempo possibile delle rispettive ragioni di credito, è per sua natura composita e disomogenea"; F. DI MARZIO, *'Contratto' e 'deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Macario-F. Di Marzio (a cura di), Milano, 2010, 92; M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 121. L'esclusione di una autonoma soggettività in capo alla massa dei creditori è ricorrente nella giurisprudenza anche con riguardo alla procedura fallimentare; così Cass. civ., Sez. I, 23 aprile 1992, n. 4904, in *Giur. comm*., 1993, II, 360, con nota di S. Ambrosini, *Data certa e fallimento: il problema dell'opponibilità degli atti privi di data certa al curatore*; Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, cit.; App. Napoli, 19 maggio 2009, in banca dati *Iusexplorer on line*.

[789] R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, cit., 319-320.

[790] M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 120-121; F. DI MARZIO, *'Contratto' e 'deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 76, il quale però nel difendere la propria tesi del concordato come deliberazione sostiene l'argomento della comunanza di interessi tra i creditori del comune debitore (77).

[791] R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, cit., 43 ss., il quale pure esclude la necessaria dipendenza del principio maggioritario dal metodo collegiale (109).

[792] M. TAMPONI, *Principio di maggioranza, legittimazione del potere e autonomia privata*, cit., 1327; A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori: concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta, e amministrazione straordinaria*, cit., 101; R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, cit., 23; A. DIMUNDO, *La deliberazione dei creditori*, cit., 273; F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, 203 ss.; F. DI MARZIO, *'Contratto' e 'deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 92; E. FRASCAROLI SANTI, *L'adunanza dei creditori e la votazione nei procedimenti concorsuali (Aspetti sostanziali e processuali)*, cit., 39 ss., secondo la quale nel concordato sarebbero assenti gli strumenti organizzativi che possono concorrere a determinare una volontà unitaria.

[793] La critica è svolta con argomentare serrato da M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 121, secondo il quale "a pensare che l'autore del concordato sia il gruppo e non i singoli membri, si deve ammettere che l'atto rivolga la sua efficacia verso un termine soggettivo diverso dall'autore. Difatti, le modificazioni dei rapporti obbligatori non riguardano certamente il gruppo, perché privo di patrimonio e ancor prima di personalità, ma i singoli membri, siccome unici titolari dei patrimoni e dei rapporti obbligatori in esso compresi".

credito falcidiata. La seconda contrappone il debitore al gruppo dei creditori; il primo nella veste di proponente e il secondo in quella di accettante il regolamento negoziale dei rispettivi interessi.

Entrambe le concezioni non possono essere proposte in questi termini nel sistema attuale. Innovazioni legislative degli ultimi anni rendono inattuale sia l'idea del concordato come regola in grado di imporsi ai creditori, sia quella dell'accordo tra debitore e gruppo dei creditori.

La crisi di queste vedute si deve in particolare all'istituto delle proposte concorrenti, introdotto dall'art. 3, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, con una novella alla legge fallimentare. Nella formulazione attuale l'art. 163, commi 4, l. fall., consente che uno o più soggetti, titolari di una porzione qualificata dei crediti, predispongano un proprio piano ed una propria proposta di concordato. Una volta ammessa, la proposta concorrente viene sottoposta all'approvazione dei creditori insieme a quella del debitore, sulla quale prevale se consegue un maggior numero di voti (art. 177, comma 1, l. fall.). Questa disciplina si inserisce nella tendenza ad ampliare il novero dei soggetti legittimati a assumere iniziative nel corso della procedura ed il contenuto di tali interventi[794] Si apre così alla possibilità di un concordato *senza debitore*: la sua iniziativa resta imprescindibile per l'avvio della procedura, ma gli effetti sui rapporti che lo riguardano potrebbero essere decisi da un atto al quale egli non partecipa[795]. Venuto meno il monopolio del debitore sulla proposta, è dunque possibile che le regole utili per "la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti" (art. 160, comma 1, lett. *a*)) siano non quelle domandate dal debitore ed imposte dall'omologa del tribunale (come secondo la tesi processuale) oppure proposte dal debitore ed accettate dal gruppo dei creditori (come crede la tesi negoziale del gruppo), ma invece quelle volute dai soli creditori ed imposte al debitore[796]. Le parti dell'accordo, sia proponente che accettante, potrebbero allora essere solo alcuni tra i titolari dei crediti, con effetti che oltre a rivolgersi verso tutti i creditori, coinvolgerebbero anche il debitore-terzo[797]. Mentre la tesi processuale potrebbe aggiornare la prospettiva, ammettendo appunto che l'omologa imponga la soluzione preferita al debitore; quella che pensa al gruppo dei creditori non sembra poter sopravvivere al nuovo istituto, non

[794] Questa tendenza, insieme a quella a restringere l'ambito applicativo del concordato, è messa in risalto da N. ABRIANI, *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, cit., 269.

[795] La disciplina delle proposte concorrenti supera l'esclusiva riconosciuta al debitore sul contenuto della proposta. La legittimazione dei terzi a disporre del patrimonio del debitore era stata già introdotta per il concordato fallimentare. La dottrina aveva però giustificato quella regola notando come il debitore fallito, diversamente da quello che in concordato preventivo, abbia già perduto la disponibilità del proprio patrimonio; così N. NISIVOCCIA, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. dir. proc*., 2007, 972; S. PACCHI, *Un primo commento alla nuova disciplina del concordato fallimentare*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, S. Bonfatti-G. Falcone (a cura di), Milano, 2006, 184-185.
Con riguardo alla proposta, contenuta nell'art. 6, comma 1, lett. *b*), del Progetto Rordorf ma non recepita dal legislatore nella legge di delega (l. 19 ottobre 2017, n. 155), di introdurre l'istituto delle domande concorrenti - ossia ammettere i creditori a decidere il ricorso al concordato preventivo nel caso di impresa insolvente, e non già soltanto in crisi - N. ABRIANI, *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, cit., 281, rileva la possibilità di mantenere il concordato nel paradigma contrattuale, dovendo però riconoscere che l'accordo intercorre "non più fra debitore e creditori, ma fra il creditore proponente e la massa degli altri creditori".

[796] Può oggi valere la considerazione, formulata da F. D'ALESSANDRO, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Giur. comm*., 2008, I, 352, per quello fallimentare, secondo cui "unica volontà determinante e imprescindibile nelle soluzioni concordatarie è quella dei creditori".

[797] In tal caso si realizza quella che M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi d'impresa*, cit., 35, indica come "una doppia forzatura: quella verso i creditori dissenzienti e quella verso il debitore".

potendo in alcun modo giustificare l'efficacia esterna dell'accordo tra un creditore e l'intero gruppo nei confronti dell'imprenditore in crisi[798].

54. Un terzo criterio: la fonte autonoma degli effetti. Il polimorfismo del concordato: atto unilaterale e contratto

L'introduzione delle proposte concorrenti, come si è visto, mette in crisi le concezioni precedenti, soprattutto quella fondata sulla riunione dei creditori in un gruppo capace di esprimere una propria volontà. Già in precedenza - e segnatamente con la riforma del 2006 - la possibilità di un concordato che non proceda dal volere del debitore era stata introdotta per quello fallimentare. In seguito a quella innovazione, autorevole dottrina ha proposto un aggiornamento della tesi negoziale, incline ad ammettere che gli effetti del concordato possano rimandare ad un atto unilaterale. La tesi a cui si fa riferimento è quella del polimorfismo del concordato[799]. Vi sarebbero, cioè, non un modello di concordato ma più concordati: quello nel quale la proposta proviene dall'imprenditore presenterebbe la struttura del contratto tra debitore e creditori; quello in cui interviene un terzo assuntore, la struttura dell'accordo tra questo e la massa dei creditori; quello in cui manca il consenso sia del debitore che di un terzo si presenterebbe invece come un atto unilaterale della massa dei creditori[800]. Pur superando molte delle criticità che investono le altre tesi, quest'orientamento non sembra resistere all'obiezione secondo cui sembra difficile risolvere proposta ed approvazione in un unico atto, quando invece nel concordato - e anche in quello proposto da un creditore - pare di trovarsi sempre alla presenza di quella duplicità di dichiarazioni che è caratteristica del contratto e non dell'atto unilaterale[801].

55. Un quarto criterio. Il contratto con efficacia esterna

Sia il criterio della fonte eteronoma sia quello che predica la costituzione di un nuovo soggetto per fare salva l'autonomia non sembrano risolvere il problema della coerenza tra concordato e principio di relatività degli effetti. Il primo perché non individua il provvedimento che programma gli effetti. Il secondo perché, pur nel prospettare una soluzione articolata ed originale, risolve solo in apparenza il problema, che invece rimane aperto. Il criterio pensato invece per adattare la vecchia tesi del gruppo alla perdita del monopolio del debitore sulla proposta sembra disattendere la struttura del concordato, che pare riconducibile sempre all'accordo tra soggetti e non all'area delle dichiarazioni unilaterali.

---

[798] Una critica analoga è svolta da M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 121-122; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1163-1164, il quale sembra per la verità ricavare dalla disciplina delle proposte concorrenti l'infondatezza della prospettiva negoziale più in generale; M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi d'impresa*, cit., 35, il quale sembra reputare negoziale la fonte degli effetti se la proposta approvata viene dal debitore, e non negoziale negli altri casi.

[799] Nell'esporre la sua tesi, F. D'ALESSANDRO, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, cit., 356, fa espressamente riferimento al "polimorfismo" del concordato.

[800] F. D'ALESSANDRO, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, cit., 353 ss..

[801] La critica pare condivisa da M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 123-124; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1163.

Un ulteriore tentativo per spiegare la fonte degli effetti stabiliti dal concordato nei rapporti obbligatori coinvolti può allora prendere le mosse dalle considerazioni già svolte intorno al principio di relatività e all'idea di distinguere il profilo dell'efficacia interna da quello dell'inefficacia esterna. Come già fatto per gli accordi sulla responsabilità patrimoniale, si tratta di risalire al senso del principio per tentare di individuarne l'autentica portata.

Ci si è soffermati lungamente sulle differenze tra le due regole racchiuse nell'art. 1372 cod. civ.. Quella del primo comma (efficacia interna) ha contenuto più ampio rispetto a quella del secondo (inefficacia esterna) ed introduce un diverso regime.

L'area del contratto è caratterizzata dal primo effetto, non dal secondo[802]. Come vi sono elementi essenziali, che si ritrovano in ogni contratto; così è presente un'efficacia costante, che è solamente quella interna[803]. Il confronto tra i due commi dell'art. 1372 cod. civ. rivela che mentre non possono aversi contratti inefficaci (cioè non vincolanti) per chi li pone in essere, possono invece darsi casi in cui il regolamento negoziale supera la sfera dei paciscienti per rivolgersi ai terzi. L'affermazione è solo apparentemente contraddittoria di insegnamenti consolidati: basta richiamare quello a favore del terzo per notare come il contratto sia reputato sempre efficace per le parti ma non necessariamente inefficace per altri.

Muovendo da questa prospettiva, appare giustificata nel concordato la dissociazione tra parti dell'atto e parti degli effetti[804] cui mette capo una proposta vincolante per tutti sebbene condivisa solo da alcuni[805].

Il concordato non solo presenta gli elementi essenziali per la fattispecie del contratto[806], ma anche la sua efficacia costante, dal momento che esso vincola sia il proponente che gli

---

[802] In prospettiva analoga A. AZARA, *Il concordato preventivo*, cit., 628, afferma che la "capacità espansiva non impedisce al concordato di acquisire la qualifica di contratto".

[803] Possono forse invocarsi a sostegno le affermazioni di G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., 5, il quale dopo aver richiamato l'efficacia interna (e non anche l'inefficacia esterna) del contratto afferma che questa "costituisce l'essenza stessa dell'istituto"; P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ*., 2016, 688, per il quale l'art. 1372 cod. civ. "non afferma la non vincolatività del contratto anche per terzi. Pertanto, appare un pregiudizio che il negozio, per definizione, debba avere rilevanza soltanto per le parti".

[804] In questi termini M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 113.

[805] La prospettiva dell'accordo vincolante anche per i terzi è espressamente difesa da M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., *passim*. In prospettiva analoga sembrano orientarsi F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, cit., 203 ss.; A.M. AZZARO, *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fall*., 2007, 744 per il quale "il piano prima, e la proposta (contrattuale) poi, sono indirizzati alla *massa dei creditori*, mentre il (contratto di) concordato viene approvato solo da una parte, seppure maggioritaria, di essi, vincolando per disposizione di legge (art. 184 l. fall.) anche soggetti - i creditori inscienti, assenti (o dissenzienti) - che non partecipano all'atto negoziale" (corsivo dell'Autore). Un accenno nella stessa direzione sembra cogliersi in A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, cit., 94, e segnatamente nell'affermare secondo la quale l'introduzione delle proposte concorrenti "impone di ritenere che anche il concordato preventivo – come già il concordato fallimentare – non sia (più) necessariamente riconducibile ad un *accordo fra il debitore ed i suoi creditori*, potendo invece conformarsi come un *accordo fra creditori*, al quale il debitore resti *estraneo*" (corsivi degli Autori).

[806] Rileva A. AZARA, *Il concordato preventivo*, cit., 628, che "la struttura del concordato preventivo ricalca lo schema del contratto: le parti sono l'imprenditore proponente e i suoi creditori, l'oggetto si risolve nella soddisfazione dei crediti e nella ristrutturazione del debiti; la causa è costituita dallo scambio tra l'esdebitazione del proponente e la soddisfazione, sia pur parziale, dei creditori". In questa stessa prospettiva, V. CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, cit., 1232; V. CONFORTINI, *Il concordato preventivo fra legge del concorso e legge del contratto. concordati di riorganizzazione societaria e* status socii, cit., 1309 ss..

accettanti. Manca invece quella limitazione dell'efficacia che si applica in tutti i casi in cui non è stabilito diversamente.

Il tema diventa quello della giustificazione normativa dell'efficacia esterna. L'art. 1372, comma 2, cod. civ. ammette tale efficacia, condizionandola a una conforme norma di legge. Non sembra difficile individuare tale norma in quella che estende ai non consenzienti l'accordo proposto dal debitore ovvero da uno o più creditori ed accettato da alcuni di loro; il quale è "obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso" (art. 184, comma 1, l. fall.). L'efficacia esterna verso il debitore-terzo è invece stabilita dalle norme che consentono ai creditori di formulare proposte concorrenti (art. 163, comma 5, e 185, commi 3 ss., l. fall.)[807]; alla quale, sempre nelle proposte concorrenti, si aggiunge quella nei confronti dei soci ammessa dall'art. 163, comma 5, l. fall.[808]. La disciplina del concordato prosegue allora la logica espressa dall'art. 1372, comma 2, cod. civ.[809]. La necessità di gestire in modo unitario le singole obbligazioni, tutte concausa e partecipi della crisi che coinvolge il comune debitore, giustifica l'efficacia verso i creditori-terzi dell'accordo raggiunto tra il debitore e ciascun creditore favorevole[810], rispetto alla quale il conseguimento di un certo numero di consensi[811] ed il provvedimento di omologa configurano entrambi una *condicio iuris*[812]. Mentre l'efficacia verso i creditori non

[807] Sul piano delle proposte concorrenti le difficoltà si pongono semmai con riguardo alla possibilità, sancita dal legislatore fallimentare (art. 163, comma 6, l. fall.) che il proponente possa anche esercitare il voto come creditore, la quale induce G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, cit., 209, a configurare una situazione prossima a quella del contratto con se stesso. Perciò rispetto alle proposte concorrenti M. FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, cit., 304, manifesta le perplessità cui induce "un contratto in cui chi propone è, anche chi accetta la proposta". Il problema si presta forse ad essere risolto considerando il voto del creditore non come l'accettazione della sua stessa offerta negoziale, ma - come il legislatore sembra fare imponendo la formazione di un'autonoma classe - solo ai fini del raggiungimento delle maggioranze necessarie all'approvazione.

[808] Ci si riferisce, in particolare, alla disposizione del diritto d'opzione sulle partecipazioni di nuova emissione, il quale sembra da considerare come un elemento nel patrimonio del socio.

[809] È questa l'idea di fondo che attraversa le pagine di M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., *passim*. Formulano conclusioni analoghe, sebbene con riguardo a istituti concorsuali diversi dal concordato, G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 47-48; A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Macario-F. Di Marzio (a cura di), Milano, 2010, 306 ss.; I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, in *Dir. fall*., 2016, I, 1108, il quale riferendosi alla disciplina dell'art. 182 *septies*, l. fall., osserva che "si realizza la produzione di effetti che riverberano nella sfera giuridica di creditori che non hanno partecipato al contratto, integrando uno di quei casi «previsti dalla legge» che il legislatore, all'art. 1372, comma 2, cod. civ. pone come eccezione al principio *alteri stipulari nemo potest*".

[810] Sul piano strutturale il concordato sembra allora risolversi in un fascio di accordi tra il proponente e ciascun creditore che accetta. In questi termini M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 127-128, rileva: "il concordato procede da un accordo tra il proponente e ciascuno dei creditori consenzienti: esso, dunque, ha una struttura bilaterale, laddove vi sia un solo consenziente, e una struttura plurilaterale laddove i creditori consenzienti siano due o più di due"; le dichiarazioni degli aderenti "non si disperdono all'interno di una volontà collegiale; ciascuna rimane isolata dalle altre ancorché indirizzata verso il medesimo accordo".

[811] Secondo F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 341, "l'intervento autoritativo del giudice ha il valore sostanziale di un contratto imposto e la necessaria presenza del consenso della maggioranza dei creditori e della maggioranza delle categorie non ha altro significato se non quello di frenare il potere di imporre il contratto, escludendo che ciò possa avvenire se l'ipotesi di accordo multilaterale non riscuota un minimo di adesioni".

[812] Per la qualifica di *condicio iuris* rispetto all'omologa, A.M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall*., 2008, 1272; E. CARIA, *Giudizio di omologazione*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. Fauceglia-L. Panzani (diretto da), vol. III, Milano, 2009, 1735-1736; G. DE SEMO, *Teoria della condizione legale e sue applicazioni in diritto fallimentare*, in *Dir. fall*., 1960, I, 14 ss.; F. FERRARA, *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 484, per il quale "la sentenza di omologazione dal punto di vista formale è estrinseca al concordato, del quale costituisce una condizione di efficacia o *condicio iuris*". In

consenzienti si giustifica per la finalità di permettere la gestione unitaria dei rapporti, quella verso il debitore trova la propria ragione nella concorrente necessità di tutela per i creditori, chiamati non più soltanto ad accettare la proposta, ma ammessi a formularne di proprie[813].

56. Il concordato preventivo tra i negozi sul patrimonio altrui. La facoltà di disporre e il suo oggetto

Il problema della relatività degli effetti incrocia quello dell'oggetto. Così come non possono darsi un consenso ed un contratto che ne siano privi[814], così non può darsi un concordato senza oggetto.

Nel concordato vengono in rilievo il patrimonio del debitore, composto sia dai suoi beni che dai debiti, e quello dei creditori, per il solo credito verso l'imprenditore. La legge del concordato consente che di questi patrimoni dispongano soggetti diversi dai titolari. Un simile effetto, benché non incompatibile rispetto alla categoria del contratto, esige una giustificazione analitica.

Attraverso la procedura concorsuale, la crisi sembra interrompere il nesso che normalmente pone titolarità e potere dispositivo in capo ad un unico soggetto e permettere che le decisioni sui patrimoni di debitore e creditori siano prese da soggetti diversi dai rispettivi titolari. Il venir meno di questo collegamento si risolve nella "mancanza di *identità* tra il soggetto del negozio e il soggetto su cui - cioè nel cui patrimonio - devono verificarsene gli effetti (giuridici)", nella quale consiste la categoria dei negozi sui patrimoni altrui[815]. Il concordato, guardando dalla prospettiva di coloro che dichiarano di volere gli effetti, consiste in un negozio su un patrimonio alieno[816]; da quella di coloro che rimangono estranei all'atto, in un negozio altrui efficace nella propria sfera giuridica[817].

Per la comprensione del fenomeno si può richiamare la distinzione tra facoltà di disporre e diritto di cui si dispone teorizzata dal Thon[818] e già posta dal Chiovenda a giustificazione

direzione analoga sembra porsi M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi d'impresa*, cit., 33-34, quando afferma che "il «contratto di concordato» [...] non è il contratto sulla procedura ma è il contratto su come deve essere regolata la crisi; si perfeziona con la deliberazione dei creditori ma non è, immediatamente, produttivo di effetti e ciò in quanto le obbligazioni che derivano dal concordato divengono efficaci solo quando interviene l'omologazione del tribunale. Perché il concordato sia vincolante nei confronti di tutti è indispensabile che vi sia stata l'omologazione del giudice".

[813] M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi d'impresa*, cit., 34, sottolinea che "mentre il patto di concordato fra debitore e creditori potrebbe concludersi al di fuori del procedimento se tutti i creditori fossero consenzienti [...] giammai analogo patto di concordato potrebbe efficacemente concludersi fra il terzo e i creditori perché ha per oggetto il patrimonio del debitore".

[814] P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, cit., 85: "a parte le considerazioni di ordine positivo, è logicamente inconcepibile un consenso senza oggetto, un incontro di volontà attuale su un oggetto inesistente".

[815] L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936, 3-4.

[816] A questi soggetti, nella prospettiva di L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, cit., 47, può dirsi attribuito il "*diritto* ad esercitare influenza sul patrimonio altrui" (corsivo dell'Autore).

[817] Sulle due prospettive si sofferma L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, cit., 3 ss..

[818] A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., 318 ss., per il quale "ciò che viene trasmesso, non può essere in pari tempo ciò che trasmette" (319).

dell'espropriazione forzata[819]. L'assunto di fondo è che "*la facoltà di disporre d'un diritto è cosa distinta dal diritto di cui si dispone*"[820]; suo corollario è la possibilità di attribuire l'una e l'altro a soggetti diversi[821].

Attraverso la distinzione tra il diritto di cui si dispone e quello di disporre si giustifica sul piano logico anche l'altra distinzione, risalente invece al Cicala, tra facoltà astratta - la quale identifica il "contenuto del diritto subiettivo"[822], ossia il godimento[823] -, e concreta - consistente nella "facoltà dell'esercizio del diritto stesso"[824] -. Di queste due entità, godimento ed esercizio del diritto, solamente il primo risulta di necessità collegato al soggetto titolare[825], mentre il secondo può spettare ad altri al ricorrere di particolari circostanze[826].

In linea con queste premesse di ordine concettuale, si possono individuare la giustificazione e, di riflesso, i limiti dell'efficacia esterna: il concordato consente l'esercizio del diritto altrui, ma non l'appropriazione del suo godimento. Riportando questa conclusione, a mo' d'esempio, sul terreno delle proposte concorrenti, sembra chiarirsi la ragione per la quale non si possono considerare ammissibili quelle in cui i creditori prevedano la prosecuzione dell'impresa da parte del debitore[827]: un simile accordo non potrebbe essere imposto dai creditori, giacché in caso contrario al debitore sarebbe imposto un *facere* tale da privarlo non solo momentaneamente della facoltà dispositiva, ma anche del godimento del suo patrimonio, attraverso un regime in urto con il contenuto del suo diritto di proprietà.

57. Il rapporto obbligatorio nel concordato preventivo

Il discorso svolto nei paragrafi che precedono induce a riconoscere la natura negoziale del concordato. Più precisamente esso consiste in un contratto munito di una peculiare efficacia,

---

[819] G. CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, cit., 459 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 268 ss.. Un cenno analogo, sempre in tema di espropriazione, si trova in M. FERRARA SANTAMARIA, *Il potere di disposizione*, Napoli, 1937, 22.

[820] Così G. CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, cit., 459 (corsivo dell'Autore); la stessa affermazione compare pure in G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit. 268.

[821] Il distacco che si produce non è affatto inconsueto nel diritto privato; somiglia da vicino alla dissociazione tra il titolare della capacità giuridica e il titolare di quella d'agire frequente in numerosi casi. La numerosità di queste ipotesi affiora nella rassegna di G. CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, cit., 471: "il mentecatto, il prodigo, il proprietario o il creditore negligente, colui che gode un bene il godimento individuale del quale è in contrasto con l'interesse generale, il commerciante dissestato, il debitore che non paga, non possono rimaner investiti di tutte le facoltà giuridiche che normalmente sono consentite ai soggetti giuridici". In questi casi si determina quello che l'Autore spiega come "dualismo di soggetti: l'uno investito del diritto, l'altro investito della facoltà d'esercitarlo o di disporne" (464); allo stesso modo anche in altra occasione (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., 271).

[822] F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, Firenze, 1940, 123.

[823] Nello specificare cosa si intenda per facoltà astratta F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, cit., 111, precisa che la facoltà astratta consiste nel "potere del soggetto di esercitare, nel seno della giuridica comunanza, una determinata attività, allo scopo di raggiungere un risultato economico-sociale, cioè appunto il godimento".

[824] F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, cit., 123.

[825] F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, cit., 126.

[826] F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, cit., 115, si riferisce a tali circostanze come "ostacoli di natura di fatto". Non può allora farsi a meno di rilevare come proprio un ostacolo all'esercizio individuale sembri discendere dalla crisi; come rileva ALF. ROCCO, *Il fallimento*, cit., 87, per l'insolvenza, "la composizione del conflitto [tra creditori dell'insolvente] non può avvenire altrimenti che con una *limitazione reciproca* nell'esercizio dei varî diritti concorrenti" (corsivo dell'Autore).

[827] All'esame del problema dedica attenzione, seguendo una impostazione differente, F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 112 ss..

idonea a coinvolgere i terzi. Per stabilire se il concordato possa configurarsi come negozio sulla responsabilità, una volta riconosciuto il carattere negoziale, bisogna affrontare il tema degli effetti; verificare, cioè, se questi consistano nella riduzione del rapporto o, come talvolta si afferma, in un'altra vicenda.

Dall'orientamento prevalente, secondo il quale gli effetti interesserebbero la responsabilità patrimoniale, si dissocia un orientamento della dottrina, il quale associa al concordato l'estinzione parziale di entrambi gli elementi del rapporto, estesa cioè anche al debito e non ristretta alla responsabilità.

58. L'efficacia del concordato preventivo

La ricerca sugli effetti del concordato - se cioè a esso consegua l'estinzione ovvero la riduzione dell'obbligazione - impone una breve premessa.

Bisogna anticipare la difficoltà nell'associare al concordato un'efficacia costante rispetto ai rapporti obbligatori che coinvolge[828]. La legge fallimentare stabilisce chi sono i destinatari degli effetti, ma lascia ai soggetti del negozio il compito di programmare le vicende che il concordato trarrà nel patrimonio di debitore e creditori. La finalità di ristrutturare i debiti e soddisfare i crediti può essere perseguita con modalità diverse: in certi casi potrebbe bastare una moratoria nei pagamenti; in altri, si potrebbe stabilire la falcidia di parte del debito; in altri ancora, la conversione in azioni, quote, obbligazioni e strumenti finanziari delle più diverse specie. Allo stesso modo, effetti diversi sono possibili a seconda che la modifica del rapporto riceva il consenso del suo titolare o invece si imponga per il volere della maggioranza. Nonostante tale contenuto atipico dell'accordo, dal sistema normativo si possono ricavare alcune indicazioni sulle vicende della garanzia patrimoniale generica nel concordato.

59. Un primo orientamento: il concordato preventivo tra i fatti estintivi dell'obbligazione

Se si può accettare come ormai pacifico che "il fallimento e gli istituti affini giacciono essenzialmente sul piano degli strumenti di disciplina del rapporto obbligatorio nella sua fase patologica"[829], difficoltà e contrasti emergono quando si passa a determinare con maggior precisione la natura degli effetti sulle singole obbligazioni.

L'orientamento da esaminare per primo reputa che generalmente il concordato preventivo determinerebbe non una riduzione della responsabilità, bensì dell'intero rapporto. Si afferma che "la limitazione riguarda il debito, che subisce l'effetto esdebitatorio per effetto della regola 'speciale' di cui all'art. 184 l.fall., non l'oggetto della responsabilità patrimoniale del

[828] Rileva F.S. FILOCAMO, *Sub art. 184*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, M. Ferro (a cura di), Padova, 2014, 2654-2655, che "la estensione del presupposto oggettivo del c.p. a situazioni di crisi non coincidenti necessariamente con uno stato di insolvenza e la c.d. liberalizzazione del contenuto del piano concordatario, che può prevedere varie modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti […], comportano, da un lato, la ipotizzabilità di concordati ad effetti meramente dilatori e, dell'altro lato, una corrispondente varietà di effetti modificativi delle originarie obbligazioni del deb., che possono non ridursi in una semplice riduzione quantitativa".

[829] F. D'ALESSANDRO, *Politica della crisi d'impresa: risanamento o liquidazione dell'azienda?*, cit., 29.

debitore, che rimane integro"[830]. La conclusione, coerente alle premesse, sarebbe che "i creditori anteriori non possono agire sul residuo patrimonio del debitore non già perché vi sia una limitazione al principio della universalità della responsabilità patrimoniale del debitore, ma perché il loro credito è stato 'estinto' (o divenuto inesigibile) per effetto del concordato approvato (a maggioranza), omologato, eseguito e non risolto"[831]. Affermazioni analoghe si possono leggere per l'esdebitazione del debitore civile prevista dalla l. 27 gennaio 2012, n. 3[832].

La teoria, chiara nelle linee di fondo, non precisa quale modo di estinzione delle obbligazioni determinerebbe questa conseguenza. Escluso l'adempimento e quelle che prescindono dal consenso del debitore, si può concentrare l'attenzione sulla novazione, la remissione del debito, anche per iniziativa del debitore, e la rinunzia al credito.

[830] G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 378, il quale sviluppa il proprio ragionamento muovendo dalla distinzione tra limitazioni (anche) del debito o della (sola) responsabilità; la tesi è ribadita più recentemente in G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, cit., 1016; G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, in *Riv. So*c., 2018, 560-561. In prospettiva analoga parrebbe di poter considerare F. GIORGIERI, *Obbligazioni naturali da concordato?*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 1011-1012; G. LO CASCIO, *Creditori concordatari e terzo acquirente del bene ipotecato*, cit., 2025, che associa al concordato una "funzione liberatoria assoluta", incompatibile anche con la persistenza di un obbligo; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, cit., 413, che però nella pagina successiva nega la tesi dell'estinzione parziale del rapporto e fa riferimento ad obbligazioni naturali e agli effetti del *pactum de non petendo*; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 111; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 252-253, il quale ricava un "effetto remissorio" per il concordato dal testo dell'art. 184 l. fall.; A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 343-344, secondo il quale il concordato "costituisce *per se* un'ipotesi legale di procedimento funzionale alla falcidia del *debito*" (343 - corsivi dell'Autore); G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, cit., 751; Trib. Velletri, 4 novembre 1983, in *Dir. fall*., 1984, II, 1094; App. Milano, 29 novembre 1985, cit.; Cass. civ., Sez. I, 18 marzo 2003, n. 3957, in *Giust. civ*., 2003, I, 1519, per la quale "il concordato, quale che ne sia la costruzione ontologica sostanziale prescelta, ha costante effetto remissorio, e determina sempre, soddisfatti i creditori con la percentuale concordataria o la liquidazione dei beni, la liberazione dell'obbligato dai debiti residui"; Cass. civ., Sez. I, 13 maggio 1998, n. 4801, in *Fall*., 1999, 383, secondo cui "il concordato risponde alla esigenza di definire ogni rapporto creditorio tra creditori e debitore, così da impedire, una volta adempiuti gli impegni derivanti dalla proposta e omologati dal tribunale, ulteriori pretese che abbiano titolo in quello stesso rapporto. Esso, infatti, ha un costante effetto remissorio, quale che sia la premessa teorica che si voglia adottare ("*pactum de non petendo*" o atto di imperio), e determina sempre (soddisfatti i creditori con la percentuale concordataria o con la liquidazione dei beni ceduti) la liberazione dell'obbligato dal debito residuo [...]. L'efficacia esdebitatoria del concordato è, d'altronde, consacrata espressamente nella regola che consente ai creditori di far valere i propri diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso (art. 184 l. fall.); ma non nei confronti del debitore, che nel nostro ordinamento (a differenza di altri più evoluti sistemi stranieri) soltanto in caso di fallimento, resta, invece, ancora esposto, dopo la chiusura della procedura, all'azione dei creditori per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale ed interessi (art. 120 l. fall.)"; Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 1989, n. 1050, in *Giust. civ*., 1989, I, 1356.

[831] G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 378.

[832] Per G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 78, "l'istituto dell'esdebitazione (che mutua l'istituto della *discharge* proprio della tradizione di *common law*) non incide direttamente sulla responsabilità patrimoniale bensì sul distinto momento della responsabilità personale del debitore, traducendosi in una limitazione del debito e non della garanzia generica".

60. L'estinzione dell'obbligazione. L'efficacia del concordato con riguardo alla novazione oggettiva

Il riferimento alla estinzione e contestuale formazione di obbligazioni "nuove" induce a considerare anzitutto l'ipotesi della novazione oggettiva[833].

L'art. 1230 cod. civ. fa riferimento alla sostituzione dell'obbligazione originaria con una diversa nell'oggetto o nel titolo (c.d. *aliquid novi*), per effetto di una volontà chiaramente orientata a questa conseguenza (c.d. *animus novandi*)[834]. Peculiare della novazione è proprio l'estinzione di una obbligazione e contestuale formazione di un'altra[835], la quale viene contenuta nella ricorrente sintesi verbale "effetto novativo"[836]. Appare condivisa l'idea secondo cui il mutamento del titolo utile per la novazione vada riferito alla disciplina del rapporto[837], in linea con la premessa che nel titolo individua l'elemento che caratterizza e giustifica la relazione obbligatoria[838]. Con riguardo alla sostituzione dell'oggetto (dell'obbligazione[839]), mentre una prima opinione postula un oggetto di diversa natura[840], un altro indirizzo reputa sufficiente anche un mutamento solo quantitativo[841].

Gli effetti stabiliti dalla legge per il concordato si mostrano incoerenti rispetto alla disciplina della novazione. La differenza più palese si ricava dalla disciplina delle garanzie. In linea con l'effetto estintivo della novazione, il quale "comporta la decadenza del regolamento

---

[833] In favore della novazione sembra orientarsi G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 561, quando afferma che "per effetto dell'omologazione, la pretesa di tutti i creditori anteriori viene sostituita con la nuova e diversa obbligazione concordataria assunta dal debitore con la proposta".

[834] Riassumendo in poche parole i tratti dell'istituto, Cass. civ., Sez. un., 21 giugno 2005, n. 13294, in *Foro it.*, I, 2423, con nota di A. Lanotte, *Impegno di riparare il bene difettoso come riconoscimento del* debito, afferma che "elementi essenziali per la novazione oggettiva, che costituisce un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento, sono: l'obbligazione originaria da novare (*obligatio novanda*), la volontà delle parti di estinguerla e di sostituirla con una nuova (*animus novandi*), la diversità della nuova obbligazione per l'oggetto o il titolo (*aliquid novi*)".

[835] Sulla distinzione tra modificazione e novazione insiste particolarmente G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, cit., 111, per smentire le teorie che tendono ad assimilarle (29 ss.).

[836] P. PERLINGIERI, *Dei modi d'estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1975, 67; A. CAPUTO, *La novazione*, cit., 858.

[837] Alla disciplina del rapporto fanno riferimento, con affermazioni in parte diverse tra loro, P. RESCIGNO, *Novazione (diritto civile)*, cit., 436, il quale afferma che "per titolo dell'obbligazione deve intendersi la fonte della medesima, nel senso più ampio del termine, e cioè non solo nel significato di fatto da cui l'obbligazione deriva, ma altresì come fonte del regolamento delle modalità del rapporto"; O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, 33; P. PERLINGIERI, *Dei modi d'estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 73-74, per il quale "«titolo» dell'obbligazione va inteso la ragione giustificatrice dell'obbligazione che, come tale, non può non incidere sulla natura del rapporto obbligatorio e quindi anche sulla sua stessa disciplina".

[838] V. nt. 53.

[839] Che debba trattarsi dell'oggetto del rapporto obbligatorio, e non di quello del negozio o del fatto costitutivo è chiaramente affermato da P. PERLINGIERI, *Dei modi d'estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 71; C. ROMEO, *La novazione*, in *I modi di estinzione delle obbligazioni*, Aa. Vv., in *Trattato Sacco*, Milano, 2012, 12.

[840] A quest'idea sembrano aderire O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., 32; P. PERLINGIERI, *Dei modi d'estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 71-72; C. ROMEO, *La novazione*, cit., 72; Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 2008, n. 1218, in banca dati *Iusexplorer on line*; Cass. civ., Sez. I, 6 luglio 2010, n. 15980, in banca dati *Iusexplorer on line*.

[841] Così P. RESCIGNO, *Novazione (diritto civile)*, cit., 436; G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, cit., 85 ss., il quale ricava la conclusione dalla necessità di riempire lo spazio altrimenti vuoto tra le ipotesi di novazione oggettiva e le modifiche marginali del rapporto, che ai sensi dell'art. 1231 cod. civ. non importano novazione dell'obbligazione.

preesistente in tutte le sue parti, principali ed accessorie"[842], l'art. 1232 cod. civ. stabilisce che la novazione estingue i privilegi, i pegni e le ipoteche relativi al rapporto originario, a meno che le parti non dichiarino di volerle mantenere[843]. La giurisprudenza di legittimità in materia di novazione oggettiva chiarisce che: in caso di novazione il patto diretto a conservare le garanzie prestate da un terzo postula l'adesione del garante[844]; l'estinzione del rapporto principale determina sia quella delle garanzie reali, espressamente menzionate dall'art. 1232 cod. civ., che di quelle personali[845], finanche autonome[846]. Quest'orientamento giustifica l'estinzione delle garanzie con quella del rapporto garantito; nemmeno nel caso di quella autonoma[847], si ammette una garanzia senza una obbligazione principale. Diversa è la disciplina prevista in tema di concordato. L'art. 184, comma 1, l. fall. esclude il venire meno i diritti dei creditori verso i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso. Proprio questa regola conferma che l'esistenza dell'obbligazione originaria non subisce alcuna interruzione, poiché la conservazione delle garanzie non potrebbe altrimenti spiegarsi[848]. Le due discipline recano effetti differenti: la novazione sostituisce una obbligazione ad un'altra, che si estingue; il concordato modifica, senza farle venire meno, le obbligazioni precedenti[849].

---

[842] N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato Rescigno*, vol. IX, Torino, 1999, 340.

[843] In tal caso, qualora cioè le parti decidano di conservare le garanzie prestate per l'obbligazione, secondo G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, cit., 93, sarebbe necessario un allontanamento maggiore dal rapporto originario di quello altrimenti necessario affinché si possa discorrere di novazione.

[844] Cass. civ., Sez. III, 31 marzo 2017, n. 8342, in banca dati *Iusexplorer on line*. Secondo l'opinione di G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, cit., 97, l'estinzione delle garanzie dei terzi è definitiva, tanto che il venir meno dell'atto novativo, anche qualora dipenda dalla sua nullità, non determina la reviviscenza di quelle garanzie; contro quest'ultima affermazione, P. PERLINGIERI, *Dei modi d'estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 127, il quale sostiene l'applicabilità dell'art. 2881 cod. civ..
Sottolinea C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 456, come il consenso del terzo non sia necessario nei casi in cui il titolo originario della garanzia comprenda già la nuova obbligazione, come nell'ipotesi di fideiussione *omnibus*.

[845] L'estinzione anche delle garanzie personali è sostenuta già sotto il vecchio codice, il quale agli artt. 1274 ss. faceva riferimento soltanto i privilegi e le ipoteche e non anche il pegno. In tal senso, L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, cit., 242.

[846] Così Cass. civ., Sez. III, 31 marzo 2017, n. 8342, cit..

[847] La decisione resa da Cass. civ., Sez. III, 31 marzo 2017, n. 8342, cit., riguarda proprio le conseguenze della novazione sulle garanzie autonome.

[848] Così P.F. CENSONI, *Omologazione del concordato preventivo ed accertamento dei crediti concorsuali*, cit., 271, il quale fa per la verità leva soprattutto su argomenti più strettamente letterali di quelli spesi nel testo; G.U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 637-638; G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, F. Di Marzio-F. Macario-G. Terranova (a cura di), Milano, 2012, 10; N. NISIVOCCIA, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., 987, il quale rileva come sarebbe soprattutto difficile conciliare la persistenza della garanzia personale con l'estinzione dell'obbligazione tra creditore e debitore, la quale toglierebbe al garante la possibilità di agire in via di regresso; V. CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, cit., 1246. Un ragionamento diverso svolge F. RENZETTI, *Osservazioni sulla proposta di concordato dell'impresa in liquidazione coatta amministrativa*, in *Giust. civ*., 1989, II, 377, per il quale le norme che stabiliscono la prosecuzione dei rapporti di garanzia avrebbero carattere eccezionale, poiché "costituiscono [...] deroga ad un principio generale, in virtù del quale all'estinguersi dell'obbligazione principale si ricollega il venir meno dell'obbligazione - accessoria - di garanzia". Per quest'opinione propendono anche F. GIORGIERI, *Obbligazioni naturali da concordato?*, cit., 995; App. Milano, 29 novembre 1985, cit..

[849] Un indizio in tal senso, e più in generale a favore del legame tra conservazione delle garanzie e prosecuzione del rapporto, si trova nell'art. 11, commi 3 e 4, l. 27 gennaio 2012, n. 3, relativo agli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento. Il terzo comma stabilisce che "l'accordo non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso"; quello successivo, che "l'accordo non determina la novazione delle obbligazioni, salvo che sia diversamente stabilito". Il legislatore,

Nella stessa direzione, e cioè per la modificazione del rapporto, orientano anche le diverse conseguenze della risoluzione[850]. L'opinione prevalente esclude che la risoluzione dell'accordo novativo ripristini il rapporto precedente: "un'eventuale risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione relative alla nuova obbligazione non possono [...] in alcun modo riportare in vita la precedente obbligazione: una volta realizzata la sostituzione della nuova obbligazione alla precedente, il nuovo rapporto avrà vita autonoma"[851]. La conclusione, benché contestata da un'altra linea di pensiero[852], si rivela coerente rispetto alla disciplina della novazione e ai suoi effetti. Mentre la modificazione non fa venire meno il rapporto e può essere sostituita da una modificazione di segno contrario; l'estinzione determina il venire meno della relazione obbligatoria, la quale una volta realizzatasi impedisce che l'obbligazione originaria possa ritornare in vigore. Un diverso regime presiede alla risoluzione del concordato. La tendenza maggioritaria riconosce che ''il principale effetto della risoluzione è rappresentato dalla caducazione retroattiva degli effetti esdebitatori e/o modificativi conseguenti all'omologazione del decreto *ex* art. 180 L. fall.''[853], sicché la risoluzione determina "il ripristino della situazione anteriore"[854].

61. L'estinzione dell'obbligazione. L'efficacia del concordato con riguardo alla remissione del debito, alla rinunzia al credito e alla remissione per iniziativa del debitore

Esclusa la novazione oggettiva del rapporto, occorre prendere in considerazione la remissione del debito[855] e la rinunzia al credito[856].

Quest'ultima consiste in un atto unilaterale del creditore, suscettibile di realizzare una fattispecie abdicativa, alla quale si connettono la perdita e, di regola, l'estinzione del

---

nell'ambito della disciplina concorsuale del debitore non fallibile richiama la regola già in vigore per le garanzie nel concordato preventivo e, subito dopo, fissa di imperio la conseguenza (prosecuzione del rapporto originario) che si sarebbe altrimenti potuta ricavare in via di interpretazione

[850] In questa direzione, V. CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, cit., 1246, secondo la quale "non si spiegherebbe, altrimenti, come il credito originario possa tornare ad avere medesimo contenuto nel caso di risoluzione del concordato".

[851] Così P. LAMBRINI, *La novazione*, in *I modi di estinzione*, A. Burdese-E. Moscati (a cura di), in *Trattato Garofalo-Talamanca*, vol. III, Padova, 2008, 526; P. PERLINGIERI, *Dei modi d'estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 132 e 151; F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, 127.

[852] P. RESCIGNO, *Novazione (diritto civile)*, cit., 434; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. L'obbligazione*, Milano, 1998, 461, il quale sostiene che "La risoluzione del contratto novativo per inadempimento, l'avverarsi di condizione risolutiva o il non avverarsi di condizione sospensiva fanno rivivere l'obbligazione originaria".

[853] G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 264.

[854] Trib. Reggio Emilia, 16 aprile 2014, in *IlCaso.it*.

[855] Nel senso della remissione parziale, Trib. Velletri, 4 novembre 1983, cit.. Sembra considerare questa anche ipotesi B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, vol. II, pt. 1, Milano-Roma-Napoli, 1904, 392, il quale afferma che "nel caso in cui il debitore sia oberato, la maggioranza dei creditori può costringere la minoranza ad una remissione parziale, ma deve a questo fine ottenere un decreto giudiziario. La maggioranza è determinata [...] non secondo il numero delle persone, ma secondo l'ammontare dei crediti".

[856] Per l'indipendenza tra novazione, remissione e rinunzia, e soprattutto contro la scomposizione del primo istituto in fasi isolate, di cui una caratterizzata da una vicenda solo estintiva, P. PERLINGIERI, *Dei modi d'estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 69-70; G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, cit., 113 ss..

diritto[857]. L'unilateralità dell'atto viene spiegata in dottrina con la mancanza di un contrario interesse del debitore[858].

La remissione differisce dalla rinunzia sia sul piano strutturale che degli effetti. In primo luogo, essa estingue immediatamente la relazione giuridica[859]. Tale estinzione non è l'effetto di una isolata dichiarazione del creditore, ma di questa insieme al contegno passivo del debitore, il quale può impedire l'estinzione comunicando all'altra parte di non volerne profittare (art. 1236 cod. civ.)[860]. Da queste premesse derivano le tesi che attribuiscono una natura convenzionale alla remissione[861], segnata da un'analogia strutturale con il contratto unilaterale disciplinato dall'art. 1333 cod. civ.[862], oppure riconoscono la provenienza unilaterale degli effetti, ricorrendo però alla categoria degli atti unilaterali con struttura a rilievo bilaterale[863] oppure dei negozi unilaterali soggetti a rifiuto[864].

Proprio i profili strutturali inducono ad escludere la rinunzia al credito e, almeno per alcune proposte, la remissione del debito prevista dal codice civile[865]. In ordine alla rinunzia occorre ribadire che la struttura del concordato non ne consente l'inclusione tra gli atti unilaterali[866]. Rispetto alla remissione, almeno nel caso della proposta del debitore, manca una iniziativa

[857] P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., 75-76: "l'effetto essenziale e costante che caratterizza la rinunzia è la perdita del diritto da parte del soggetto rinunziante, mentre l'estinzione dello stesso è effetto secondario, riflesso, eventuale. Rinunziare non vuol dire estinguere il diritto, anche se, normalmente, il diritto in occasione della dismissione si estingue; rinunziare vuol dire solo dismettere il diritto, escluderlo dal proprio patrimonio". Per F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 218, "la rinunzia, come negozio essenzialmente abdicativo, non ha in nessun caso altra conseguenza che l'estinzione del rapporto, per uscita dal medesimo del soggetto attivo".

[858] P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 86 ss., interesse del debitore a mantenere il rapporto che sarebbe invece presente nelle ipotesi di remissione; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., 190 ss..

[859] P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 88-89; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., 58-59 (nonché 120 ss.), per il quale "l'effetto estintivo della remissione (bilaterale) trova in questa la sua causa, mentre l'eventuale effetto estintivo della rinunzia al credito potrebbe trovare in questa solo l'occasione, il presupposto"; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 372-373, il quale però associa alla remissione la perdita del credito e, soltanto in via riflessa, la sua estinzione.

[860] Per N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 378, "nella disciplina della remissione risalta solo un interesse a contenuto negativo, l'interesse a non ottenere la liberazione mediante remissione, facendo salva il debitore, attraverso la opposizione, la possibilità di realizzare di fatto il suo interesse ad eseguire la prestazione".

[861] P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 93-94, il quale muove dalla considerazione che "quando [...] al c.d. negozio unilaterale si aggiunge la necessità della conferma da parte del destinatario o comunque la possibilità che il destinatario rifiuti, impedendo così la realizzazione dell'effetto, si ha non più negozio unilaterale, ma contratto, essendo rilevante la partecipazione del destinatario alla fattispecie negoziale"; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., 138 ss.. Per la tesi contraria al carattere convenzionale, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010, 99.

[862] P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 92-93; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., 146.

[863] G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit.97, 24; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 196.

[864] Così sempre G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 191, muovendo dall'idea secondo cui l'atto di rifiuto configurerebbe un negozio autonomo, non equiparabile alla accettazione, neppure nella sua forma tacita (165 ss.).

[865] In questa direzione, e cioè valorizzando i profili strutturali per escludere l'ipotesi della remissione, Cass. civ., Sez. I, 7 maggio 1992, n. 5424, cit..

[866] Se la struttura del concordato è contrattuale, non è possibile ridurne gli effetti a quelli di una rinunzia unilaterale: "non esiste contratto *formato* da un solo atto" (G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., 43 - corsivo dell'Autore).

del creditore volta a procurare l'estinzione del rapporto, la quale sarebbe necessaria per poter ricondurre l'ipotesi all'art. 1236 cod. civ.[867].

Conclusioni simili possono valere per la remissione su iniziativa del debitore. Secondo un orientamento l'art 1236 cod. civ. disciplina gli effetti della dichiarazione estintiva proveniente dal creditore, ma non impedisce che sia il debitore a proporre l'estinzione all'altro soggetto del rapporto[868]. In simili casi - strutturalmente più prossimi al concordato - la disciplina non è quella dell'art. 1236 cod. civ., poiché una volta intervenuta l'accettazione del creditore al debitore non è più permesso di impedire l'estinzione[869].

La somiglianza strutturale nemmeno in questo caso riesce però a superare i rilievi suggeriti dalla disciplina degli effetti. La remissione comporta l'immediata estinzione del rapporto obbligatorio, cioè il venir meno sia del debito che della responsabilità; la quale ha per conseguenza l'estinzione delle garanzie (art. 1239, comma 1, cod. civ.)[870]. Diversamente, come si è già segnalato, il concordato non estingue le garanzie date dai terzi (art. 184, comma 1, l. fall.), attestando così la prosecuzione dell'originario rapporto[871].

62. Un secondo orientamento: il concordato preventivo tra i negozi riduttivi del rapporto

Diversamente dall'estinzione dell'obbligazione, la riduzione del rapporto appare coerente alla disciplina del concordato[872]. Proprio la categoria dell'obbligazione ridotta risulta la più adatta a descrivere le obbligazioni non integralmente soddisfatte mediante il concordato e private della responsabilità patrimoniale per la frazione rimanente. La sopravvivenza delle garanzie dei terzi alla falcidia concordataria trova allora una spiegazione coerente nella permanenza del debito; il concordato, limitando la responsabilità senza toccare il debito, lascia intatta la premessa necessaria di tali garanzie. Si può perciò affermare che i rapporti del debitore nel concordato sono destinati a due vicende alternative: estinguersi oppure a modificarsi, in linea con il dato testuale secondo cui il concordato deve servire al soddisfacimento, e quindi

[867] Aver risolto la questione induce a non soffermarsi sulla tesi secondo cui la remissione sarebbe caratterizzata dallo spirito di liberalità e da ricondurre nel novero degli atti a titolo gratuito, tra i quali difficilmente potrebbe farsi rientrare il concordato preventivo. In favore della gratuità, L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, cit., 296; contro la tesi della necessaria liberalità, e allo stesso tempo contro quella della onerosità, P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., 106 ss..

[868] P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., 164-165; P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 96.

[869] P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., 105; P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 96.

[870] Sebbene l'art. 1239, comma 1, cod. civ. disponga l'estinzione della sola fideiussione, sembra ormai pacifico che quest'effetto riguarda in termini più generali ogni garanzia. Così, *ex multis*, F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, cit., 141; P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., 247-248; C. ROMEO, *La remissione*, in *I modi di estinzione delle obbligazioni*, Aa. Vv., in *Trattato Sacco*, Milano, 2012, 109.

[871] Così, sempre per escludere la remissione, Cass. civ., Sez. I, 7 maggio 1992, n. 5424, cit.; F.S. FILOCAMO, *Sub art. 184*, cit., 2661.

[872] Ad una vicenda riduttiva sembrano alludere i numerosi autori che richiamano la categoria delle obbligazioni naturali; v. nt. 874. A quegli Autori possono aggiungersi, nel senso della riduzione del rapporto, F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 144-145; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 45, per il quale il concordato trarrebbe con sé una rinuncia "alla illimitata responsabilità patrimoniale del debitore".

all'estinzione, dei rapporti oppure alla loro ristrutturazione, ossia appunto a subire una "modifica della struttura"[873].

È allora possibile ammettere che una limitazione della responsabilità patrimoniale - negoziale poiché negoziali si è visto che sono gli effetti del concordato - si determina non solo nell'ipotesi più semplice (e forse anche meno probabile sul piano fenomenologico) della cessione parziale dei beni presenti, ma soprattutto in quella di sottrazione alla garanzia dei beni futuri, costante nella maggioranza dei concordati con continuità di cui si ha notizia. In entrambi i casi la conclusione pare poter rimanere la stessa, e cioè la sopravvivenza di composto ormai dal solo debito.

63. L'obbligazione ridotta dal concordato preventivo

La limitazione convenzionale, accompagnata dal soddisfacimento parziale dei creditori, impone alcune considerazioni sulla quota che rimane insoddisfatta; quella, cioè, per la quale può parlarsi di un debito che prosegue senza una corrispondente responsabilità.

Una diffusa opinione descrive il rapporto successivo all'esecuzione del concordato come un'obbligazione naturale[874]. È già stata riferita la distinzione che può stabilirsi tra quelle naturali e le obbligazioni convenzionalmente ridotte (par. 30). In ambedue i casi ricorre l'inesigibilità, poiché i creditori non possono reclamare la parte dell'obbligazione non soddisfatta col concordato, ma il suo pagamento sarebbe irripetibile. Trattandosi però di un rapporto sottratto alla disciplina dell'art. 2034 cod. civ., non si applica la limitazione prevista dal secondo comma, né è necessario accertare la capacità di chi adempie. Mentre le obbligazioni che sono ridotte perché naturali o perché lo stabilisce una norma di legge non determinano che l'irripetibilità della prestazione spontaneamente eseguita, ai rapporti successivi al concordato può applicarsi l'intero spettro degli effetti previsti per quelle civili, purché coerenti alla disciplina della relazione sprovvista di responsabilità. Per modo d'esempio, le parti potrebbero estinguere il rapporto per novazione in un'obbligazione civile o per compensazione volontaria tra quello e un debito pienamente esigibile. Allo stesso modo, potrebbe darsi la compensazione legale o giudiziale di due rapporti senza

[873] Così il vocabolo ristrutturazione è inteso da C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 129.

[874] Così C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, cit., 236, per il quale "il debito con responsabilità [...] che è rimasto insoddisfatto in seguito a concordato, non si può dire completamente estinto; esso perdura come debito senza responsabilità; e se il debitore lo paga, non si può dire che paga un indebito"; C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit, 93-94; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 284; P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. IV, Milano, 2016, 354; Cass. civ., Sez. III, 25 ottobre 1974, n. 3120, cit., secondo cui per effetto del concordato fallimentare l'obbligazione "cessando di essere un'obbligazione civile, diventa un'obbligazione - soltanto - naturale"; Cass. civ., Sez. I, 7 maggio 1992, n. 5424, cit., che dopo aver richiamato la categoria delle obbligazioni naturali vincola il giudice di rinvio al principio di diritto secondo cui "il credito ammesso al concordato preventivo, soddisfatto nella percentuale prevista, non si estingue per la parte eccedente detta percentuale mentre l'ipoteca iscritta a garanzia del credito lo garantisce nei confronti del terzo acquirente del bene ipotecato per la parte eccedente la percentuale corrisposta in occasione della esecuzione del concordato". Allo stesso modo, riferendosi però all'esdebitazione nella procedura di liquidazione dei beni, S. LANDINI, *Esdebitazione*, in *Enc. dir*., vol. VII, Milano, 2014, 444-445.

responsabilità patrimoniale[875], la quale renderebbe indebita la prestazione in seguito spontaneamente eseguita, poiché resa a fronte di un obbligo già estinto.

Delicati problemi si pongono però soprattutto con riguardo alla disciplina del pagamento dell'obbligazione ridotta dal concordato. L'adempimento spontaneo impone alcune considerazioni sulla disciplina della revocatoria[876]; adempiendo l'obbligazione ridotta da un precedente concordato, il debitore potrebbe pregiudicare le ragioni dei creditori successivi alla procedura. Bisogna allora individuare il punto d'equilibrio tra quelli che il concordato ha privato della responsabilità e gli altri creditori.

La prima impressione che potrebbe aversi è che un simile pagamento, riguardando una obbligazione priva responsabilità e provenendo quindi dalla scelta spontanea del debitore (benché giuridicamente imposta), debba sottostare alle regole stabilite per gli atti a titolo gratuito. Si finirebbe così per assimilare pagamento ed atti a titolo oneroso, considerando la liberazione dall'obbligo al pari di un corrispettivo per la prestazione[877].

Il tema è più complesso ed impone qualche rapida considerazione sul discrimine che separa le categorie dell'onerosità e della gratuità[878] dalla distinzione tra la condotta doverosa e libera. Il secondo binomio riguarda la condotta e la sua conformità rispetto a un modello. Il primo si riferisce invece al titolo e al rapporto complessivo[879]; sono cioè onerosi gli atti realizzati a fronte di una controprestazione; gratuiti gli altri. Possono perciò esservi prestazioni - come il pagamento dell'obbligazione alimentare[880] - che sono dovute pur non procurando alcun vantaggio.

Sviluppando queste considerazioni, sembra che l'obbligazione resa inesigibile dal concordato non possa essere qualificata a priori come onerosa o gratuita, dovendosi invece considerare l'atto come oneroso se eseguito a fronte di una controprestazione; altrimenti gratuito. Occorre avere riguardo a quella interdipendenza giuridica tra prestazioni in grado di rivelare una attribuzione a titolo oneroso; la cui assenza depone invece per il carattere gratuito[881].

---

[875] L'affermazione, audace se si pensa che la compensazione presupponga l'esigibilità, risulta meno rischiosa se si considera che l'art. 1243, comma 1, cod. civ. fa riferimento a debiti "egualmente liquidi ed esigibili", senza che ciò basti ad escludere i debiti egualmente inesigibili.

[876] Più semplice risulta la soluzione del problema inverso: per il più volte richiamato legame tra azione revocatoria e vincolo sul patrimonio del debitore, il creditore privato della garanzia dal concordato non può, in quanto tale, domandare la revoca di alcun atto del debitore.

[877] Liberando la riflessione da considerazioni psicologiche, si può affermare che il rapporto si scioglie perché l'interesse del creditore è stato soddisfatto, e non che si soddisfa quell'interesse per sciogliere il legame, In questi termini, contestando l'equivalenza tra pagamento ed atto a titolo oneroso e sottolineando che lo scioglimento del vincolo non può essere considerato alla stregua di un corrispettivo per chi paga, essendo semmai la conseguenza del pagamento, L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, cit., 35 ss. e 66 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 210 ss. e 272 ss..

[878] Da ricordare anche la possibilità, prospettata da taluno in dottrina con riguardo alle obbligazioni naturali, di un *tertium genus* tra i due; v. nt. 321.

[879] La declinazione in termini meramente oggettivi della categoria non lascia molto spazio alle componenti psicologiche e soggettive in senso più ampio. Per parte della dottrina, invece, sarebbe essenziale anche l'*animus donandi* della liberalità, inteso come specificazione di un elemento essenziale per l'intera categoria degli atti gratuiti; così G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 288-289.

[880] Lo stesso potrebbe dirsi per la donazione obbligatoria, prevista dall'art. 769 cod. civ., la quale rende doveroso un comportamento privo di corrispettivo.

[881] Un criterio simile è proposto da L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, cit., 68-69 e 259. Contro questa tesi si schiera G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 282 ss., le cui obiezioni, pensate per le obbligazioni naturali, non sembrano tutte riferibili anche a quelle convenzionalmente ridotte.

Fatte queste premesse, si può tornare al problema dell'efficacia verso i creditori. La questione appare più semplice per la revocatoria ordinaria. L'art. 2901 cod. civ. contiene infatti una regola generale per tutti gli atti di disposizione (art. 2901, comma 1, n. 1, cod. civ.) ed una speciale per quelli onerosi (art. 2901, comma 1, n. 2, cod. civ.)[882]; una eccezione è invece stabilita dal terzo comma, ai sensi del quale non può revocarsi l'atto con cui si adempie un debito scaduto, quale deve considerarsi anche quello privato della responsabilità dal concordato. Sembra allora di poter concludere per l'irrevocabilità ai sensi del codice civile del pagamento di un simile debito[883].

Per la disciplina della legge fallimentare bisogna considerare anzitutto la regola secondo cui sono revocati, "se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili [...] se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento" (art. 67, comma 2, l. fall.). Rivolgendosi al pagamento, il legislatore si disinteressa del rapporto che ne costituisce la causa e del suo titolo, sia esso gratuito oppure oneroso: "i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili devono essere considerati atti giuridici distinti dal rapporto che ne costituisce la causa, rilevando nella loro obiettiva natura di atti estintivi delle obbligazioni del fallito e pregiudizievoli per la massa dei creditori, e sono, pertanto, suscettibili di revoca indipendentemente dalla revocabilità dei negozi in adempimento dei quali essi sono stati effettuati"[884]. Benché la disposizione richiami espressamente i soli debiti esigibili, essa pare applicabile - per lo meno in via analogica[885] - pure al pagamento di quelli non esigibili o anche solo privi della responsabilità. Sarebbe del resto oltremodo difficile giustificare la possibilità di esperire la revocatoria fallimentare del pagamento eseguito sotto la "minaccia" dalla responsabilità patrimoniale e non di quello che agisca libero da ogni pressione.

64. Efficacia del concordato e riduzione del rapporto

Rispetto alla disciplina generale, la limitazione convenzionale della responsabilità può assumere contenuto particolare quando dipende dal concordato, e cioè da un accordo promosso nel contesto della crisi e sottoposto ad un controllo giudiziale che ne precede l'efficacia.

---

[882] In questi termini, G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 305.

[883] Per l'irrevocabilità del pagamento dell'obbligazione, anche incoercibile, L. COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, cit., 153, secondo il quale "la non coercibilità non posterga l'obbligazione naturale a quella civile". *Contra*, G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 338, per il quale la norma che esclude la revocabilità di quanto prestato per un debito scaduto "in tanto si giustifica in quanto la si riferisca al pagamento come pagamento dovuto e come pagamento attualmente dovuto, e quindi all'adempimento dell'obbligazione coercibile".

[884] Cass. civ., Sez. I, 6 luglio 2010, n. 15980, cit.. Per le stesse affermazioni, Cass. civ., Sez. I, 20 gennaio 2006, n. 1195, in banca dati *Iusexplorer on line*; Cass. civ., Sez. I, 10 novembre 2006, n. 24046, in *Giust. civ*., 2007, I, 59; Cass. civ., Sez. I, 9 febbraio 2001, n. 1839, in *Fall*., 2001, 1330, con nota redazionale di A. Barbieri; Cass. civ., Sez. I, 19 agosto 1994, n. 7458, in *Fall*., 1995, 285. Proprio sulla distinzione tra il pagamento e il suo titolo ormai consolidata nella giurisprudenza di legittimità sembra potersi fondare l'inapplicabilità dell'art. 64, comma 1, l. fall., il quale disciplinando la revoca degli atti a titolo gratuito pare riferirsi alla costituzione di nuovi rapporti, anche se formati in adempimento di un dovere morale o sociale.

[885] L'analogia si giustifica, oltre naturalmente che per la mancanza di una regola volta a disciplina il pagamento del debito senza responsabilità, per il fatto che in entrambi i casi - quello regolato come quello non regolato - ricorre l'esecuzione di una prestazione la quale estingue il rapporto, la quale instaura tra i due fatti la relazione di somiglianza rilevante che permette l'applicazione per analogia.

Sul piano soggettivo il negozio può perfezionarsi senza il consenso di ciascun creditore, e anzi persino a dispetto di eventuali manifestazioni esplicite di dissenso. L'accordo con alcuni - si è detto - vincola tutti.

In termini generali, la procedura di concordato può poi determinare conseguenze che di regola sono precluse all'autonomia privata e che dipendono sia dal contesto della crisi che dalla presenza di un controllo giudiziale. Potrebbero menzionarsi l'esenzione da revocatoria per gli atti compiuti in base al piano come il particolare regime di alcuni crediti, i quali assumono il rango di prededucibili anche nel successivo fallimento.

Con riguardo al contenuto del negozio concordatario sulla responsabilità, è opportuno richiamare brevemente la disciplina di diritto comune. Le convenzioni sulla garanzia patrimoniale possono limitarne l'oggetto, purché il conseguimento dell'utilità attesa dal creditore non venga rimesso alla libera scelta dell'obbligato: l'accordo con un simile contenuto determinerebbe l'inesistenza di un vero vincolo, impedendo il funzionamento della responsabilità per il debitore e della garanzia per il creditore. Il sindacato sulla meritevolezza viene svolto secondo un giudizio in concreto: un accordo può dirsi vietato oppure no a seconda degli effetti che determina in relazione al contenuto dell'obbligazione; gli stessi beni potrebbero risultare sufficienti a garantire certe obbligazioni e non altre di diverso ammontare.

Nel concordato si impone l'adozione di criteri diversi. Considerazioni di carattere economico mettono in risalto come durante la crisi la responsabilità patrimoniale universale già non sia in grado di adempiere la sua funzione. Almeno nelle ipotesi in cui la crisi comporta l'insufficienza patrimoniale[886] - ossia un ammontare di debiti superiore al valore del patrimonio in garanzia - i beni attuali non possono garantire l'intero valore delle obbligazioni e non si può dire con certezza se quelli successivi saranno idonei a conseguire questo risultato; si determina uno "scarto tra utilità garantita dal diritto sostanziale ed utilità che il processo riesce ad assicurare"[887]. Soprattutto, sul piano della coazione si rileva che in simili casi il debitore ha già perso l'intero patrimonio[888]; o meglio, sa che per soddisfare i creditori

[886] Per l'incapienza patrimoniale e la sua distinzione con l'insolvenza, A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, 106-107, e, più recentemente, A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato Colombo-Portale*, vol. IX, Torino, 1993, 243 ss.; G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, cit., 21; M. SANDULLI, *Il fallimento. I presupposti soggettivi e oggettivi*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. I, Milano, 2014, 164.

[887] A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 58.

[888] Per questa impostazione, alla quale si collega quella secondo cui in caso di insufficienza patrimoniale i "titolari" dell'impresa in senso economico sarebbero ormai i creditori, L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc*., 2004, 1041 ss.; L. STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall*., 2006, 380-381; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 40 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 339; A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, 3-4; G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, cit., 29, rileva che "se e fino a quando l'attivo supera il passivo, il valore complessivo del patrimonio risulterà allora destinato in parte al titolare ed in parte ai suoi creditori: ove invece il passivo superi l'attivo, il valore del patrimonio spetterà *integralmente* ai creditori del suo titolare, ai quali verrà anzi *di fatto* destinato un valore minore di quello che spetta loro *di diritto*" (corsivi dell'Autore). In prospettiva analoga, nella letteratura anglosassone si fa riferimento ai titolari del credito come possibili "residual owners of the firm"; in questi termini, D.G. BAIRD-T.H. JACKSON, *Bargaining after the fall and the contours of the absolute priority rule*, in *Corporate Bankruptcy. Economic and legal perspectives*, J.S. Bhandari-L.A. Weiss (a cura di), Cambridge, 1996, 129-130. Queste considerazioni sono perfettamente in linea con quella più risalente di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 141, secondo cui "solo in quanto il

dovrebbe privarsi di tutti i suoi beni attuali e di quelli futuri fino al soddisfacimento integrale del debito e degli interessi maturati nel frattempo. La minaccia di perdere quei beni non esercita più una pressione psicologica verso l'adempimento, ma induce ad occultare il dissesto e proseguire l'impresa, nell'attesa di migliorare la propria condizione, con il pericolo di ridurre ulteriormente il patrimonio in garanzia: ulteriori perdite diminuirebbero un patrimonio il cui valore già è interamente assorbito dai debiti, mentre eventuali profitti potrebbero aumentarne la consistenza vantaggio del debitore[889]. Nel caso delle società l'incapienza patrimoniale implica l'erosione del capitale, e in dottrina si rileva che "quando il capitale di rischio risulti perduto, il debitore [...] ha un incentivo ad assumere nuovi rischi, in quanto suoi sarebbero gli eventuali utili mentre le perdite graverebbero sui creditori"[890]. Nel caso delle persone fisiche una sorta di "apatia razionale"[891] rende invece addirittura logico attendere il sopraggiungere dell'insolvenza e, con essa, il fallimento e la conseguente possibilità di esdebitazione[892]. Per queste ragioni la (sola) responsabilità patrimoniale universale non funge più da meccanismo di coazione nei riguardi del debitore, incentivando anzi possibili perdite di valore.

Da queste premesse di carattere economico la letteratura di diritto fallimentare fa discendere: che la responsabilità patrimoniale universale, pensata per garantire l'utilità attesa dal debitore, può determinarne un pregiudizio quando il debitore si trova in crisi[893]; la necessità, perché il concordato possa soddisfare l'interesse dei creditori, di un incentivo da offrire al debitore che impegni la propria attività e le informazioni di cui dispone[894] per attribuire ai creditori un valore maggiore di quello che gli organi della procedura potrebbe ricavare dai suoi beni, rappresentato proprio dalla limitazione della responsabilità e dalla conseguente possibilità di conservare parte dei suoi beni[895].

---

valore economico di tutti i crediti *raggiunga* o *superi* il valore della totalità del patrimonio stesso, il patrimonio *diviene* nella sua totalità *garanzia attuale* delle obbligazioni contratte".

[889] Il rischio di simili condotte è messo in evidenza da L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 41; A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'*emerging insolvency*)*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014, 54; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 25 ss.; A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, cit., 6-7.

[890] L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 63.

[891] L'efficace espressione è mutuata dal linguaggio degli economisti da F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 334, per descrivere proprio l'atteggiamento dell'imprenditore che lascia consapevolmente evolvere la crisi in insolvenza in assenza di utili soluzioni preventive.

[892] L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 60-61, rileva che "si potrebbe sostenere che il debitore ha un interesse a collaborare alla soddisfazione dei creditori per ridurre la sua eventuale responsabilità residua a procedura chiusa. [...] In realtà questa spiegazione non vale per quegli ordinamenti, fra cui quello italiano dopo la riforma del 2006 (artt. 142 ss. l. fall.), che consentono al debitore-persona fisica di ottenere la liberazione dei debiti residui o «esdebitazione» [...] per la parte non soddisfatta, e comunque non vale per tutti i casi in cui il debitore è una società di capitali, i cui soci godono della responsabilità limitata".

[893] Secondo L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 60, "un'attuazione rigorosa degli artt. 2740 e 2741 cc. rischia di distruggere quello che si vorrebbe distribuire fra i creditori".

[894] È soprattutto L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 56 ss., a specificare le ragioni per cui l'imprenditore - titolare di informazioni sull'impresa e l'azienda di cui non dispongono i terzi - risulta essere il soggetto in grado di ricavare il maggior valore dal patrimonio aziendale, sia nell'ipotesi liquidatoria che in caso di prosecuzione dell'impresa.

[895] Secondo L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 62, sarebbe addirittura "inevitabile dotare la procedura d'insolvenza del «lubrificante» costituito dalla prospettiva

Seguendo queste riflessioni, sembra spiegarsi la ragione per la quale il parametro per valutare la meritevolezza del patto riduttivo cessa di essere l'utilità che spetta al creditore, e che non può più essere conseguita con i beni in garanzia, per diventare quello dell'utilità che si potrebbe ricavare dal patrimonio senza la collaborazione dell'imprenditore in crisi[896], in ossequio alla finalità della procedura di realizzare il soddisfacimento dei crediti e la ristrutturazione dei debiti evitando il fallimento[897].

La verifica di meritevolezza va diversamente declinata a seconda che si svolga su un negozio atipico sulla responsabilità o invece su quello tipizzato dagli artt. 160 ss., l. fall.. Nel primo caso il controllo investe la coerenza stessa tra la funzione e l'ordinamento giuridico; nel secondo tale apprezzamento è anticipato ed imposto dal legislatore. Questo secondo scrutinio, da un lato, si estende all'intera operazione economica e ai suoi possibili risultati, e, dall'altro, si riduce alla coerenza interna tra lo specifico concordato e la causa legislativamente stabilita dall'art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall..

Il concordato può allora determinare conseguenze che andrebbero escluse al di fuori della procedura concorsuale. Con riguardo alla dimensione soggettiva, esso vincola il debitore e tutti i creditori, a prescindere dalla loro adesione e quindi contro la normale simmetria tra autori dell'atto e destinatari delle conseguenze. Con riguardo al profilo degli effetti, l'accordo può conseguire modificazioni delle obbligazioni normalmente precluse. La conclusione che viene ad imporsi è allora che la crisi e la sua gestione tramite il concordato modificano lo spazio dell'autonomia privata, ampliandolo o restringendolo a seconda dei casi[898].

65. Efficacia del concordato e altre procedure concorsuali

Il sopraggiungere della crisi modifica l'assetto degli interessi e ne introduce di nuovi, rispetto ai quali si mostra inidonea la disciplina comune e perciò necessaria la predisposizione di

per il debitore di salvare qualcosa dalla liquidazione, e ciò nell'interesse degli stessi creditori". Sulla necessità di passare dalla sanzione all'incentivo sembra concordare N. DE LUCA, *Prevenire è meglio che curare. (Proposte per «curare» il concordato preventivo che non «previene»)*, in *Dir. fall*., 2010, I, 97, persuaso che "il comportamento umano è più facilmente indotto da un incentivo a migliorare una situazione presente piuttosto che dal rischio di peggiorarla, dato che il rischio è per sua natura incerto".

[896] Secondo L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 192, "nelle procedure concorsuali condizione perché il debitore «salvi» parte del suo patrimonio dall'insolvenza non è che i creditori siano stati interamente pagati, ma solo che il debitore offra loro qualcosa di più di quello che essi riceverebbero in una liquidazione (e la maggioranza dei creditori accetti l'offerta)".

[897] Proprio la considerazione di quella che è la funzione della procedura consente di estendere le conclusioni formulate anche al di là del campo dell'insufficienza patrimoniale, per comprendere ogni ipotesi di crisi. Il discorso implica quelli da svolgere nei paragrafi seguenti sulla nozione stessa di crisi e sul nesso tra concordato e principio di proporzionalità. Tuttavia, può già accennarsi che il fine di evitare l'insolvenza imminente mediante un accordo con i creditori che prevede una limitazione della garanzia patrimoniale è coerente rispetto allo scopo finale del soddisfacimento dei creditori cui tendono le stesse regole in tema di responsabilità.

[898] Come esempio di ampliamento si possono richiamare - oltre naturalmente alla efficacia esterna - proprio gli accordi sulla responsabilità patrimoniale, i quali possono assumere contenuti che senza la crisi non potrebbe determinare neppure il consenso individuale del creditore. Esempio di restrizione sono invece le posizioni individuali intangibili; così, il concordato non potrebbe sottrarre al creditore che faccia mancare il proprio consenso la sua causa di prelazione. In senso parzialmente difforme, G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, cit., 219, afferma che se il concordato è voluto dai creditori all'unanimità "il ventaglio delle alternative rese possibili dal primo comma dell'art. 160 è particolarmente ampio, fino a coincidere, in buona sostanza, con i limiti dell'autonomia privata", sembrando così intendere come costantemente inferiori le possibilità lasciate all'autonomia negoziale nel concordato rispetto a quelle ammesse dal diritto comune.

regole diverse. Queste regole non sono solamente quelle del concordato preventivo, ma anche quelle di altre procedure concorsuali, per le quali pure si pone il problema della responsabilità patrimoniale.

Si è detto che il concordato è in grado di determinare una riduzione qualitativa e quantitativa del rapporto. Qualitativa perché muta il regime del rapporto, che viene privato del rapporto di responsabilità-garanzia per rimanere composto solo da quello di debito-credito. Quantitativa poiché una simile vicenda può investire - e di regola, perché il concordato venga ammesso, deve investire - solamente una parte del rapporto obbligatorio. È questo l'effetto comunemente denominato della falcidia concordataria o dell'esdebitazione. Con queste due espressioni - seppure non del tutto soddisfacenti[899] - ci si riferisce alla stessa vicenda del rapporto, guardata una volta dalla prospettiva del creditore e l'altra da quella del debitore. Tale effetto, come più volte ribadito, si produce se è stabilito nella proposta accettata dai creditori. È sempre la volontà dei privati a determinare la riduzione dei rapporti tra i creditori - o anche solo alcuni di essi - e il comune debitore.

Passando in rassegna le altre procedure concorsuali non sempre si riscontra una simile efficacia.

Si può muovere dalla disciplina prevista per gli accordi di ristrutturazione dei debiti e da quelle più recentemente introdotte per quelli con intermediari finanziari e per le convenzioni di moratoria. Gli effetti dell'ultimo istituto sono configurati dalla dottrina come quelli di un *pactum de non petendo ad tempus*[900], in linea con la previsione secondo cui simili convenzioni possono unicamente "disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi" (art. 182 *septies*, comma 5, l. fall.). Venendo agli accordi di ristrutturazione, nessun meccanismo di estensione ai terzi del contenuto dell'accordo è previsto e si stabilisce che esso deve consentire il pagamento integrale dei terzi; soltanto in via provvisoria, e segnatamente per un periodo di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo, i crediti sono resi inesigibili *ex lege* (art. 182 *bis*, commi 1 e 3, l. fall.). Ne discende che di una convenzione con efficacia riduttiva potrebbe parlarsi solo per le obbligazioni degli aderenti, e non anche per gli altri creditori[901]. Una disciplina diversa e più simile a quella del concordato è prevista per gli accordi con intermediari finanziari dall'art. 182 *septies*, comma 2, l. fall.. La disposizione consente all'imprenditore di domandare al tribunale che gli effetti di un accordo con banche e intermediari finanziari titolari di almeno il 75 % dei crediti vengano estesi anche a quelli non aderenti, introducendo una sorta di "accord[o] di ristrutturazione finanziaria a maggioranza"[902]. Quanto agli effetti possibili, l'art. 182 *septies*, comma 7, l. fall., si limita a prevedere che sono escluse le convenzioni suscettibili di incrementare il rischio per i creditori

[899] Sia falcidia che esdebitazione fanno pensare alla rimozione anche del debito. Per questa ragione G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, cit., 10, propone di sostituire "esdebitazione" con "deresponsabilizzazione".

[900] Così I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., 1095; M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, cit., 1023; A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, cit. 557.

[901] Per la liberazione del debitore anche verso la minoranza estranea all'accordo parrebbe invece propendere G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 253-254.

[902] M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, cit., 20.

estranei all'accordo ma coinvolti dai suoi effetti[903], stabilendosi "in nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti". Sembra allora possibile che l'accordo di ristrutturazione preso con alcuni degli intermediari finanziari, una volta omologato, possa determinare una limitazione della responsabilità efficace anche verso i terzi[904].

La regola stabilita per il fallimento è che la conclusione della procedura non estingue le obbligazioni rimaste insoddisfatte né determina modificazioni del loro statuto. Alla chiusura del fallimento "i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi" (art. 120, comma 3, l. fall.). Secondo la regola generale il fatto "che il patrimonio del debitore non basti al soddisfacimento del creditore è cosa, che non ha alcuna influenza sulla sussistenza giuridica del credito; il debitore deve prestare in seguito, ciò che attualmente non può, tosto che gli pervengano nuovi beni"[905]. Lineare risulta allora la conclusione secondo cui la conclusione della procedura non è seguita dall'estinzione né dalla riduzione dei rapporti[906]. Quest'ultima conseguenza, indicata dalla legge con il nome di esdebitazione (artt. 142 ss. l. fall.), può determinarsi nel fallimento delle persone fisiche al ricorrere di certi presupposti. Benché il risultato sia assimilabile a quello della falcidia convenuta dalle parti nel procedimento di concordato[907], è diversa la fonte dell'effetto. La riduzione del rapporto non proviene dalla

[903] Per questa spiegazione dell'art. 182 *septies*, comma 7, l. fall., R. RANALLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria. Profili aziendalistici*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. I, Milano, 2017, 497; G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, cit., 218, il quale considera regola generale delle procedure concorsuali il divieto di imporre prestazioni aggiuntive ai creditori e perciò reputa inutile la lettera dell'art. 182 *septies*, comma 7, l. fall..

[904] In questi termini, R. RANALLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria. Profili aziendalistici*, cit., 500; Trib. Milano, 11 febbraio 2016, in *IlCaso.it*.

[905] B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, vol. II, pt. 1, cit., 69

[906] M. CASANOVA, *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, cit., 94-95; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 254.

[907] L'esdebitazione nel fallimento estingue la responsabilità ma non il debito. La conclusione è suggerita sia dall'ultimo comma dell'art. 142 l. fall., il quale dispone che "sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso", sia dal riferimento contenuto nell'art. 143, comma 1, l. fall. alla dichiarazione di inesigibilità dei debiti residui. Per la riduzione del rapporto, S. LANDINI, *Esdebitazione*, cit., 435, secondo la quale "il mantenimento del rapporto giustifica la permanenza quanto meno di un obbligo morale in capo al debitore che, ove adempia spontaneamente dopo l'ottenimento della esdebitazione, non dovrebbe aver diritto di ripetizione *ex* art. 2034 c.c."; N. NISIVOCCIA, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., 987, il quale condivide il richiamo alla disciplina delle obbligazioni naturali; L. PANZANI, *L'esdebitazione e la disciplina del sovraindebitamento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. III, Milano, 2014, 689; M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. IV, Milano, 2016, 592 ss.; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 443; Cass. civ., Sez. un., 18 novembre 2011, n. 24214, in *Foro it.*, 2011, I, 3272. In altra direzione - e cioè per la limitazione del debito - parrebbero orientarsi G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 379; L.A. RUSSO, *La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale dei diritti: la crisi del giudicato*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 277-278; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 254, il quale parla di "un'ipotesi legale di remissione". Nel senso della modifica e non estinzione del rapporto depone anche l'esdebitazione disciplinata nel sistema concorsuale tedesco: il § 301, comma 3, Insolvenzordnung stabilisce "Wird ein Gläubiger befriedigt, obwohl er auf Grund der Restschuldbefreiung keine Befriedigung zu beanspruchen hat, so begründet dies keine Pflicht zur Rückgewähr des Erlangten" ("il pagamento ad un creditore che non vi aveva diritto per effetto dell'esdebitazione non è ripetibile"); muovendo da questa disposizione riconoscono il permanere della sola responsabilità T. KEXEL, *Sub § 301*, in *InsO Kommentar*, M.L. Graf-Schlicker (Hrsg.), Köln, 2012, 1273 ss., il quale richiama la figura dell'obbligazione imperfetta; T. STRECK, *Sub § 301*, in

volontà delle parti, ma da un provvedimento del tribunale, che al ricorrere dei presupposti di legge può essere disposto anche in assenza di una istanza del debitore. L'esdebitazione fallimentare, introdotta dal d.l. 9 gennaio 2006, n. 5[908], persegue finalità di carattere sociale ed è ispirata da una logica premiale che ne allontana la *ratio* e la disciplina dalla limitazione della responsabilità che può essere convenuta tramite il concordato, mossa dalla volontà negoziale ed ispirata da valutazioni di convenienza.

Effetti simili al concordato preventivo può invece determinare quello fallimentare. Il contenuto della proposta è stabilito dal proponente, come si desume dall'art 124 l. fall.[909]. La disciplina delle obbligazioni successive al concordato fallimentare tramite il quale le parti concordino l'esdebitazione indica che l'effetto è quello della riduzione del rapporto[910]. In questa direzione depone, anche per il concordato fallimentare, la disciplina per le garanzie dei terzi: l'art. 135, comma 2, l. fall., prevede che "i creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso". Il concordato nel fallimento risulta allora l'unico rimedio per conseguire la limitazione della responsabilità per i debitori falliti che, ad esempio per non essere persone fisiche, non sono ammessi al beneficio dell'esdebitazione.

Come il fallimento, anche la liquidazione coatta amministrativa è in sé inidonea alla riduzione dei rapporti; per questa procedura non è nemmeno prevista l'eventualità di un successivo provvedimento di esdebitazione[911]. I problemi più delicati si pongono però per il concordato che può realizzarsi al suo interno. La considerazione preliminare è che qui di "concordato" vi è solo il nome. La proposta può provenire dal debitore o anche da un terzo[912],

---

Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, A. Schmidt (Hrsg.), Köln, 2015, 2153, che menziona le obbligazioni naturali; H. HESS, *Insolvenzrecht. Großkommentar*, vol. II, Heidelberg, 2007, 3797, il quale espressamente parla di debito senza responsabilità ("Schuld ohne Haftung").

[908] "Con la chiusura del fallimento nel previgente sistema non si determinava mai la esdebitazione del fallito, per cui i creditori potevano sempre pretendere da questi, nei limiti dell'eventuale avvenuta prescrizione, il pagamento dell'intero o della parte di credito non soddisfatta in sede concorsuale, con tutte le facoltà attribuite ai creditori (art. 120, l. fall.). La liberazione dai debiti residui si otteneva, come detto, solo con la chiusura del fallimento a mezzo di concordato fallimentare" (S. LANDINI, *Esdebitazione*, cit., 435).

[909] Con riguardo a quello fallimentare N. NISIVOCCIA, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., 978, afferma che "le proposte di concordato possono essere talmente infinite da consentire l'affermazione secondo cui oggi tutto è possibile e niente è vietato: neppure che i creditori chirografari non siano pagati affatto e neppure che i privilegiati siano soddisfatti parzialmente".

[910] Fanno riferimento alla prosecuzione del rapporto come obbligazione naturale L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, 1946, 407; N. NISIVOCCIA, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., 987. In maniera analoga, richiamando però il *pactum de non petendo*, F. FERRARA JR.-A. BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., 677; A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, cit., 740; L. D'ORAZIO, *Dall'omologazione all'esecuzione*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 2, Milano, 2016, 2516; M. SPIOTTA, *Il concordato fallimentare. Profili processuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. V, Milano, 2017, 204-205. Per l'inesigibilità sembra orientarsi anche il legislatore tedesco: il § 254, comma 3, Insolvenzordnung stabilisce che "Ist ein Gläubiger weitergehend befriedigt worden, als er nach dem Plan zu beanspruchen hat, so begründet dies keine Pflicht zur Rückgewähr des Erlangten" ("il pagamento conseguito da un creditore in misura superiore a quella che poteva ricevere in base al piano non è ripetibile"). In altra direzione, G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 111, per il quale "il concordato fallimentare [...] estingue, nei limiti in cui lo estingue, il debito e non la responsabilità patrimoniale".

[911] Sotto questo profilo non sembra più del tutto condivisibile l'affermazione di A. BONSIGNORI, *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. comm.*, vol. IX, Torino, 1993, 126, secondo cui fallimento e liquidazione coatta amministrativa "conseguono identità di effetti".

[912] L'opinione prevalente restringe la legittimazione al debitore e ai terzi, escludendo il commissario liquidatore; così U. BELVISO, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, Napoli, 1973, 62. Regole diverse sono previste per la liquidazione coatta amministrativa delle banche e delle imprese assicurative;

previa autorizzazione dell'autorità amministrativa[913], e si indirizza al tribunale, il quale decide sulla approvazione[914]: "l'autorità che vigila sulla liquidazione, su parere del commissario liquidatore, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare l'impresa in liquidazione, uno o più creditori o un terzo a proporre al tribunale un concordato" (art. 214, comma 1, l. fall.)[915]. Ai creditori e agli altri interessati è riconosciuto unicamente il diritto di opposizione[916], la cui omissione non può essere in alcun modo equiparata a una dichiarazione di consenso[917]. Queste caratteristiche inducono a negare che gli effetti provengano da un accordo e a collocare il concordato nella strana classe di quelli coattivi[918]. Le peculiarità del

---

rispettivamente l'art. 93, comma 1, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, e l'art. 262, comma 1, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, attribuiscono ai commissari liquidatori e all'impresa la legittimazione a formulare la proposta.

[913] Per S. SERAFINI, *Nuove questioni in tema di concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, cit., 87, "l'autorizzazione da parte dell'autorità di vigilanza costituisce espressione di un potere discrezionale di portata ampia e generale, che si articola nell'ambito della funzione istituzionale propria dell'autorità medesima, sì che, nell'autorizzare la presentazione della proposta, l'autorità amministrativa dovrà valutare se il concordato contribuisca in maniera apprezzabile a soddisfare l'interesse pubblico alle cui cure è preposta, oltre che gli interessi dei creditori". In senso analogo, P. BRACCAGNI, *Sulla natura del concordato delle imprese sottoposte a liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. fall.*, 1964, I, 331-332; G. BAVETTA, *Liquidazione coatta amministrativa*, cit., 263-264.

[914] Problematico risulta il ruolo da riconoscere all'interesse dei creditori nella scelta del tribunale. Per la questione si rimanda a nt. 200.

Quanto alla mancanza del consenso dei creditori, invece, la dottrina ne trova la giustificazione nel particolare favore riservato al concordato nella liquidazione coatta amministrativa (così A. BONSIGNORI, *Liquidazione coatta amministrativa*, cit., 156-157) ovvero nell'esigenza di evitare che i possano impedire soluzioni funzionali all'interesse pubblico e perciò autorizzate dall'autorità amministrativa (P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 1001).

[915] Tale meccanismo induce P. BRACCAGNI, *Sulla natura del concordato delle imprese sottoposte a liquidazione coatta amministrativa*, cit., 331-332, a considerare la proposta come un atto complesso al quale partecipa, oltre al proponente, l'autorità amministrativa che concede l'autorizzazione.

[916] È bene precisare che l'opposizione dei creditori e degli altri interessati precede l'approvazione del concordato. Soprattutto, delle opposizioni il tribunale "*deve tenere conto* al momento di decidere sull'approvazione della proposta del concordato: le opposizioni non vincolano, infatti, il tribunale all'emanazione di un provvedimento specifico, né impediscono l'approvazione del concordato" (S. SERAFINI, *Nuove questioni in tema di concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, cit., 87 - corsivo dell'Autore). In termini simili G. BAVETTA, *Liquidazione coatta amministrativa*, cit., 265.

[917] La dottrina sembra convergere verso l'affermazione che nega la parificazione tra mancata opposizione e dichiarazione negoziale del consenso; per questa soluzione G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2013, 92, il quale rileva che "la mancata opposizione non vale quale accettazione, non ha portata né effetti negoziali"; G. BAVETTA, *Liquidazione coatta amministrativa*, cit., 265; S. SERAFINI, *Nuove questioni in tema di concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, cit., 87-88; F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, cit., 980, il quale richiama in tal senso anche la legittimazione ad opporsi estesa ai terzi; Trib. Varese, 4 aprile 2006, cit.. Sembrano invece assimilare omessa opposizione e dichiarazione di assenso, in linea generale, A. ARENA, *Spunti sul concordato delle aziende di credito e sulla concessione dei benefici di legge*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1940, I, 216; F. TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa tra interessi privati e interesse pubblico*, in *Nuova Giur. Civ. Comm*., 2007, I, 453; Trib. Milano, 6 dicembre 1954, in *Riv. dir. comm*., 1955, II, 117, con nota di A. De Martini, *Singolari aspetti del concordato di società in liquidazione coattiva*, nella quale si legge un riferimento al consenso tacito dei creditori che non facciano opposizione.

[918] Il carattere coattivo si esprime proprio nell'irrilevanza cui è relegato il volere dei creditori. Il primo concordato coattivo del nostro ordinamento risale al r.d. 2 febbraio 1922, n. 27, e fu introdotto per favorire il concordato preventivo della Banca Italiana di Sconto; per la ricostruzione di quella disciplina in chiave storica, F. TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa dopo le riforme della legge fallimentare e la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c*., cit., 1186 ss.; F. TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa tra interessi privati e interesse pubblico* cit., 450. Riferendosi al concordato nella liquidazione coatta, G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, cit., 201, il quale propone di estendere la riflessione anche ad altre forme concordatarie, afferma che "ciò che conta [...] non è il consenso, bensì l'*oggettivo* rispetto di un principio di giustizia commutativa: l'equivalenza tra la percentuale promessa e la somma ricavabile da un'ipotetica liquidazione".

concordato nella liquidazione coatta amministrativa sono all'origine del contrasto giurisprudenziale sugli effetti. Un orientamento di merito attribuisce al concordato nella liquidazione coatta amministrativa un'efficacia potenzialmente riduttiva e, in linea con la premessa, ammette una liquidazione parziale dei beni, all'esito della quale quelli non ceduti tornano all'imprenditore liberi da vincoli[919]. Questa soluzione è argomentata con l'idea secondo cui l'interesse al ritorno *in bonis* dell'impresa prevarrebbe su quello individuale dei creditori[920]; l'idea - benché non dichiarata espressamente - sembra ancora una volta quella secondo cui il valore della continuità consentirebbe all'autorità amministrativa e a quella giudiziaria di espropriare ai creditori una parte della garanzia patrimoniale. Di contrario avviso pare invece l'orientamento di legittimità che, con il sostegno della dottrina[921], tende ad escludere che l'interesse pubblico possa giustificare limitazioni della responsabilità patrimoniale[922]. Se si accettano la tesi favorevole alla riduzione delle obbligazioni nel concordato fallimentare e quella che le esclude invece nel concordato all'interno della liquidazione coatta amministrativa si determina una (ulteriore) disparità di trattamento per debitore e creditori a seconda che vi sia l'apertura del fallimento, nel qual caso si potrebbero concepire limitazioni convenzionali della responsabilità, o invece della procedura amministrativa[923]; disparità che sembrerebbe invece voler evitare l'art. 214, comma 5, l. fall., nel regolare gli effetti del concordato nella liquidazione coatta mediante il rinvio all'omologa disposizione per quello fallimentare.

Per l'amministrazione straordinaria e i concordati che possono realizzarsi al suo interno si impongono considerazioni ancora più articolate. Anzitutto, non è previsto alcun meccanismo esdebitatorio, sicché alla conclusione della procedura permangono sia il debito che la responsabilità per la parte non soddisfatta delle obbligazioni. Questa conclusione può riferirsi sia all'amministrazione straordinaria del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che a quella speciale

[919] Trib. Ferrara, 3 luglio 2006, in *Giur. comm*., 2007, II, 1171, con nota di F. Tomasso, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa dopo le riforme della legge fallimentare e la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.*, secondo cui "l'interesse pubblico alla permanenza in vita dell'impresa giustifica [...] la sottrazione del nucleo essenziale dell'azienda e dei beni strettamente necessari per la sua esistenza alla liquidazione concorsuale, posto che l'impresa non potrebbe, altrimenti, ritornare a svolgere la propria attività". Per la stessa conclusione, F. TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa dopo le riforme della legge fallimentare e la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c*., cit., 1197 ss.. La possibilità di sottrarre beni alla garanzia patrimoniale in vista dell'interesse alla prosecuzione dell'impresa non è espressamente esclusa da Trib. Varese, 4 aprile 2006, cit., che nel rifiutare l'approvazione ad un concordato di tale contenuto, fa riferimento al difetto di proporzionalità tra sacrificio dei creditori ed esigenza conservativa, figurando tra quelli esclusi dalla garanzia anche beni non indispensabili in vista di tale scopo.

[920] Così Trib. Ferrara, 3 luglio 2006, cit..

[921] Così C. TRENTINI, *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*, cit., 759-750, secondo il quale la limitazione della responsabilità sarebbe impedita dalla mancanza di una votazione dei creditori sulla proposta.

[922] In questo senso parrebbe le decisioni richiamate a nt. 200. Chiaramente in questa direzione, tra i precedenti di legittimità, Cass. civ., Sez. I, 6 febbraio 2013, n. 2782, cit., secondo cui "l'interesse pubblico alla prosecuzione dell'attività d'impresa giustifica la scelta, non sindacabile dai creditori sociali, di preservare nella liquidazione l'unità dell'azienda, ma non anche la sottrazione alla liquidazione di tutto o parte dell'attivo, per destinarlo alle necessità della prosecuzione dell'impresa insolvente"; Cass. civ., Sez. I, 18 marzo 2008, n. 7263, cit.; Cass. civ., Sez. I, 19 settembre 2006, n. 20259, cit., secondo cui "dalle scelte di interesse pubblico consegue [...] la possibilità di diversi risultati in tema di soddisfacimento dei creditori, ma non già il sacrificio senza indennizzo delle loro posizioni, con la sottrazione di alcuni beni alla garanzia generica *ex* art. 2740 c.c.".

[923] La preoccupazione di evitare tale disparità è avvertita in Cass. civ., Sez. I, 6 febbraio 2013, n. 2782, cit., la quale riduce la differenza tra il concordato fallimentare e quello nella liquidazione coatta amministrativa alla mancanza di una votazione dei creditori. Il problema del diverso trattamento tra chi sia assoggettato all'una o all'altra procedura è all'origine della questione di costituzionalità affrontata da Corte Cost., 19 giugno 1975, n. 159, cit., e risolta escludendo l'ingiustificata disparità di trattamento.

regolata dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347. Diversamente stanno invece le cose per i concordati che possono intervenire nel corso dell'una e dell'altra procedura. Quello regolato dall'art. 78, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, riceve una disciplina che ricalca le regole per la liquidazione coatta amministrativa, che sono espressamente richiamate[924]: l'imprenditore dichiarato insolvente o un terzo - se autorizzati dall'autorità amministrativa, la quale decide considerando l'interesse dei creditori insieme alla finalità conservativa della procedura[925] -, possono sottoporre un concordato a quella giudiziaria, che provvede all'approvazione con sentenza[926] e senza alcuna dichiarazione dei creditori[927]. I tratti essenziali sono i medesimi del concordato nella liquidazione coatta amministrativa, sicché i problemi, e soprattutto quello della sottrazione coatta della garanzia patrimoniale ai creditori, sono gli stessi[928]. Nel corso della procedura può inserirsi un'altra forma di concordato, per il quale possono valere le stesse conclusioni: l'art. 79, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, consente che nell'amministrazione straordinaria di società con soci a responsabilità illimitata ciascuno di essi, purché ammesso alla procedura, possa proporre un concordato ai creditori sociali e particolari che concorrono sul suo patrimonio; a questo si applicano le stesse regole procedurali stabilite nell'art. 78 per

[924] Il rinvio alla disciplina del concordato nella liquidazione coatta amministrativa sviluppa quella tendenza all'armonizzazione tra i concordati coattivi e poi anche quello fallimentare sulla quale si sofferma F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, cit., 969-970. Un costante punto di contatto tra questi concordati e quello nel fallimento, che li allontana tutti da quello preventivo, è colto da G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, cit., 90-91, nel precedente accertamento dell'insolvenza, che ne fa istituti fallimentari in senso stretto e non procedure preventive. In termini più generali - ossia non solo per il concordato - V. COLESANTI, *Sub art. 1*, in *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Commentario*, V. Colesanti-A. Mafferi Alberti-P. Schlesinger (a cura di), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 724, coglie una "colossale contraddizione immanente all'istituto" nel rinvio che la disciplina dell'amministrazione straordinaria, volta a risanare l'impresa, dispone nei confronti di quella della liquidazione coatta amministrativa, volta appunto a liquidare l'azienda. Questa contraddizione può invece essere giustificata secondo B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 10, considerando il carattere liquidatorio dell'amministrazione straordinaria, preordinata a sostituire un soggetto a un altro nell'esercizio dell'impresa.

[925] Questa valutazione attesta un mutamento funzionale dell'amministrazione straordinaria in caso di concordato. Sottolinea G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, cit., 95-96, che mentre la procedura è rivolta alla finalità conservativa anche a discapito dei creditori, nel concordato che in essa può inserirsi è imposta la valutazione congiunta della finalità conservativa insieme a quella satisfattiva.

[926] Secondo F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, cit., 987, la natura del provvedimento - sentenza in luogo del consueto decreto di omologa - deriverebbe dalla mancanza di un atto precedentemente approvato da omologare, poiché il concordato è approvato dallo stesso tribunale e non prima da altri.

[927] Secondo F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, cit., 980, "il mancato riconoscimento del diritto di voto ai creditori marca la volontà del legislatore, di sottrarre l'esito della proposta agli interessi privati dei creditori, i quali potrebbero porre il veto, per ragioni di parte, a concordati rispondenti a quell'interesse pubblico, o comunque diffuso, sotteso alla disciplina dell'amministrazione straordinaria, ma lascia al giudice la valutazione *comparativa* rispetto ai loro interessi" (corsivo dell'Autore).

[928] Per Cass. civ., Sez. I, 27 dicembre 2005, 28774, in banca dati *Iusexplorer on line*, pur mancando un accordo con i creditori, il concordato comporterebbe l'estinzione delle obbligazioni nei confronti del debitore e dei suoi garanti. La decisione non indica la fonte di un simile effetto; si legge però che "non concorrendo la volontà dei creditori all'approvazione del concordato [...], appare difficile se non impossibile ipotizzare sia un accordo remissorio (nel qual caso si tratterebbe di una rinuncia al diritto) che un *pactum de non petendo* (inquadrabile più propriamente sotto il profilo di una rinuncia all'azione) proprio perché non sarebbe ricostruibile, sia pure in termini procedimentali, alcuna forma di accordo tra creditori e debitore". Per l'affermazione secondo cui il mancato rinvio espresso agli artt. 135, comma 2, o 184, comma 2, l. fall. - comunque richiamati dall'art. 78, comma 3, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, per il tramite dell'art. 214, comma 5, l. fall. - implicherebbe l'estinzione del diritto verso i terzi garanti, Cass. civ., Sez. I, 14 maggio 2005, n. 10129, in banca dati *Iusexplorer on line*; F. RENZETTI, *Osservazioni sulla proposta di concordato dell'impresa in liquidazione coatta amministrativa*, cit., 377.

il concordato della società[929]. Ancora diversa è la disciplina stabilita per il concordato regolato dall'art. 4 *bis*, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria "speciale". La disposizione prevede l'approvazione dei creditori a maggioranza[930]. Nonostante il complicato problema circa l'autore della proposta[931], gli effetti del concordato sembrano avere una fonte negoziale, sicché sembra di poter ripetere le conclusioni raggiunte per quello preventivo circa l'idoneità dell'accordo delle parti a ridurre i rapporti obbligatori.

66. Efficacia del concordato e procedure di sovraindebitamento

Il rapporto con la responsabilità patrimoniale si pone anche per le procedure di sovraindebitamento, disciplinate negli artt. 6 ss., l. 27 gennaio 2012, n. 3.

Si tratta di istituti dal dubbio carattere concorsuale[932], attraverso le quali il legislatore prende atto del frequente ricorso al credito da parte dei debitori c.d. civili[933] e tenta di superare lo svantaggio imposto ai soggetti che non potendo fallire non possono neppure beneficiare dell'esdebitazione.

Nel novero delle procedure di sovraindebitamento si ripropone la distinzione tra le soluzioni concordate tra debitore e creditori e quelle che invece prescindono da una intesa tra loro.

Ha una matrice negoziale l'accordo di composizione della crisi, il quale si fonda su un patto con la maggioranza dei creditori suscettibile di espandere i propri effetti a tutti. Il tratto negoziale induce ad affermare che debitore e creditori possono stabilire la riduzione del rapporto, secondo regole simili a quelle del concordato. Per questa soluzione orienta il testo

[929] Così F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, cit., 990-991, il quale pone in luce come nel concordato del socio il tribunale non debba considerare la necessità conservativa dell'amministrazione straordinaria, ma esclusivamente la convenienza per i creditori, a meno che la proposta non possa soddisfare quelli sociali e determinare il ritorno *in bonis* dell'impresa.

[930] La dottrina rileva che l'attribuzione del voto ai creditori è disciplinata secondo regole - come quella del silenzio assenso - volte a favorire la soluzione concordataria anziché a valorizzare la volontà privata; così F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, cit., 997; C. PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall*., 2005, I, 277.

[931] L'art. 4 *bis*, comma 1, si limita a prevedere che "nel programma il commissario straordinario può prevedere la soddisfazione dei creditori attraverso un concordato, di cui deve indicare dettagliatamente le condizioni e le eventuali garanzie". Per l'interpretazione del testo si sono sviluppati due orientamenti. Una prima tendenza sostiene che il commissario dovrebbe limitarsi a prevedere la possibilità del concordato, senza redigere egli stesso la proposta, affidata alle scelte del debitore e dei terzi; così F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, cit., 993, il quale aggiunge che a tutela dell'interesse pubblico si potrebbe anche ammettere la legittimazione alla proposta da parte di un commissario *ad acta* (994-995). La tesi prevalente contesta questa interpretazione e riconosce al commissario straordinario la legittimazione a determinare in prima persona il contenuto della proposta; così G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, cit., 164 ss.; V. ZANICHELLI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. Fauceglia-L. Panzani (diretto da), vol. III, Milano, 2009, 2112; S. AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 3, Milano, 2016, 4143.

[932] Alla questione rivolge la sua indagine V. DE SENSI, *La nuova disciplina delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 629 ss..

[933] Le ragioni di istituti volti a consentire il superamento della crisi o dell'insolvenza per il debitore civile dipendono dalla considerazione secondo cui "le insolvenze civili non sono più un problema di due soggetti debitore o creditore, che al massimo coinvolge qualche altro creditore, ma diventano un problema che va affrontato in termini complessivi e quindi attraverso la previsione di una procedura concorsuale" (P. ABBADESSA, *L'insolvenza del consumatore*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa. Atti del Convegno, Torino, 23-24 maggio 2008*, A. Jorio (a cura di), Milano, 2009, 210).

dell'art. 11, commi 3 e 4, l. 27 gennaio 2012, n. 3, i quali rispettivamente fanno salve le pretese verso i garanti e, salvo patto contrario, escludono la novazione delle obbligazioni.

Non si fondano invece su un accordo con i creditori né la procedura di liquidazione del patrimonio, né il piano del consumatore. A differenza che per le altre due, gli effetti della procedura di liquidazione sono stabiliti direttamente dalla legge. L'art. 14 *ter*, l. 27 gennaio 2012, n. 3, consente ai debitori non fallibili (non solo consumatori) di domandare al tribunale la liquidazione dell'intero patrimonio in garanzia. L'esecuzione della procedura non determina in via automatica la riduzione dei rapporti. L'art. 14 *terdecies* della stessa legge subordina infatti l'esdebitazione, consentita per i soli debitori che siano persone fisiche[934], al decreto che il giudice emana all'esito di un'autonoma sequenza procedimentale. Anche qui la riduzione del rapporto[935] esige fatti ulteriori: la procedura di liquidazione è solo uno di quelli che compongono la fattispecie cui si ricollega la modificazione del rapporto.

Dal consenso dei creditori prescinde anche il piano del consumatore, il quale pare poter essere assimilato ai concordati coattivi[936]. Gli effetti derivano da un atto unilaterale del debitore, che non deve essere approvato dai creditori. Questi possono opporsi all'omologa e contestare la convenienza del piano, che in tal caso può essere omologato solo se il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore a quanto sarebbe riconosciuto nella procedura di liquidazione. L'art. 12 *ter*, l. 27 gennaio 2012, n. 3, oltre a stabilire che "dalla data dell'omologazione del piano i creditori con causa o titolo anteriore non possono iniziare o proseguire azioni esecutive individuali", contiene la consueta norma sulla conservazione delle garanzie: "l'omologazione del piano non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso". Nonostante la mancanza di una dichiarazione dei creditori, gli effetti della omologazione sembrano perciò compatibili rispetto alla riduzione del rapporto, la quale è ammessa dall'opinione

[934] L'opinione nettamente prevalente esclude che l'esdebitazione sia riservata ai consumatori, riferendosi invece alla categoria dei debitori civili-persone fisiche; così S. LANDINI, *Esdebitazione*, cit., 441.

[935] Per la verità la qualificazione dell'esdebitazione disciplinata dall'art. 14 *terdecies*, l. 27 gennaio 2012, n. 3, può risultare più problematica di quella fallimentare e di quella conseguibile con l'accordo di composizione della crisi ed il piano del consumatore. Questo perché la disposizione non fa espressamente salvi i diritti verso coobbligati, fideiussori del debitore ed obbligati in via di regresso. Secondo S. LANDINI, *Esdebitazione*, cit., 442, dal silenzio della legge dovrebbe desumersi l'estinzione dei diritti anche nei confronti di questi soggetti, giustificata dal fatto che spesso essi appartengono al nucleo familiare del soggetto sovraindebitato. Questa conclusione potrebbe aprire la strada all'efficacia estintiva e non riduttiva, sebbene l'art. 14 *terdecies*, comma 4, l. 27 gennaio 2012, n. 3, contenga un riferimento espresso all'effetto della inesigibilità. Alla tesi esposta sembra perciò di poter replicare che la conservazione dei diritti verso coobbligati, fideiussori ed obbligati in via di regresso non è esplicitamente affermata poiché implicita nel vocabolo esdebitazione, da intendere secondo la regola d'uso già in vigore nel sistema concorsuale.

[936] Così A. FABBI, *Sovraindebitamento*, consumer bankruptcy, *discrezionalità del giudice civile*, *Riv. esec. forz.*, 2014, 506-507; L. MODICA, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 617, che parla di "un concordato *sui generis* prescindente dall'approvazione dei creditori e imperniato invece su ragioni e natura dell'indebitamento", il quale "sembra vantare un'appartenenza al *genus* dei concordati «speciali» o coattivi proprio in quanto funzionale alla realizzazione di un interesse sovraordinato sull'altare del quale si sacrifica il principio di fedeltà ai patti contrattuali" (627). Nella Relazione illustrativa al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, 40, il quale ha apportato numerose modifiche alla l. 27 gennaio 2012, n. 3, si afferma che "tale procedura è, essenzialmente, contrassegnata dall'assenza di un procedimento volto ad acquisire l'adesione o il dissenso dei creditori rispetto al piano proposto ma si basa esclusivamente su di una valutazione giudiziale di fattibilità della proposta e di meritevolezza della condotta d'indebitamento adottata dal consumatore, ciò in forza della considerazione che non sia rintracciabile alcun interesse economico dei creditori ad operare il "salvataggio" del soggetto di consumo".

prevalente[937]. Si tratta però di una limitazione della responsabilità che non viene concordata con i creditori, ma loro imposta dall'esterno.

67. Concordato preventivo e vincolo legale di destinazione

Il discorso sul concordato e la responsabilità deve farsi carico di un ultimo problema riguardante gli effetti e la loro fonte.

Seguendo la linea di queste pagine, il concordato può stabilire una limitazione della responsabilità tra le parti e - data la peculiare efficacia riconosciuta all'accordo - anche rispetto ad alcuni terzi. In questa prospettiva i singoli rapporti possono essere modificati secondo le decisioni prese dall'autonomia privata. La limitazione della responsabilità risulta perciò un contenuto eventuale del concordato, che si verifica se viene proposta ed approvata secondo le regole della procedura[938].

In un'altra direzione si orienta una consistente parte della dottrina e della giurisprudenza. Secondo un diffuso modo di vedere, il concordato - almeno nel caso in cui preveda la cessione dei beni[939] - avrebbe una efficacia costante, la quale consisterebbe nella destinazione e separazione di una parte del patrimonio e nella conseguente limitazione della responsabilità[940]. Secondo questa chiave di lettura, procedura di concordato e superamento della responsabilità universale costituirebbero un binomio inscindibile[941]. All'omologazione conseguirebbe la separazione di beni e rapporti in masse distinte[942]. Da una parte starebbero i

---

[937] Che il piano del consumatore possa determinare l'esdebitazione è riconosciuto da L. MODICA, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, cit., 640.

[938] Nemmeno si può escludere che la limitazione della responsabilità sia prevista per alcuni creditori soltanto; per modo d'esempio, si potrebbe prevedere un pagamento anticipato per i creditori di una classe, che perdono la garanzia sui beni futuri, ed uno differito per gli altri, che invece mantengono la garanzia patrimoniale anche sui beni successivi all'esecuzione della procedura. Sulla possibile difformità degli effetti per i creditori, F.S. FILOCAMO, *Sub art. 184*, cit., 2625.

[939] Che il vincolo sul patrimonio non si realizzi nel caso di concordato con continuità soggettiva è riconosciuto da G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 372 ss.; G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 555 ss.; G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, cit., 1021. Contro la tesi del patrimonio separato, almeno nella procedura con continuità, Trib. Milano, 15 dicembre 2016, cit..

[940] Riconoscendo tra gli effetti del concordato la segregazione del patrimonio, G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 372 ss.; G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, cit., 1016-1017, ammette il concordato con destinazione parziale dei beni, la cui peculiarità si risolverebbe in una modifica nella composizione delle masse, ma non nell'introduzione di una limitazione della responsabilità altrimenti mancante.

[941] Su questo profilo si sofferma particolarmente G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 372 ss..

[942] Per la tesi del patrimonio separato sembrano propendere E.F. RICCI, *Il cessionario del credito di fronte alla liquidazione dei beni ceduti nel concordato preventivo*, cit., 270; M. MACCHIA, *Esecuzione*, in *Fall.*, 1992, 300-301, secondo il quale "per effetto del concordato con cessione [...] il patrimonio del debitore viene a scindersi in due settori: i beni preesistenti rispondono esclusivamente dei debiti concordatari (oltre che di quelli di procedura in senso lato); i beni sopravvenuti rispondono esclusivamente dei debiti successivi alla chiusura del concordato e di quelli assunti in pendenza di esso per titolo inopponibile"; P.F. CENSONI, *Gli effetti sostanziali del concordato preventivo dopo la riforma del diritto fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 770; A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, 752, per il quale in seguito all'omologa "i beni ceduti o, comunque, l'attivo realizzato e proveniente dalla liquidazione di questi, concretano un patrimonio separato destinato a soddisfare le ragioni dei creditori concordatari, essendo sottratto alla disponibilità ed alla amministrazione del debitore"; M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo. Il concordato preventivo*, cit., 386 ss.; G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 372 ss., secondo

beni presenti nel patrimonio del debitore al momento dell'omologa[943]; dall'altra, quelli successivi[944]. Per i creditori si determinerebbe invece una separazione tra quelli per titolo o causa precedente o invece posteriore alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese[945]. Dalla eterogeneità del criterio temporale dipende la distinzione dei creditori in diverse categorie: creditori per titolo o causa anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese ("creditori anteriori", che sono i destinatari della proposta); creditori posteriori a tale pubblicazione ("creditori posteriori", che non sono i destinatari della proposta), a loro volta distinti a seconda se precedenti all'omologa ("creditori intermedi")[946] o successivi anche a tale provvedimento ("creditori successivi")[947]. Mentre quelli anteriori conserverebbero la garanzia sui beni presenti nel patrimonio prima dell'omologa, quelli posteriori sui soli beni successivi oppure esclusi dal concordato[948].

---

il quale "ogni concordato preventivo con cessione dei beni determina sempre un fenomeno di separazione patrimoniale e, di conseguenza, una limitazione al principio di universalità della responsabilità patrimoniale"; G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 527 ss.; G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, cit., 1021; A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 341 e 344; App. Firenze, 1 dicembre 1966, in *Dir. fall*., 1967, II, 644, secondo cui "con la cessione [concordataria] dei beni si viene ad attuare uno speciale regime giuridico, per cui i creditori possono conseguire la realizzazione del loro credito soltanto ed esclusivamente sui beni ceduti, che sono, appunto, costituiti in patrimonio separato con vincolo di destinazione a tale scopo". Per la separazione patrimoniale quale effetto caratteristico delle procedure concorsuali in genere, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., 147-148.

[943] L'individuazione del momento rilevante in quello del provvedimento di omologa dipende dall'orientamento giurisprudenziale secondo cui la procedura coinvolge sia i beni già presenti che quelli acquisiti al patrimonio garante durante la procedura; per questa prospettiva, Trib. Belluno, 9 luglio 1994, in *Fall*. 1995, 101.

[944] La prospettiva che si va esponendo sembra complementare a quella secondo cui il concordato avrebbe una costante efficacia esdebitatoria, consistente nell'esclusione della responsabilità patrimoniale (o, secondo alcuni, del debito) nei confronti dei creditori in concorso per effetto del concordato; v. nt. 830. Secondo Cass. civ., Sez. I, 27 dicembre 2005, 28774, cit., ogniqualvolta la legge utilizza la parola "concordato", sarebbe da intendere "una proposta in base al quale si prospetta ai creditori il pagamento di una percentuale dei crediti che, se accettata, produce un effetto esdebitatorio per la residua parte non pagata"; in prospettiva analoga, E.F. RICCI, *Il cessionario del credito di fronte alla liquidazione dei beni ceduti nel concordato preventivo*, cit., 266-267; A. BASSI, *Il concordato preventivo tra* cessio bonorum *e* datio in solutum. *Il caso "S. Raffaele"*, in *Giur. comm*., 2012, I, 840; M. MACCHIA, *Esecuzione*, cit., 300-301; G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 377; G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 560-561; F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, cit., 988, nel ricavare dal rinvio all'art. 135, l. fall., omologo nel contenuto all'art. 184, l. fall., l'efficacia esdebitatoria del concordato nell'amministrazione straordinaria.

[945] Resta naturalmente salva l'ipotesi in cui il legislatore stabilisca che un credito successivo sia da trattare alla stregua di quelli precedenti al ricorso; come ad esempio con l'art. 169 *bis*, comma 2, l. fall., il quale assoggetta l'indennizzo spettante al contraente *in bonis* in caso di sospensione o scioglimento del contratto al trattamento che è riservato ai rapporti concorsuali.

[946] Opportunamente G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 528, precisa che in questa categoria vanno collocati anche i titolari di crediti sorti nel periodo che intercorre tra l'iscrizione del ricorso ed il provvedimento di ammissione alla procedura.

[947] Le classificazioni e denominazioni riportate sono riprese dallo studio di G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 527-528.

[948] Coerentemente rispetto a queste affermazioni, G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 534 ss., sostiene che nel fallimento che dovesse aprirsi dopo il concordato, ma senza che questo venga risolto o annullato, la separazione patrimoniale resterebbe ferma e verrebbero a "crearsi (o meglio, a conservarsi), due distinte masse patrimoniali: l'una, corrispondente al precedente patrimonio concordatario, destinata al soddisfacimento dei creditori concordatari; l'altra, corrispondente al patrimonio successivo, destinata al soddisfacimento dei creditori posteriori 'non autorizzati'" (536). Perplessità sulla possibilità di creare masse autonome nel fallimento successivo al concordato sono espresse da S. BONFATTI, *La prededuzione dei crediti verso l'impresa in crisi tra natura della procedura e*

Si tratta di una interpretazione suggestiva e capace di superare alcuni dei problemi di ordine pratico che potrebbero ostacolare la realizzazione del concordato, ma che non risulta del tutto conforme al sistema legislativo.

Ai sensi dell'art. 2740, comma 2, cod. civ. tale separazione patrimoniale dovrebbe essere stabilita o almeno autorizzata da una norma di legge. Tuttavia, l'art. 184, comma 1, l. fall. si limita a prevedere che il concordato "omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161". La disposizione contiene la norma di legge pretesa dall'art. 1372, comma 2, cod. civ. per l'efficacia verso i terzi, ma non quella che sarebbe necessaria per scomporre in masse il patrimonio di un unico titolare; l'obbligatorietà del concordato ne definisce l'ambito soggettivo dei destinatari, senza associare conseguenze *ex lege* all'accordo[949]. Il comma successivo, invece nello stabilire le conseguenze del concordato sul piano oggettivo, si limita a porre una regola relativa alla modificazione dei singoli rapporti, senza alcuna previsione in ordine alla alterazione sostanziale della disciplina che regola l'intera massa patrimoniale.

Esclusa la necessaria separazione patrimoniale, sono da escludere anche le conseguenti limitazioni della responsabilità, sia per i creditori in concorso sia per quelli estranei alla procedura.

Muovendo dai primi, il concordato non prevede alcuna limitazione della responsabilità in ordine ai beni confluiti nel patrimonio dopo un certo momento. Salvo che sia concordata una riduzione del rapporto, essi conservano la garanzia sull'intero patrimonio del debitore-responsabile, comprensivo dei beni successivi all'omologa ed alla esecuzione dell'accordo.

Più complicato sembra il discorso per i creditori che, poiché successivi alla pubblicazione del ricorso, sono estranei al concordato (art. 184, comma 1, l. fall.). È tuttora molto diffusa l'idea - sviluppata nell'originario regime del concordato con cessione - secondo cui la procedura concorsuale imprimerebbe un vincolo di destinazione sui beni di cui programma la cessione; questi, vincolati al soddisfacimento dei creditori in concorso, sarebbero sottratti alla garanzia patrimoniale di coloro che vi rimangono estranei[950]. Un simile vincolo sembra però da escludere per due ordini di ragioni, intimamente connesse. In primo luogo, perché come già ribadito la deroga alla unicità del patrimonio e alla universalità della garanzia deve essere stabilita, o almeno autorizzata, dalla legge[951]. In secondo luogo, perché la ricostruzione

---

"consecutio" di procedimenti, cit., 21, secondo il quale tale conseguenza sarebbe 'di difficile attuazione pratica' ed inoltre 'priva di qualsiasi supporto normativo'".

[949] Secondo F.S. FILOCAMO, *Sub art. 184*, cit., 2654, l'art. 184, l. fall. "disciplina l'efficacia del c.p. omologato nei confronti dei creditori, dei coobbligati del deb. e dei soci delle società concordatarie. Essa non specifica quali siano gli effetti cui fa riferimento".

[950] Così F.S. FILOCAMO, *Sub art. 168*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, M. Ferro (a cura di), Padova, 2014, 2260, il quale precisa che "se [...] il piano concordatario preveda la cessione di beni ai creditori, su tali beni, dopo l'omolog., non possono agire neanche i creditori posteriori, in quanto i beni ceduti, se si tratta di cessione traslativa, fuoriescono dal patrimonio del debitore ed entrano (*pro quota*) in quello dei creditori concorrenti e, se si tratta di cessione con effetti obbligatori, restano vincolati, quale patrimonio separato (con effetti opponibili ai terzi in forza della trascrizione del decreto di apertura, *ex* art. 166, o, quanto meno, in forza della trascrizione del decreto di omologazione), alla soddisfazione dei crediti previsti dal piano"; F.S. FILOCAMO, *Sub art. 184*, cit., 2661, per il quale "i creditori per causa posteriore alla pubblicazione della domanda di c.p. non subiscono alcun effetto modificativo dei propri diritti, salvo quelli connessi al vincolo di destinazione che viene impresso ai beni di cui il piano concordatario preveda la cessione".

[951] Del problema si fa carico G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 532, affermando di poter ricavare dagli artt. 45 (richiamato per il concordato

preferibile risolve la cessione concordataria dei beni in un mandato irrevocabile a gestire e liquidare il patrimonio dell'imprenditore[952], il quale risulta sprovvisto dell'efficacia reale verso i terzi[953], secondo una regola non derogata da quelle del concordato.

A conferma di queste conclusioni sembra possibile richiamare la disciplina delle azioni esecutive nel concordato. L'art. 168, comma 1, l. fall. stabilisce che "dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore". Il divieto di aggressione al patrimonio garante soggiace a precisi limiti oggettivi, temporali e soggettivi. Stando ai primi, il divieto riguarda solo il "patrimonio del debitore"[954] e non anche i beni appartenenti a terzi di cui egli abbia la materiale disponibilità[955]; riguarda, inoltre, le sole azioni esecutive e cautelari su quel patrimonio[956].

---

dall'art. 169, comma 1, l. fall.) e 167 l. fall. il divieto per i creditori posteriori di vantare pretese sui beni oggetto della cessione concordataria.
Contro l'idea del vincolo sui beni orienta però l'opinione prevalente, ferma nell'affermare che lo spossessamento attenuato del debitore (e quindi anche l'inefficacia sancita dall'art. 167, comma 2, l. fall.) sussiste solo nel processo di concordato e non durante la fase esecutiva; così F.S. FILOCAMO, *Sub art. 167*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, M. Ferro (a cura di), Padova, 2014, 2242; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., 377; G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 547-548; Cass. civ., Sez. I, 15 novembre 2007, n. 23638, in *Fall*., 2008, 517. Se infatti sui beni da cedere fosse imposto un vincolo reale, questo dovrebbe perdurare fino alla realizzazione dello scopo imposto al patrimonio (ossia, alla distribuzione del ricavato), e non soltanto nel corso della procedura. Tale spossessamento attenuato sembra perciò disposto non al fine di proteggere un patrimonio destinato, ma per garantire che non muti la consistenza del patrimonio durante la procedura.

[952] Senza entrare nella disputa sulle parti del mandato (se creditori e liquidatori o invece debitore e creditori), si possono richiamare per la conclusione esposta nel testo le opinioni di M. CASANOVA, *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, cit., 101; M. MACCHIA, *Esecuzione*, cit., 301; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 140, per il quale "la cessione dei beni può dar luogo ad un trasferimento della proprietà ovvero ad un mandato *in rem propriam* con cui si conferisce la facoltà di «gestire» la liquidazione"; Cass. civ., Sez. III, 9 maggio 1958, n. 1519, in *Riv. dir. comm*., 1959, II, 85, con nota di A. De Martini, *La «cessio bonorum» nel concordato preventivo*; Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 1993, n. 709, cit.; Cass. civ., Sez. I, 1 giugno 1999, n. 5306, cit.; Trib. Firenze, 6 ottobre 1956, in *Giur. tosc*., 1956, 654; App. Firenze, 1 dicembre 1966, cit., 644.

[953] A questa ricostruzione si affida G. BOZZA, *Effetti per i creditori*, in *Fall*., 1992, 254-255, proprio per escludere il vincolo patrimoniale. È opportuno sottolineare che la tesi del vincolo di destinazione risulta diffusa - e però anche stavolta non sorretta da riscontri adeguati nel diritto positivo - anche con riguardo alla *cessio bonorum* regolata dal codice civile. Per l'opinione secondo cui i beni "ceduti ai creditori" sarebbero sottratti agli altri creditori (o almeno a quelli posteriori al contratto, vista l'indicazione di segno contrario che per quelli precedenti si ricava dall'art. 1980, comma 2, cod. civ., in base al quale "i creditori anteriori alla cessione che non vi hanno partecipato possono agire esecutivamente anche su tali beni"), M. GHIDINI, *La cessione dei beni ai creditori*, cit., 44; M. CASANOVA, *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, cit., 97; Cass. civ., Sez. I, 30 giugno 1969, n. 2391, in *Foro it*., 1969, I, 3085.

[954] Un interessante problema sulla nozione di "patrimonio del debitore" all'interno dell'art. 168, comma 1, l. fall., rispetto al concordato che limiti la responsabilità patrimoniale del debitore è indicato da A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 1058: occorre stabilire se il divieto di azioni esecutive e cautelari (così come le regole sull'amministrazione dei beni previste nell'art. 167, l. fall.) riguardi i soli beni da utilizzare per il soddisfacimento dei creditori o l'intero patrimonio del debitore. L'Autore, per la necessità di facilitare il risanamento - alla quale si potrebbe aggiungere quella del rispetto della *par condicio* tra creditori concorsuali -, propende per la seconda soluzione.

[955] Così F. DEL VECCHIO, *Il divieto di azioni esecutive nel concordato preventivo*, in *Fall*., 1995, 693; F.S. FILOCAMO, *Sub art. 168*, cit., 2260-2261; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall*., 2013, I, 638-639; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, cit., 361; P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, cit., 214; Trib. Bari, 6 ottobre 2016, in banca dati *Iusexplorer on line*. Per la diversa soluzione, valorizzando soprattutto le necessità conservative dell'azienda, un filone giurisprudenziale fortemente avversato dalla dottrina (e soprattutto nei commenti di seguito richiamati), per il

Per i secondi la protezione del patrimonio sussiste solo durante il processo[957] di concordato[958]. Con riguardo alla terza limitazione, la regola si rivolge ai soli "creditori per titolo o causa anteriore" alla pubblicazione del ricorso[959] e non anche quelli successivi. La lettera della legge sembra sufficientemente chiara nell'escludere che il divieto coinvolga anche i creditori successivi alla pubblicazione del ricorso[960], sottraendo alla loro garanzia i beni che ancora siano nel patrimonio del debitore, anche quando le loro iniziative potrebbero ostacolare l'esecuzione del piano[961]. Il senso di questo limite trova giustificazione nella norma che definisce il perimetro soggettivo del concordato. La protezione del patrimonio in vista del concordato ha senso e si giustifica verso i creditori che potranno essere coinvolti dai suoi effetti, per i quali soltanto si pone il problema del rispetto della *par condicio*[962]: in

---

quale possono richiamarsi Trib. Milano, 19 agosto 2015, in *Dir. fall.*, 2016, II, 539, con nota di N. Rocco di Torrepadula, *Il destino dei beni in* leasing *nel concordato preventivo*; Trib. Frosinone, 24 ottobre 2014, in *Fall.*, 2015, 835, con nota di R. Conte, *Concordato preventivo ed azioni cautelari*.

[956] Per l'esame delle azioni precluse, G. BOZZA, *Effetti per i creditori*, cit., 250 ss.; F. DEL VECCHIO, *Il divieto di azioni esecutive nel concordato preventivo*, cit., 693 ss.; F.S. FILOCAMO, *Sub art. 168*, cit., 2261 ss.; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., 642 ss.; P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, cit., 213-214; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, cit., 362 ss.; M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, cit., 619 ss..

[957] Per la distinzione tra processo di concordato, che termina con il provvedimento di omologa, e procedura, "intesa come la sequenza degli atti retti dalla speciale disciplina dell'esecuzione della proposta fino al suo definitivo adempimento", G. MEO, *I crediti professionali nel concordato preventivo tra "prededuzione" e adempimento contrattuale*, in *Orizzonti del diritto commerciale - Rivista telematica*, 2016, 24-25.

[958] Così G. BOZZA, *Effetti per i creditori*, cit., 247; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., 664-665; F.S. FILOCAMO, *Sub art. 168*, cit., 2259; M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, cit., 625-626. Sembra rimasta minoritaria la prospettiva, sostenuta da Trib. Velletri, 2 novembre 1988, in *Dir. Fall.*, 1989, II, 757, con nota di D. Di Gravio, *La falcidia concordataria anche ai creditori rimasti fuori della procedura: l'art. 184 legge fallim.*; Trib. Reggio Emilia, 6 febbraio 2013, in *IlCaso.it*; Trib. Reggio Emilia, 24 giugno 2015, in *Fall.*, 2015, 1329, con nota di A. Penta, *Il creditore "contestato": una deroga al divieto di azioni esecutive*; App. Milano, 8 luglio 2014, in *IlCaso.it*, secondo la quale la definitività dell'omologa conseguirebbe soltanto all'esecuzione del concordato, sicché il divieto di azioni esecutive e cautelari si estenderebbe anche per tutta la fase esecutiva.

[959] Il testo precedente della disposizione riferiva invece la limitazione ai "crediti per titolo o causa anteriore al decreto", sembrando riferirsi al decreto di apertura della procedura; così, guardando al passato, F.S. FILOCAMO, *Sub art. 168*, cit., 2259.

[960] Che il divieto di azioni esecutive non riguardi i creditori esclusi dal concordato è affermato dalla dottrina prevalente; così F. DEL VECCHIO, *Il divieto di azioni esecutive nel concordato preventivo*, cit., 703-703; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., 640-641; M. MONTANARI, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 443 ss.; A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 684; G. BOZZA, *Effetti per i creditori*, cit., 254; S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, Aa. Vv., Milano, 2007, 449; Cass. civ., Sez. I, 25 ottobre 1978, n. 4841, in *Giur. comm.*, 1979, II, 5. In senso difforme G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 538; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, cit., 360-361, il quale riferisce il divieto anche ai crediti sorti durante la procedura. È opportuno segnalare che pur circoscrivendo il divieto ai creditori precedenti al ricorso, molti degli Autori citati, sembrano aderire alla tesi secondo cui nel particolare caso del concordato con cessione si determinerebbe invece un generale divieto di azioni esecutive sui beni ceduti.

[961] Non sembra si tratti tanto di interpretazione *a contrario*, come afferma G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 537-538, quanto del normale criterio che presiede all'interpretazione delle norme eccezionali: al di fuori della fattispecie descritta deve applicarsi la regola generale.

[962] Secondo un diffuso orientamento la regola dell'art. 168, comma 1, l. fall. avrebbe la sua *ratio* nella protezione della *par condicio creditorum*; così G. BOZZA, *Effetti per i creditori*, cit., 246; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., 638; F.S. FILOCAMO, *Sub art. 168*, cit., 2258. Stando a un'altra tesi - per la quale si possono richiamare G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 538; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le*

seguito all'omologa, essi "potranno procedere esecutivamente contro il debitore nei soli limiti di quanto promesso con il concordato stesso"[963]; mancando l'omologa, invece, potranno agire secondo il regolamento originario del rapporto.

I rilievi che precedono inducono a concludere che la disciplina del concordato non prevede come effetto costante un vincolo che sottragga alcuni beni alla garanzia generica dei creditori estranei alla procedura; per conseguire quest'effetto debitore e creditori dovrebbero ricorrere ad uno degli specifici strumenti di destinazione patrimoniale consentiti dall'ordinamento ovvero prevedere l'immediato trasferimento dei beni[964]. Quelli presenti nel patrimonio del debitore e sui quali non sia stato imposto alcun vincolo rifluiscono invece nella garanzia patrimoniale generica anche dei creditori estranei al negozio concordatario, i quali né possono volere l'accordo né sono compresi tra coloro ai quali l'art. 184, comma 1, l. fall. dirige la speciale efficacia *ultra partes*)[965].

68. La nozione di crisi nel sistema concorsuale

Le pagine precedenti avrebbero richiesto, per tutte le volte che si è richiamato il concetto, una puntuale definizione della crisi, che può essere tentata solo adesso. La considerazione preliminare in ogni discorso sul tema è che manca nel sistema legislativo una definizione del presupposto oggettivo del concordato. Né sembra possibile mutuare senza variazioni il corrispondente concetto economico[966].

Nell'art. 160, comma 3, cod. civ. si legge che "per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". Questa a sua volta non è definita dall'art. 5, comma 2, l. fall., il quale si limita a

---

altre procedure di crisi, cit., 361 - lo scopo della norma risiederebbe invece nella necessità di favorire la realizzazione del piano.

[963] S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., 307, il quale prosegue perciò con l'affermazione secondo cui "dopo l'omologazione, i creditori anteriori riacquistano la piena liberà di agire, anche in via esecutiva, nei confronti del debitore, in caso di inadempimento all'obbligazione concordataria, nel rispetto tuttavia, dei termini sostanziali della proposta e del piano approvati dai creditori e resi per tutti obbligatori dal provvedimento del tribunale" (378). Per la stessa soluzione, S. AMBROSINI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione*, in *Fallimentiesocieta.it*, 36; D. SPAGNUOLO, *Sub art. 168*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, A. Nigro-M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), Torino, 2014, 178, per il quale "dopo l'omologazione i creditori anteriori potranno agire nei confronti del debitore con il limite della percentuale accettata e solo se il debitore o l'assuntore sia rimasto inadempiente agli obblighi assunti"; P.G. DEMARCHI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato*, in *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, S. Ambrosini-P.G. Demarchi-M. Vitiello (a cura di), Bologna, 2009, 105; Trib. Milano, 17 dicembre 2012, in *IlCaso.it*; Trib. Prato, 20 luglio 2016, in *Fall*., 2017, 65, con nota di M. Spadaro, *Concordato preventivo e azioni esecutive* post *omologazione*.

[964] G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, cit., 170.

[965] Un buon esempio può essere quello del concordato mediante affitto dell'azienda in esercizio: i creditori estranei al concordato non perdono - per effetto della procedura - né la garanzia patrimoniale sull'azienda né quella sui canoni.

[966] Per le scienze economiche la crisi rappresenta "quel processo degenerativo che rende la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità a causa di fenomeni di squilibrio o di inefficienza, di origine interna o esterna, che determinano appunto la produzione di perdite, di varia entità, che a loro volta possono determinare l'insolvenza che costituisce, più che la causa, l'effetto, la manifestazione ultima del dissesto" (L. GUATRI, *Crisi e risanamento d'impresa*, Milano, 1986, 39). Sulla differenza tra nozione giuridica ed economica si sofferma soprattutto G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, cit., 75-76.

stabilire che essa "si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"[967].

Un'attività ermeneutica ristretta a questi soli due testi risulta inidonea ad offrire indicazioni precise sulla nozione di crisi, poiché utile soltanto a stabilire che essa supera per ampiezza quella di insolvenza[968].

Ai sensi dell'art. 160 l. fall. il concordato ha un "presupposto ulteriore e alternativo rispetto a quello stabilito per il fallimento"[969]; il concetto di crisi deve risultare allora più esteso di quello di insolvenza, e perciò comprendere al suo interno pure le ipotesi in cui l'obbligato sia ancora in grado di adempiere regolarmente le obbligazioni già esigibili. Tuttavia, per una scelta del debitore questi creditori possono essere assoggettati al concordato e concorrere alla pari (se non addirittura in posizione subordinata) con i titolari di crediti non ancora esigibili. La prestazione o l'esecuzione individuale sarebbero ancora in grado di soddisfarli per intero; tuttavia essi vengono coinvolti in una procedura nella quale difficilmente potranno conseguire la stessa utilità. La prima impressione che si riceve è che i creditori i quali senza la procedura potrebbero ottenere l'intero, giacché il fallimento interverrebbe dopo il loro integrale soddisfacimento, vengono assoggettati all'ingiusta regola del concorso con i titolari di crediti non ancora esigibili. Allo stesso tempo, i titolari di questi altri crediti ricevono più di quanto avrebbero nel fallimento, nel quale non troverebbero le utilità uscite dal patrimonio per soddisfare i creditori precedenti. Di qui, allora, l'impressione che in simili ipotesi si determini un ingiustificato vantaggio di alcuni creditori su altri. Una simile prospettiva avrebbe però il vizio di non prendere in adeguata considerazione il complesso delle conseguenze che determinerebbe il fallimento imminente. Questo non è indifferente per i creditori già interamente soddisfatti, poiché il pagamento da essi ricevuto potrebbe essere revocato se eseguito entro i due anni precedenti nei confronti di un creditore consapevole dell'insolvenza del debitore (art. 67, comma 2, l. fall.) [970]. Anche i creditori precedentemente soddisfatti, per effetto della revocatoria, riceverebbero soltanto moneta fallimentare. E ciò per la scelta legislativa di trattare l'insolvenza non come un fatto improvviso, ma la conseguenza di quelli che la precedono e determinano. Così impostata la questione, si può tentare una definizione della crisi come la condizione in cui sussiste il pericolo di insolvenza[971], e per

[967] Stando alla giurisprudenza di legittimità per "insolvenza" nella legge fallimentare si intende la "condizione di impotenza economica nella quale l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente con normali mezzi solutori le proprie obbligazioni per il venir meno della liquidità finanziaria e della disponibilità di credito occorrenti per lo svolgimento della sua attività" (Cass. civ., Sez. I, 27 aprile 1998, n. 4277, in *Foro it.*, 1998, I, 3220).

[968] Di segno diverso la tesi sostenuta da P.F. CENSONI, *La nuova disciplina del concordato preventivo. Requisiti e procedimento di ammissione (artt. 160-176 l.f.)*, in *La riforma della legge fallimentare*, S. Bonfatti-G. Falcone (a cura di), Milano, 2005, 202, il quale reputa coincidenti i concetti di crisi e di insolvenza.

[969] G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Fall.*, 2009, Allegato, 26.

[970] Nonostante l'art. 67, comma 2, l. fall. faccia riferimento alla conoscenza dell'insolvenza e non della crisi, un consistente orientamento della giurisprudenza estende la revocatoria ai pagamenti eseguiti nella consapevolezza di una situazione soltanto di crisi Trib. Milano, 19 novembre 2012, in *IlCaso.it*; Trib. Verona, 26 Luglio 2012, in *IlCaso.it*; Trib. Monza, 5 Gennaio 2011, in *IlCaso.it*. Sulla difformità tra i due significati dell'insolvenza, quello per la dichiarazione di fallimento e quello richiesto per la revocatoria dei pagamenti, G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, cit., 24-25 e 91 ss.. Diversamente, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., 235, afferma che "lo stato di insolvenza rilevante ai fini della revocatoria fallimentare è esattamente quello delineato dell'art. 5 l. fall. e corrisponde, in principio, a quello accertato ai fini della dichiarazione di fallimento".

[971] Per la nozione di crisi come pericolo di insolvenza prendono posizione V. CALANDRA BUONAURA, *Concordato preventivo*, in *Enc. dir.. Annali*, vol. II, t. 2, Milano, 2008, 255; P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 815-816; M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di*

essere più precisi come quella che alla luce di un giudizio prognostico[972] risulti tale da poter determinare questa conseguenza nei due anni successivi[973]. Tratto comune ai creditori in concordato è allora il coinvolgimento nelle conseguenze della prossima insolvenza, che ne giustifica appunto il trattamento concorsuale[974]. Qualora tale pericolo sia da escludere, parimenti da negare sarebbe l'introduzione di una procedura che finirebbe per risolversi nella sottrazione di risorse ad alcuni creditori a beneficio di altri[975]. In una simile prospettiva, quella di crisi risulta una nozione dinamica[976], la quale guarda alla struttura complessiva dell'impresa e al suo andamento[977]: essa si riferisce a una patologia dell'organizzazione[978], anziché alla sola componente finanziaria[979], come invece avverrebbe aderendo alla tesi che qualifica la crisi come una "insolvenza minore" e reversibile, ossia temporanea difficoltà di adempiere[980].

---

tempestiva rilevazione della crisi d'impresa, in *Fall*., 2009, 1104, il quale fa per la verità riferimento alla "situazione che pone a rischio la prospettiva della continuazione dell'attività"; M. SANDULLI, *Il fallimento. I presupposti soggettivi e oggettivi*, cit., 165, il quale fa riferimento al "concreto ed effettivo rischio, sulla base degli elementi noti, che si verifichi nel breve periodo la situazione dell'imprenditore di incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni"; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., 228-229; S. ROSSI, *Le crisi d'impresa*, cit., 28; N. ABRIANI, *Il sistema delle procedure concorsuali*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Aa. Vv., Milano, 2013, 83; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Il concordato preventivo*, in *Diritto dell'impresa in crisi*, G. Fauceglia-N. Rocco di Torrepadula (a cura di), Torino, 2014, 325; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 262.

[972] Contro l'opportunità di affidare ad un giudizio prognostico del tribunale l'individuazione del presupposto oggettivo si esprime G. FERRI JR., *Il presupposto oggettivo del fallimento*, cit., 780. Per G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, cit., 59-60, la necessità di una valutazione prognostica è invece immanente alla necessità di considerare l'attività d'impresa nel suo complesso.

[973] In linea analoga G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, cit., 28, secondo il quale "è crisi ogni situazione, qualunque ne sia la causa, in cui l'imprenditore, incrociando diagnosi e possibili terapie, conclude: a) che in un tempo ragionevole si perverrà all'insolvenza qualora non vengano adottati provvedimenti correttivi; b) e che tutti gli interventi che non richiedono l'intervento dei creditori come collettività sono, nella sua valutazione, concretamente non attuabili e/o non idonei al fine".

[974] In questi termini, parlando di quella dei creditori come una "comunità di pericolo", G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, cit., 28.

[975] Con riguardo ai profili *de iure condendo* vengono in rilievo soprattutto la Raccomandazione della Commissione 2014/135/UE ed il progetto di riforma elaborato dalla c.d. Commissione Rordorf, le cui indicazioni sono per la maggior parte recepite dalla successiva legge delega (l. 19 ottobre 2017, n. 155). Nella Raccomandazione, al considerando 16, si legge che "un quadro di ristrutturazione dovrebbe permettere ai debitori di far fronte alle difficoltà finanziarie in una fase precoce, evitando così l'insolvenza e proseguendo le attività. Tuttavia, onde evitare potenziali rischi di abuso della procedura, è necessario che le difficoltà finanziarie del debitore comportino con tutta probabilità l'insolvenza del debitore e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l'insolvenza e garantire la redditività dell'impresa". Ancora più esplicito il testo predisposto dalla Commissione Rordorf, che all'art. 2, lett. *c*), propone di "introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza". Numerose critiche sono rivolte da F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018, 15 ss., contro questa previsione del progetto di riforma.

[976] Che la nozione di crisi debba necessariamente rivolgersi al profilo dinamico è affermato da G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, cit., 27.

[977] Proprio l'attenzione da dedicare all'attività di impresa e alle sue vicende oltre che alla composizione del patrimonio impone di tenere conto non soltanto dello stato patrimoniale, ma anche (e forse soprattutto) del conto economico nella valutazione circa la sussistenza o meno della crisi.

[978] Ad una patologia dell'organizzazione imprenditoriale fa riferimento, per individuare il presupposto oggettivo delle procedure concorsuali, G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, cit., 755.

[979] In questi termini, rivolgendosi a una definizione di crisi analoga a quella proposta, G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, cit., 6.

[980] Tra gli inconvenienti della nozione invece basata sul carattere reversibile o meno vi è quello di precludere alle imprese ormai avviate all'insolvenza l'accesso agli strumenti di carattere appunto preventivo, pensati non

69. Il concordato preventivo nel sistema costituzionale: i principi di proporzionalità e sussidiarietà

L'efficacia esterna del concordato, mercé la quale si permette ad alcuni di modificare rapporti e patrimoni altrui, andrebbe incontro ad una sicura censura di incostituzionalità se non si collocasse nel contesto della crisi. Il pericolo di insolvenza giustifica la procedura sul piano costituzionale[981] e ne condiziona l'intera disciplina.

L'intelligenza della relazione tra Costituzione e concordato passa attraverso i principi di sussidiarietà orizzontale (o, con formula più elegante, "sociale" [982]) e di proporzionalità, i quali come ogni principio costituzionale si indirizzano al legislatore e all'interprete[983], dei quali "orientano le scelte nel caso di norme plurivoche"[984].

Il primo viene in rilievo anzitutto rispetto alla scelta dello strumento più idoneo a realizzare l'interesse di creditori e debitori, e quindi come "norma sulla produzione giuridica"[985], nella quale un orientamento dottrinale individua il fondamento stesso dell'autonomia privata[986].

La scelta di affidare ai titolari di crediti e debiti il compito di decidere il modo in cui ristrutturare i primi e soddisfare i secondi è coerente rispetto a tale canone, poiché limita l'intervento pubblico ai casi di necessità, espandendo così il campo dell'autonomia negoziale. Perciò si legge in dottrina che lasciare ai privati "la scelta del meccanismo più idoneo a realizzare un'efficiente sintesi tra li interessi in gioco", come pure "la valutazione della convenienza dello strumento prescelto, affidando al debitore che formula la proposta ed ai creditori che decidono se aderire ad essa, il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco [...] realizza il principio di sussidiarietà orizzontale"[987].

---

tanto per fronteggiare insolvenze temporanee, ma per evitarle. Di tale inconveniente sembra tenere conto il legislatore tedesco, dal momento che il § 18, comma 1, Insolvenzordnung, include nell'insolvenza anche il pericolo se l'istanza volta all'accertamento proviene dal debitore: "Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Eröffnungsgrund" ("se l'apertura del procedimento è chiesta dal debitore, il presupposto per l'apertura è anche il rischio di insolvenza"). In maniera analoga, nel sistema spagnolo, l'art. 2, comma 3, Ley concursal, prevede che "si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones"

[981] Che sia la crisi a giustificare l'imposizione di volontà esterne ai terzi è espressamente riconosciuto da F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, cit., 203-204.

[982] E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ*., 2008, I, 262.

[983] Chiarisce R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, M. Nuzzo (a cura di), vol. I, Torino, 2014, 12-13, che il principio di sussidiarietà, ma lo stesso potrebbe valere per quello di proporzionalità, "può essere inteso secondo due contigui e complementari significati: per un verso, criterio di interpretazione delle norme, qualunque sia la loro fonte, pubblica o privata, e, per altro verso, criterio di produzione di quelle norme".

[984] L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1997, I, 7.

[985] Così P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, P. Perlingieri-F. Casucci (a cura di), Napoli, 2004, 145, il quale afferma perciò che "il principio di sussidiarietà opera sul piano dei criteri ordinatori delle fonti del diritto".

[986] V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ*., 2016, 362-363.

[987] R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, cit., 12.

Quello di proporzionalità viene invece in rilievo come concetto di ordine quantitativo[988] in grado di spiegare le regole sulla efficacia dell'accordo. Tale principio identifica lo "strumento volto ad evitare che l'esercizio del potere finis[ca] per oltrepassare la misura minima consentita" [989], attraverso una relazione di coerenza sia interna che esterna tra la regola e funzione[990].

Vengono in rilievo soprattutto due norme, più volte richiamate. Anzitutto, l'art. 180, comma 4, l. fall., consente ai creditori di contestare la proposta che non attribuisca loro almeno quanto essi potrebbero ricevere al di fuori del concordato, impedendo l'omologa e, così, anche l'efficacia esterna. In secondo luogo, l'art. 184, comma 2, l. fall., stabilisce che al concordato fa seguito la riduzione del rapporto, e non la sua estinzione. L'idea di una limitazione nella sola responsabilità e non anche nel debito, il quale persiste, risulta in linea con l'idea di limitare il sacrificio dei creditori allo stretto necessario[991]. La causa del concordato, che è quella indicata dall'art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall. di ristrutturare i debiti e soddisfare i crediti[992], si realizza anche consentendo il prevalere di certe volontà rispetto ad altre, purché nei limiti di quanto necessario a tale scopo. Si comprende allora perché la maggioranza dei creditori non possa imporre agli altri conseguenze non necessarie, quale risulterebbe proprio una riduzione ingiustificata del rapporto sul piano sia quantitativo (misura della falcidia) che qualitativo (estinzione del rapporto).

Soprattutto, però, al sistema concorsuale e poi a quello del concordato preventivo è latente una gradazione dei rimedi che prosegue la logica della sussidiarietà e della proporzionalità. I due profili sono tanto connessi da non poter essere disgiunti.

I sistemi di gestione della crisi e della insolvenza rispondono a una sorta di progressione che va dal rimedio più prossimo ai principi di diritto comune a quelli più distanti. Un consolidato orientamento afferma che le crisi meno gravi potrebbero e dovrebbero essere risolte con il

---

[988] Sul contenuto quantitativo del giudizio di proporzionalità, che lo differenzia da quello qualitativo proprio della ragionevolezza, A. NIGRO, *"Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a*., in *Giur. comm*., 2013, I, 471.

[989] A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*., 2005, 893. Per Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, in banca dati *Iusexplorer on line*, la proporzionalità "si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile"

[990] Alla coerenza interna si riporta il controllo di idoneità, volta ad accertare l'adeguatezza degli strumenti predisposti a realizzare la finalità perseguita. Riguardano invece la coerenza esterna, i controlli di necessarietà, secondo cui tra più misure in grado di conseguire l'obiettivo va preferita quella che riduce al minimo il sacrificio imposto a principi equiordinati o prevalenti, e quello di proporzionalità in senso stretto, il quale si risolve in un giudizio schiettamente valutativo, avente per oggetto la comparazione tra i beni e gli interessi costituzionali sacrificati dalla scelta legislativa.

[991] È un'affermazione già risalente ad ALF. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento. Trattato teorico-pratico*, cit., 472, quella secondo cui il concordato sarebbe nullo "quando la modificazione recata alle obbligazioni preesistenti esorbita dallo scopo di far cessare lo stato di fallimento e contiene un inutile sacrificio dei creditori, che si traduce in una donazione" aggiungendo poi che "il sacrificio dei creditori deve essere unicamente quello che è necessario e sufficiente per far cessare lo stato di fallimento", ma anche che "l'eccessività del sagrifizio non risulta sempre da un semplice confronto aritmetico tra le somme promesse nel concordato e l'attivo valutato".

[992] Affermazioni analoghe si leggono nella fondamentale decisione Cass. civ., Sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit..

ricorso ai piani attestati di risanamento, quelle più gravi con accordi di ristrutturazione, per poi passare nei casi più complicati al concordato preventivo[993]. Per le crisi meno gravi è predisposto lo strumento del piano di risanamento, il quale prescinde sia dall'accordo che dall'intervento dell'autorità giudiziaria[994] e si risolve in un atto di pianificazione imprenditoriale capace di deroghe alla disciplina della revocatoria, per il quale non si richiede neppure l'accertamento di una vera e propria crisi[995]. Per le crisi più gravi, che oltre alla pianificazione richiedono misure protettive del patrimonio aziendale, sono previsti gli accordi di ristrutturazione, i quali non permettono la ridefinizione dei rapporti altrui. Il ricorso al concordato è circoscritto alle ipotesi più drammatiche, la cui soluzione impone un maggior numero di deroghe alla disciplina generale.

Un meccanismo di progressione del rimedio basato sulla gravità del dissesto analogo a quello appena illustrato si trova anche all'interno del concordato e della sua disciplina. Se il debitore è in grado di formulare ai creditori una proposta con continuità che paghi ai chirografari almeno il trenta per cento del credito oppure una ordinaria che li soddisfi per almeno il quaranta per cento, mantiene il monopolio sul contenuto dell'accordo, che poi i creditori possono accettare o rifiutare (art. 163, comma 5, l. fall.). Se invece il debitore è in grado di pagare meno del trenta per cento in caso di continuità ovvero, nel concordato ordinario, un importo tra il venti ed il quaranta per cento, può accedere alla procedura, ma è esposto alle iniziative concorrenti dei creditori (art. 163, comma 5, l. fall.). Infine, se non è in grado né di ricorrere alla procedura con continuità né di prospettare ai creditori il pagamento per almeno il venti per cento del totale, gli è precluso l'accesso al concordato preventivo (art. 160, comma 4, l. fall.), ed è esposto - se già insolvente - al fallimento[996].

In questa prospettiva, le deroghe al sistema di diritto comune contenute nella disciplina del concordato possono essere lette attraverso le lenti della proporzionalità e della sussidiarietà: con esse viene lasciata a debitore e creditori un'ultima possibilità per evitare l'intromissione del potere pubblico nei loro affari. L'intervento dello Stato è tanto remoto da rimanere confinato ai casi in cui i privati non riescano a trovare l'accordo oppure la crisi appaia tanto grave da non potere essere lasciata nelle mani di proponente ed accettanti. La stessa efficacia esterna, ossia quella dell'accordo tra alcuni anziché tutti i titolari dei rapporti coinvolti, si configura allora come un tentativo estremo - l'ultimo - per evitare l'intervento dell'autorità[997], segnando il punto oltre il quale proprio sussidiarietà e proporzionalità non

---

[993] Così G. LOMBARDI-P.D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm*., 2011, I, 716 ss.; L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. n. 83/2015*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 3, Milano, 2016, 3150-3151.

[994] Perciò G. MEO, *I Piani "di risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall*., in *Giur. comm*., 2011, I, 33, include i piani di risanamento nella categoria degli atti unilaterali.

[995] Il riferimento contenuto nell'art. 67, comma 3, lett. *d*), l. fall., al "risanamento della esposizione debitoria dell'impresa" e al "riequilibrio della sua situazione finanziaria", lascia però desumere la necessità di uno squilibrio finanziario. La precisazione è criticata da G. MEO, *I Piani "di risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall*., cit., 39-40, per la disattenzione che ciò implica verso disfunzioni di carattere organizzativo e industriale.

[996] Quest'ultima considerazione pone in risalto come l'intreccio di presupposto oggettivo e requisiti della proposta determini l'esistenza di uno "spazio vuoto", occupato da imprenditori che in concreto non possano fare ricorso né al concordato preventivo né domandare il proprio fallimento. È questo il caso dell'imprenditore che, pur senza essere insolvente, non possa né ricorrere al concordato con continuità - per modo d'esempio per l'impossibilità di prospettare un soddisfacimento migliore rispetto alle altre ipotesi possibili - né a quello ordinario per l'impossibilità di assicurare il pagamento prescritto dall'art. 160, comma 4, l. fall..

[997] Sembra perciò di poter condividere l'affermazione secondo cui proprio "nella prospettiva della sussidiarietà la legge espande lo spazio autonomo di là del confine fissato con la regola della relatività degli effetti

impediscono più, ed anzi impongono l'iniziativa dello Stato: "il «pubblico» deve favorire l'intervento privato sussidiandolo, ma deve intervenire là dove l'iniziativa privata non si concretizzi"[998].

contrattuali" (M. ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, M. Nuzzo (a cura di), vol. II, Torino, 2014, 520).

[998] E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 262. In prospettiva analoga, e riferendosi proprio al sistema concorsuale, M.F. CAMPAGNA, *Insolvenza e crisi nella vigente legge fallimentare*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, M. Nuzzo (a cura di), vol. II, Torino, 2014, 409, osserva che "opera prima l'autonomia privata e soltanto eventualmente, in via subordinata, interviene lo Stato".

CAPITOLO VI

La responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo di gruppo

70. Responsabilità patrimoniale, concordato preventivo e diritto societario

Le conclusioni dei capitoli precedenti inclinano per l'ammissibilità di concordati che programmino uno sfruttamento parziale del patrimonio del debitore, configurati come peculiari accordi sulla responsabilità patrimoniale.

La necessità di semplificare il discorso ha indotto ad ipotizzare per lo più la presenza di un imprenditore individuale, e comunque a tralasciare i problemi particolari che si pongono nei casi in cui la crisi investa invece un'impresa in forma societaria, e segnatamente quella delle società di capitali.

I temi da affrontare con riguardo ai nessi sistematici tra responsabilità patrimoniale, concordato preventivo e disciplina societaria riguardano principalmente i problemi del concordato di gruppo e della posizione dei soci nella gestione della crisi societaria. In particolare con riguardo a quest'ultimo profilo è poi possibile valutare la correttezza e le implicazioni delle considerazioni svolte in relazione alla recente procedura di concordato promossa da ATAC s.p.a..

71. Il concordato "di gruppo". Unità economica del gruppo e individualità giuridica delle singole società

Per lunghi anni il tema della responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo, e soprattutto quello delle possibili deroghe al regime della universalità, si è posto quasi esclusivamente con riferimento alla crisi di società organizzate in gruppo. L'analisi del problema impone alcune considerazioni preliminari sul fenomeno e la sua rilevanza nel sistema concorsuale.

Il gruppo consiste in "un complesso di soggetti giuridicamente distinti e tuttavia elementi di una realtà unitaria dal punto di vista economico e sostanziale"[999]. Basta già questa generica definizione per accorgersi che ai gruppi di imprese è immanente una sorta di contraddizione, latente anche nelle regole codicistiche che disciplinano l'attività di direzione e coordinamento[1000]. Nella nozione coesistono la pluralità delle persone e la loro organizzazione unitaria[1001]. Il concetto di gruppo muove dal dato formale - rilevanza giuridica delle forme organizzative e loro idoneità a costituire distinti centri di imputazione - per rivolgersi poi a quello sostanziale della direzione unitaria, ossia alla unicità del centro

[999] E. CAMILLERI, *Ancora in tema di concordato preventivo di gruppo*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1540.

[1000] Unitarietà del gruppo ed individualità delle singole società traspaiono dal testo dell'art. 2497, comma 1, cod. civ.: mentre la condotta va valutata tenendo conto "dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" (profilo individuale); le sue conseguenze vanno apprezzate considerando "risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento" (profilo globale); affermazioni simili sembra svolgere P. MONTALENTI, *Abuso della personalità giuridica, socio tiranno, responsabilità di gruppo*, cit., 2977 ss..

[1001] Per G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, Milano, 1990, 131, "la singolarissima situazione che caratterizza il gruppo è costituita dalla contemporanea presenza, nello stesso contesto economico, di una situazione di molteplicità e di unitarietà".

decisionale[1002]. Da un lato, il gruppo - in quanto insieme - presuppone singole entità al suo interno. Dall'altro, la loro aggregazione intorno a un unico centro è strumentale proprio ad attenuare - talvolta perfino superandola - l'individualità di ciascun soggetto[1003]. La contraddizione accennata in partenza risiede nel fondare la nozione nel dato sostanziale senza poter realmente prescindere da quello formale[1004]. Nella letteratura meno recente si legge che "l'impresa rimane economicamente unica perché unica è la mente direttiva, unica la fonte finanziaria, unitaria e unitariamente concepita è l'azione economica che si realizza attraverso singole operazioni, ma giuridicamente l'unità dell'impresa si risolve nella pluralità delle organizzazioni autonome anche se funzionalmente collegate"[1005].

Simili contraddizioni sono imposte da una nozione formata mescolando concetti dell'economia e del diritto. Per la scienza economica il gruppo esprime una modalità di organizzazione dell'impresa. La quale risulta strumentale alla miglior gestione e al controllo del rischio[1006] e "consiste nel formalizzare il passaggio da un'organizzazione suddivisa per funzioni ad una per autonomi centri di profitto"[1007]. La premessa giustifica le ricostruzioni che fanno richiamo a un'impresa unitaria di gruppo[1008] oppure di secondo grado[1009];

[1002] Secondo B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 184, "«gruppo» di società (o di imprese) […] non sta ad indicare un nuovo soggetto di diritto, un nuovo centro di imputazione di diritti e doveri. Significa, molto più semplicemente, che fra diverse società e/o imprenditori sussistono connessioni, a carattere organizzativo, o finanziario, o tecnico, che lasciano concludere per una unitarietà di gestione e/o di azione, tali circostanze giustificando allora l'applicazione di particolari norme, che non si applicano invece nei confronti di imprenditori o società rispetto alle quali quelle connessioni non ricorrono". Per Trib. Benevento, 19 ottobre 2011, in *IlCaso.it*, quello di direzione unitaria "è un concetto tipicamente aziendalista, che tuttavia assume senso concreto in casi [...] in cui esiste un nucleo centrale di gestione strategica, di attività di programmazione e di scelta di obiettivi, da perseguire".

[1003] Su questo piano si nota la maggior differenza tra gruppo e consorzio - di cui F. CHIOMENTI, *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo fra imprese*, in *Riv. dir. comm*. 1983, I, 266-267 tende a porre in luce l'analogia strutturale - dal momento che il consorzio assolve anche alla funzione di autonomo centro di imputazione giuridica.

[1004] Sono gli stessi operatori di mercato a valorizzare in certi casi i profili sostanziali e in altri quelli formali. Talvolta la realtà economica; talaltra gli schemi giuridici. I soci, che escogitano la costituzione di più persone giuridiche proprio per proteggere i diversi patrimoni con l'autonomia di ciascuna società, all'emergere della crisi reclamano strumenti di gestione unitaria; nel passaggio all'insolvenza, quando le possibilità di risanamento sono nella maggioranza dei casi ormai compromesse, tornano a rivendicare l'individualità di ciascun ente e la protezione accordata loro dagli schemi formali. Allo stesso modo i creditori, persuasi dell'autonomia patrimoniale del proprio debitore finché *in bonis*, cambiano atteggiamento quando il patrimonio in garanzia risulta insufficiente per le loro pretese e cercano gli strumenti indirizzare le proprie pretese verso soggetti almeno formalmente estranei al rapporto obbligatorio, quali le altre società del gruppo.

[1005] G. FERRI, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, vol. X, t. 3, Torino, 1987, 963.

[1006] Secondo una parte della dottrina il ricorso all'organizzazione di gruppo servirebbe anzitutto a limitare il rischio al conferimento promesso e poi, aggiunge taluno, a sottrarre al rischio i segmenti dell'attività d'impresa svolti attraverso una distinta persona giuridica; così A.A. BERLE JR., *The theory of enterprise entity*, in 47 *Columbia Law Review* 1947, 343; H. HANSMANN-R. KRAAKMAN, *The essential role of organizational law*, in 110 *Yale Law Journal* 2000, 399 ss.; I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, cit., 36; P.I. BLUMBERG-K.A. STRASSER-N.L. GEORGAKOPOULOS-E.J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, vol. I, New York, 2014, 2-3-2-4 e 3-3. Di altro avviso R. SQUIRE, *Strategic liability in the corporate group*, in 78 *The University of Chicago Law Review* 2011, 607, per il quale simili conclusioni - e segnatamente la funzione segregativa dell'organizzazione in gruppo - troverebbero una radicale smentita nella diffusa prassi delle garanzie infragruppo.

[1007] R. WEIGMANN, *L'autorizzazione dei soci della capogruppo per le operazioni finanziarie delle società controllate*, in *Contr. imp*., 1988, 335.

[1008] All'impresa di gruppo fan riferimento un considerevole numero di autori. Si possono richiamare F. SETTE, *Dal gruppo di imprese all'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. civ*., 1988, I, 267 ss., il quale muove proprio dal confronto tra la condizione del gruppo e la descrizione dell'impresa data dall'art. 2082 cod. civ. (274 ss.); F. GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1996, 119 ss.; F.

soprattutto, legittima la tendenza a riferire l'attività non tanto a ciascun centro d'imputazione formale, quanto a colui il quale esercita il potere direttivo su ciascun ente.

Una impostazione differente anima la prospettiva giuridica tradizionale, la quale si disinteressa dell'appartenenza al gruppo[1010] e prende in considerazione i singoli rapporti giuridici guardando alle contrapposte situazioni giuridiche di debitore e creditore[1011]. Logico corollario di questa premessa è che soltanto l'individualità delle singole società definisce il patrimonio responsabile: "l'impenetrabilità fra le diverse situazioni patrimoniali [...] fa sì che ciascuna delle entità del gruppo non possa essere chiamata a rispondere delle obbligazioni contratte da altra società ad essa finanziariamente collegata"[1012]. La personalità giuridica, come anche la mera soggettività, esclude la possibilità di riferire patrimonio e responsabilità patrimoniale al gruppo in quanto tale.

Sul piano concorsuale, la separatezza delle masse patrimoniali impone la necessità di procedure distinte per ciascun debitore. Anche nei casi in cui il fallimento di un soggetto

---

GALGANO-G. SBISÀ, *Introduzione. L'impresa di gruppo*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna, 2014, 1 ss.; G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, cit., 101. L'unitarietà dell'impresa sembra considerata anche nelle note pronunce di legittimità Cass. civ. Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, 366, con nota di N. Rondinone, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale*; Cass. civ., Sez. I, 8 maggio 1991, n. 5123, in *Foro it.*, 1992, I, 818, con nota redazionale di C. De Lorenzo. Per la letteratura straniera, I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, cit., 38-39, rileva: "the concept of 'enterprise entity' suggest that in certain circumstances the enterprise may be regarded as the relevant entity or effect will be given to the relationship among group members. Here a 'new' entity is recognized, based on economic facts rather than on legal incorporation. That is, when personality does not correspond to the actual enterprise, but merely to a fragment of it". Allo stesso modo, riferendosi al gruppo V. FRANCESCHELLI-M. LEHMANN, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Aa. Vv., Milano, 1987, 74, notano che "sotto il profilo economico, esso è agevolmente descrivibile: la nozione di gruppo comporta il riferimento all'unità di impresa, diversificata in entità giuridicamente separate ed autonome, controllate dalla capogruppo". Secondo R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. I, Milano, 1974, 271 ss., l'unicità dell'impresa, a prescindere dalle forme giuridiche in cui viene esercitata, basterebbe a consentire l'assoggettamento a fallimento mediante un'unica dichiarazione, emessa nei confronti del soggetto che gestisce l'attività; l'Autore si riferisce al "fallimento unico dell'impresa complessa" (271).

[1009] G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, cit., 137: "dalla c.d. unicità dell'impresa, che coincide con l'impresa di gruppo (cui fa riscontro la consueta pluralità giuridica), si giunge alla configurazione di una impresa di imprese o, se si vuole, di una impresa di secondo grado. Imprenditore di questa impresa, che di per sé non è soggetto né centro di imputazione, sarà la capogruppo". A una "gestione 'di secondo livello'" fa riferimento G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Aa. Vv., Milano, 2011, 590, con riguardo alla attività di direzione e coordinamento.

[1010] "Legal systems normally deal with the 'group problem' from the point of view of company law, which is primarily designed to regulate the single company. [...] Essentially, the problem is that the treatment a group receives thorough traditional concepts of single entities, i.e. the corporate separate personality and the limited liability granted to its shareholders, might not match its economic reality" (I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, cit., 33).

[1011] Una conferma del contrasto tra l'impostazione economica e quella giuridica si ricava osservando le diverse prospettive secondo cui possono leggersi i rapporti che le società di uno stesso gruppo intrattengono tra di loro: "sul piano economico le operazioni infragruppo sono del tutto assimilabili a quelle con le quali, in una impresa individuale, è data esecuzione alle decisioni gerarchicamente prese dall'imprenditore" (L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per una analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 701), sicché esse "altro non sono nella sostanza che uno spostamento di risorse fra diversi settori di una medesima unità economica. La realtà formale è purtuttavia quella contrattuale e cioè una realtà, almeno formalmente, intersoggettiva" (G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, cit., 14).

[1012] V. MANGINI, *Gruppi di imprese ed unità de imputazione giuridica nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Aa. Vv., Milano, 1987, 29.

consegue automaticamente a quello altrui, la legge precisa che le procedure rimangono distinte (art. 148, commi 1 e 2, l. fall.). Si danno perciò soltanto "una persona, un patrimonio, una procedura concorsuale"[1013].

Questa prospettiva tradizionale risulta almeno parzialmente in urto contro le finalità assegnate alle procedure concorsuali negli anni più recenti. Le quali risultano orientate non più alla sanzione del soggetto insolvente e alla cessazione dell'impresa[1014], ma anzitutto al soddisfacimento dei creditori, se possibile mediante il recupero delle strutture produttive[1015]. La nuova prospettiva è quella secondo cui "la riorganizzazione dell'impresa insolvente risponde ad esigenze strutturali, di buon funzionamento del sistema economico"; perciò "la risposta normale (*normale*, si badi bene, non «necessaria»!), rispetto all'insolvenza dell'impresa, non deve essere l'espulsione, bensì la riorganizzazione della stessa"[1016]. In questa più ampia tendenza si inserisce l'evoluzione del concordato da "strumento «premiale» a strumento normale a disposizione dell'imprenditore"[1017].

L'irrilevanza concorsuale del gruppo risulta coerente rispetto al fine della liquidazione ed espulsione dal mercato: da liquidare ed espellere è solamente la società insolvente, non le altre. Nella prospettiva della ristrutturazione l'attenzione si sposta invece dal patrimonio all'attività che bisogna riorganizzare, coinvolgendo anche quelle esercitate da società del gruppo formalmente indipendenti. L'idea che si fa spazio[1018] predica che "in un gruppo i programmi operativi non avvengono a livello di singole imprese, ma in una prospettiva globale. Logico dunque che anche in sede di riorganizzazione il discorso debba essere

[1013] Espressioni equivalenti sono diffuse in Germania. W. UHLENBRUCK, *Konzerninsolvenzrecht als Problem der Insolvenzrechtreform*, in *Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 1986, 47, 423, ricorre alla formula "eine Person, ein Vermögen, ein Konkurs".

[1014] La finalità di espulsione dal mercato dell'insolvente è riconosciuta da N. SALANITRO, *Procedure concorsuali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1988, 5-6. Appena pochi anni dopo, invece, FR. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, vol. I, Torino, 1994, 8, nega che tra gli scopi delle procedure concorsuali vi sia l'eliminazione dal mercato dell'impresa insolvente.

[1015] Nel tracciare la storia del diritto fallimentare A. JORIO, *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. I, Milano, 2014, 30, nota che "il quadro che emerge dalla produzione legislativa di gran parte degli anni '70 risulta contraddistinto dalle seguenti caratteristiche. Accanto agli istituti tradizionali della legge fallimentare si era andata accumulando una normativa speciale che scaturiva essenzialmente da tre esigenze: intervenire in soccorso di importanti complessi produttivi in crisi; disegnare un embrione di politica legislativa di sostegno e rilancio dell'economia in temi di recessione; predisporre strumenti di tutela delle classi deboli maggiormente coinvolte dalla crisi di comparti produttivi. Questa serie di interventi normativi non si traduceva tuttavia in un disegno unitario che fosse frutto di una scelta delle priorità. Il legislatore si muoveva, ma navigava «a vista», per lo più sotto la spinta di pressioni contingenti e corporative".

[1016] M. LIBERTINI, *Intervento*, in *Giur. comm*., 1979, I, 296 e 298 (corsivo dell'Autore).

[1017] A. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti* ultra vires *nell'accettazione del concordato*, cit., 350. Il senso di questo mutamento è messo in luce da AGO. GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm*., 1979, I, 243, il quale parlando della amministrazione controllata - ma il ragionamento vale allo stesso modo per il concordato -, rileva che "la condizione dell'esistenza di requisiti soggettivi appare estranea alle finalità che il procedimento attualmente persegue e che attengono ad altri interessi, rispetto ai quali la preesistente condotta o la meritevolezza dell'imprenditore appare del tutto indifferente". Nella stessa direzione U. BELVISO, *La liquidazione coatta amministrativa nel quadro di una riforma delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm*., 1979, I, 245, sostiene che "l'incapacità o la disonestà dell'imprenditore, se possono giustificare misure a suo carico, per ciò stesso non giustificano la condanna a morte dell'organismo imprenditoriale".

[1018] Una breve cronaca della dottrina e delle discipline più risalenti in relazione al "campo problematico del gruppi" (225) è tracciata da P. SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ*. 1992, II, 221 ss..

articolato nella stessa prospettiva globale"[1019]. Allo stesso modo, in giurisprudenza si afferma che "per soggetti inseriti in un gruppo di imprese, il superamento della crisi imprenditoriale diviene più facile nell'ottica del gruppo (anche alleggerendolo dai rami secchi costituiti dalle società irrecuperabili alla dinamica economica), anziché per mezzo della trattazione parcellizzata di ciascuna insolvenza, e dunque al di fuori della strategia commerciale in cui ciascuna impresa era inserita e operava"[1020]. A queste si aggiunge infine la considerazione secondo cui l'appartenenza al gruppo "comporta il rischio della propagazione generalizzata dell'insolvenza, con la conseguenza che, quanto più l'impresa intrattiene rapporti con altre del gruppo, tanto maggiori saranno le possibilità che lo stato di crisi di quest'ultime coinvolga anche la prima, donde la necessità di una gestione ordinata e coordinata dell'iniziativa di risanamento"[1021].

Non sembra allora casuale che le prime norme ad assegnare rilevanza giuridica al gruppo risalgano ai sottosistemi concorsuali successivi alla legge fallimentare[1022] e caratterizzati da una differente impostazione[1023], attenta principalmente alla conservazione delle strutture produttive[1024]. Con riguardo all'insolvenza di società dedite all'esercizio di certe attività o

[1019] B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 38, il quale prosegue affermando che "una volta superato (e sotto due profili, in via di principio e in punto applicativo) il richiamo condizionante alla figura dell'imprenditore nella discussione sull'impresa, non vi sono ostacoli formali a che l'attenzione si soffermi sul complesso di connessioni e di interdipendenze di cui il gruppo si compone, indipendentemente dall'imputazione soggettiva dei singoli momenti organizzativi. Ciò che è oggetto di considerazione non sono i «momenti» dell'organizzazione individuati in funzione del loro centro di imputazione soggettivo, ma il «fatto» globale dell'organizzazione. [...] A rigore, non si ha retorico riconoscimento del fenomeno economico al di là dei punti di riferimento giuridici; è la vicenda formale che consente, attesi gli sviluppi che subisce, una diversa ricostruzione della fattispecie, affatto logica e non in deroga al sistema, che la recepisce limitandola nella dimensione che è congrua allo sviluppo sopravvenuto" (40-41).

[1020] Trib. Crotone, 28 maggio 1999, in *Giust. civ*., 2000, I, 1533, con nota di E. Colognesi, *Ancora in tema di concordato preventivo di gruppo*. Nella stessa direzione, App. Genova, 23 dicembre 2011, in *IlCaso.it*, secondo cui "la funzione concordato preventivo [è] il superamento della crisi di impresa attraverso l'esdebitazione dell'imprenditore insolvente per deliberazione dei creditori concorsuali: presentandosi, quindi, il concordato preventivo come procedura concorsuale dell'impresa, non può che ricevere nella sua considerazione l'impresa stessa in tutte le conformazioni che costituiscono pratica esplicazione ovverosia qualora l'impresa si manifesti e si realizzi nel gruppo questa sarà la dimensione che potrà assumere rilievo nel concordato preventivo"; Trib. Roma, 7 marzo 2011, in *Dir. fall*., 2011, II, 247, con nota di G. Fauceglia, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, ove si rileva che "negare rilevanza al fenomeno del gruppo comporterebbe di misconoscere la realtà propria dell'impresa, consentendone una apprensione soltanto imparziale e comunque imperfetta nella procedura concorsuale". In termini analoghi, ma per la procedura di amministrazione straordinaria, TAR Lazio, Sez. III, 16 luglio 2004, n. 6998, in *Foro it.*, 2004, III, 615, rileva che "stante l'interesse pubblico alla conservazione delle imprese in a.s. ai fini del loro risanamento, v'è l'evidente e non smentita necessità di non disperdere il valore economico sotteso al gruppo, non realizzabile efficacemente senza un'unica procedura concorsuale ed una gestione unitaria di tutte e di ciascuna impresa di questo, indipendentemente dal fatto delle dimensioni delle imprese «figlie»".

[1021] M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3360.

[1022] Un esame approfondito delle discipline concorsuali speciali riservate a certe imprese per le loro dimensioni o per il settore di attività in relazione all'organizzazione in gruppo dell'attività è svolto da G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm*., 2008, II, 1092 ss., soprattutto con riguardo all'amministrazione straordinaria.

[1023] Per A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, cit., 3, l'introduzione nel sistema italiano dell'amministrazione straordinaria "ha determinato una sorta di schizofrenia del sistema, caratterizzato dalla coesistenza di un impianto tradizionale, rivolto essenzialmente alla tutela dei creditori, con una procedura sensibile in modo pressoché esclusivo alla conservazione dell'organismo produttivo anche in spregio alle regole del mercato e sostanzialmente dimentica dei creditori".

[1024] In questi termini G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, cit., 5, il quale per l'amministrazione straordinaria reputa che "la concorsualità della procedura è

con imprese di certe dimensioni, la legislazione speciale - proseguendo una tendenza inaugurata dall'art. 3, d.l. 30 gennaio 1979, n. 26 (come modificato dalla legge di conversione, l. 3 aprile 1979, n. 95)[1025] - stabilisce regole che al fine di evitare condotte opportunistiche[1026] introducono nuove forme di responsabilità risarcitoria[1027] ed ampliano i presupposti del rimedio revocatorio[1028] oppure perseguono il contenimento dei costi e la miglior conduzione della procedura attraverso il coordinamento[1029] di quelle che riguardano le imprese di uno stesso gruppo[1030], consentendo in almeno un caso il consolidamento di distinte procedure di concordato[1031].

---

l'opposto di quella propria delle procedure tradizionali: non è la finalità della procedura, è il mezzo perché la procedura raggiunga il suo fine, diverso e anteriore rispetto alla definizione dei diritti dei creditori".

[1025] La disposizione è presa in analisi da G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, cit., 8 ss. e 17 ss.; B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., *passim*; F. ABATE, *I gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1993, 988 ss.; S. BONFATTI, *Il gruppo di imprese*, in *Fallimento e amministrazione straordinaria. Atti del convegno S.I.S.CO.*, Aa. Vv., Milano, 1999, 263 ss..

[1026] La medesima finalità è perseguita anche attraverso regole ulteriori rispetto a quelle richiamate nel testo, come quelle codicistiche sulla responsabilità di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento ovvero quella di postergazione legale dei crediti infragruppo, che secondo parte della dottrina (D. VATTERMOLI, *Subordinazione legale* ex *art. 2457 c.c. e concordato preventivo*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2009, I, 291) sarebbe destinata ad applicarsi proprio in conseguenza dell'insolvenza.

[1027] Si può richiamare, per aver anticipato nelle sue linee di fondo l'attuale disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, l'art. 90, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, il quale stabilisce che "nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite". Per l'analisi di questa disciplina, N. RONDINONE, *Art. 90. Responsabilità nei casi di direzione unitaria*, in *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, A. Castagnola-R. Sacchi (a cura di), Torino, 2000, 467 ss..

[1028] Il sistema escogitato dal legislatore italiano passa attraverso una retrodatazione legale dello stato d'insolvenza tra le società del gruppo, portato a 5 anni dal suo accertamento per gli atti indicati dall'art. 67, comma 1, nn. 1, 2, 3, l. fall. e a 3 per quelli dell'art. 67, comma 1, n. 4 (art. 91, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270; art. 6, comma 1, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347; art. 99, comma 5, T.U.B.; art. 267, comma 5, d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209; art. 2, comma 4, d.l. 5 giugno 1986, n. 233).

[1029] Il coordinamento delle procedure è perseguito soprattutto consentendo la nomina dei medesimi soggetti quali organi delle procedure (art. 85, comma 1, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270; 103, comma 1, T.U.B.; 280, comma 1, d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209; art. 2, comma 3, d.l. 5 giugno 1986, n. 233) ovvero agevolando l'ammissione di altre società a procedure come quella già avviata (artt. 81 e 84, lgs. 8 luglio 1999, n. 270; art. 3, commi 3 e 3 bis, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347; art. 101, commi 1 e 2, T.U.B., che in parte riprende le modalità di consolidamento precedentemente previste dagli artt. 32 ss., d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356; art. 278, commi 1 e 2, d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209; artt. 2 e 3, d.l. 5 giugno 1986, n. 233). A favore dell'introduzione di forme consolidamento procedurale anche nel fallimento, per il contenimento dei costi che può determinarsi, si esprimono A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 568; F. ABATE, *I gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, cit., 990-991; M. FABIANI, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, in *Riv. soc.*, 1998, 1333. All'elencazione che precede va aggiunto anche l'art. 2, d.l. 24 maggio 1986, n. 218, decaduto per mancata conversione, che pur mantenendo ferma l'autonomia delle masse attive e passive, consentiva all'autorità amministrativa di disporre che fossero "considerate come un unico soggetto, avente come denominazione sociale quella di una delle società sottoposte alla procedura" le società, pur formalmente autonome, che risultassero già sottoposte alla stessa procedura di amministrazione straordinaria e che avessero svolto o svolgessero le medesime attività oppure fasi o stadi di un'impresa sostanzialmente unitaria ovvero, ancora, assoggettate a direzione unitaria.

[1030] Occorre aggiungere come il riferimento al gruppo, come definito nelle pagine che precedono, risulti talvolta improprio per la possibilità di applicare le regole richiamate al di fuori del contesto di gruppo in senso stretto. Un esempio è dato dalle norme contenute negli artt. 80 ss., d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, le quali si riferiscono anche alle situazioni di controllo nelle quali manchi la direzione unitaria; perciò rispetto a questa disciplina si afferma che "il perno non è quindi necessariamente l'unicità dell'impresa sfociata in una situazione di insolvenza. Lo è anche la mera situazione partecipativa di controllo" (G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, cit., 102). Per la distinzione tra controllo e direzione unitaria, considerando solo la seconda idonea a strutturare la nozione di gruppo e con indicazioni

72. Coordinamento e consolidamento procedurali e materiali

Le discipline richiamate in chiusura del paragrafo precedente lasciano intuire le diverse modalità con cui il diritto concorsuale può dare rilevanza all'appartenenza delle società ad un unico gruppo.

Si può considerare anzitutto il coordinamento procedurale. Con questa espressione ci si riferisce all'effetto stabilito nei casi in cui l'appartenenza di più società in crisi a uno stesso gruppo determina conseguenze solo sul piano delle procedure, senza però che si arrivi alla loro unificazione[1032]. Poiché le regole sostanziali della responsabilità patrimoniale non sono modificate, non si determina alcuna confusione delle masse attive e passive.

Nei casi in cui si raggiunge lo stadio del consolidamento, invece, l'appartenenza al gruppo comporta lo svolgimento di un'unica procedura per le diverse società, lasciando però ancora ferma la distinzione tra i patrimoni in garanzia: "procedural consolidation [...] involves only a determination to conduct the proceedings of two or more affiliated debtors as part of a single proceeding, without affecting in any way the substantive rights and liabilities of the creditors, the debtors, or the allocation of assets and pro rata satisfaction of claims"[1033]. Le conseguenze del consolidamento sono per certi versi assimilabili a quelle determinate nei procedimenti contenziosi dalla riunione[1034].

Da queste discipline si distinguono quelle che determinano il coordinamento ovvero il consolidamento sul piano materiale[1035] (quest'ultimo talvolta indicato con la terminologia

---

successivamente recepite nel dare una disciplina alla attività di direzione e coordinamento, P.G. JAEGER, *I «gruppi» tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm*., 1980, I, 921-922; A. PAVONE LA ROSA *«Controllo» e «gruppo» nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in *Dir. fall*., 1985, I, 20-21.

[1031] Art. 4 *bis*, comma 2, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, ai sensi del quale "la proposta di concordato può essere unica per più società del gruppo sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive. Da tale autonomia possono conseguire trattamenti differenziati, pur all'interno della stessa classe di creditori, a seconda delle condizioni patrimoniali di ogni singola società cui la proposta di concordato si riferisce".

[1032] Una risalente ipotesi di coordinamento procedurale nel diritto concorsuale italiano riguarda il fallimento dei soci illimitatamente responsabili conseguente all'insolvenza della società (art. 148 l. fall.).

[1033] Così P.I. BLUMBERG-K.A. STRASSER-N.L. GEORGAKOPOULOS-E.J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, vol. II, New York, 2014, 88-4; *In re* Parkway Calabasas Ltd., 89 B.R. 832 (Bankr. C.D. Cal. 1988), dove si legge che "the purpose of joint administration is to make case administration easier and less expensive than in separate cases, without affecting the substantive rights of creditors (including inter-debtor claims). There is no merging of assets and liabilities of the debtors, and inter-entity claims survive. Creditors of each debtor continue to look to that debtor for payment of their claims. The respective debtors are required to maintain separate banking and accounting records. Any professionals appointed in more than one related case must keep separate time and expense records, and must make separate applications for employment and for compensation". Queste considerazioni non escludono le conseguenze sulla misura di soddisfacimento dei creditori, dal momento che lo stesso risparmio conseguito tende al suo aumento. Nel sistema americano, J. HIGHTOWER, *The consolidation of the consolidations in bankruptcy*, in 38 *Georgia Law Review* 2003, 466 ss., mette in risalto come il consolidamento processuale modifichi in maniera conistente i diritti dei creditori - ad esempio per la creazione di un unico *creditor's committee* -; perciò l'Autore conclude che "whenever there is a *procedural* consolidation of a bankruptcy case, there should automatically be a *substantive* consolidation of the case" (467 - corsivi dell'Autore).

[1034] "Procedural consolidation of a bankruptcy case is similar to consolidation of civil cases in the federal courts" (J. HIGHTOWER, *The consolidation of the consolidations in bankruptcy*, cit., 468).

[1035] Per la distinzione tra coordinamento e consolidamento procedurali e materiali, C.G. BERRY, *Consolidation in bankruptcy*, in 50 *American Bankruptcy Law Journal* 1976, 346 ss.; P.I. BLUMBERG-K.A. STRASSER-N.L. GEORGAKOPOULOS-E.J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, vol. II, cit., 88-4. La distinzione è tacciata di

tedesca di "Materielle Zusammenfassung", contrapposta a quella solamente procedurale, "Formelle"[1036]).

Il primo designa la rilevanza che l'organizzazione di gruppo assume per alcune regole di diritto sostanziale, mantenendo però autonomi i patrimoni di ogni società. Tra le forme di coordinamento può includersi, per modo d'esempio, la dilatazione del "periodo sospetto" per l'esperimento dell'azione revocatoria in relazione a certi atti infragruppo[1037].

Il secondo allude al consolidamento delle masse patrimoniali riconducibili a ciascun ente. La disciplina è quella che si avrebbe se il debitore in crisi - titolare di un'unica massa e responsabilità patrimoniale - fosse direttamente il gruppo, anziché le sue singole componenti. Dietro il consolidamento materiale sta un'idea opposta a quella tradizionale e che viene riassunta dalla formula "più debitori, un patrimonio, una procedura concorsuale"[1038]. Il percorso logico è quello che risale dalla personalità giuridica di ciascuna società all'unità dell'impresa esercitata, e cioè dal dato formale a quello sostanziale: l'unitarietà del gruppo soppianta allora i criteri di imputazione giuridica formale.

73. Il gruppo nelle proposte di riforma della legge fallimentare

L'introduzione di forme di coordinamento procedurale per l'insolvenza di società appartenenti a uno stesso gruppo trova il suo antecedente in norme di diritto singolare[1039], dettate per il dissesto di grandi gruppi pubblici (gruppo S.I.R., negli anni compresi tra il 1978 ed il 1982, e gruppo E.F.I.M., tra il 1992 ed il 1993[1040]) ed in quelle speciali già richiamate (par. 71).

Con riguardo alla disciplina generale il gruppo assume una rilevanza sporadica, circoscritta all'ambito applicativo di specifiche norme[1041]. Ciononostante, il suggerimento al legislatore di introdurre forme di coordinamento almeno procedurale compare già presente in numerosi dei progetti di riforma precedenti a quella attuata tra il 2005 e il 2007[1042]. La scelta di tenere

---

essere soltanto apparente da C. SELINGSON-C.F. MANDEL, *Multi-debtor petition: consolidation of debtors and due process*, 73 *Commercial Law Journal* 1968, 341.

[1036] Questa terminologia è ripresa da C. PAULUS, *Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, 1951.

[1037] V. nt. 1028.

[1038] M. FLORES, *La conclusión parcial del concurso*, in *Anuario de derecho concrursal*, 2015, 36, 411, descrive il risultato della consolidazione delle masse con l'efficace espressione "varios deudores, un patrimonio, un concurso".

[1039] Concorda sul carattere *ad personam* di tali discipline, AGO. GAMBINO, *I gruppi nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 373.

[1040] Per una più puntuale analisi di questi interventi, AGO. GAMBINO, *I gruppi nelle procedure concorsuali minori*, cit., 371 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Società controllate dell'Efim e sospensione del pagamento dei debiti*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1995, I, 593 ss.; S. MARCHETTI, *Il gruppo EFIM una liquidazione singolare*, in *Fall.*, 1995, 546; G. ALESSI, *Il caso Efim*, in *Fall.*, 1993, 953; F. CORSI, *Soppressione dell'Efim: la sorte delle società controllate*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 657; A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, cit., 25 ss..

[1041] G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, cit., 108.

[1042] I progetti in questione (d.d.l. C. 7458 del 2000; proposta di legge C. 7497 del 2001; schema di disegno di legge del 2003 elaborato dalla Commissione Trevisanato; disegno di legge C. 5171 del 2004), si sviluppavano lungo linee direttrici analoghe a quelle della legislazione speciale contenente disposizioni sui gruppi: nonostante il favore per un coordinamento formale, era mantenuta ferma la separatezza delle masse patrimoniali. Le proposte di riforma, in relazione alla disciplina del gruppo, sono prese in esame da G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, cit., 1091-1092; N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di*

generalmente separate le singole procedure si trova confermata pure negli interventi legislativi più recenti, nei quali pure sono presenti novità significative in materia di gruppi[1043].

L'attenzione verso il tema è confermata dal recente progetto di riforma elaborato dalla c.d. Commissione Rordorf[1044]. L'art. 3 di questo progetto è rubricato proprio "gruppi di imprese". In esso si prevede innanzitutto l'elaborazione di una definizione di gruppo che tenga conto delle norme già dettate nel codice civile[1045]. Per quanto più strettamente riguarda la disciplina del concordato, si prevedono poi sia forme di consolidamento che di coordinamento procedurale[1046], escludendo però quello materiale: l'art. 3, comma 1, lett. *d*), nel prospettare l'ammissibilità di un'unica procedura precisa "ferma restando in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive". Il modello di riferimento sembra essere quello già accolto nell'art. 4 *bis*, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347; al secondo comma tale disposizione stabilisce che "la proposta di concordato può essere unica per più società del gruppo sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive"[1047]. Sul piano della responsabilità patrimoniale, come suggeriscono

---

società, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 2, Milano, 2016, 3001 ss.; A. JORIO-S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, *passim*, ove possono leggersi anche alcune delle proposte succedutesi nel corso degli anni.

[1043] Tra gli interventi da segnalare rientra quello realizzato con l'art. 3 del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, il quale comprende nella lista dei soggetti che l'art.177, ult. comma, l. fall. esclude dal voto sulla proposta di concordato preventivo "la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo"; la novella supera i contrasti precedentemente sorti sulla applicabilità dell'analoga esclusione disposta solamente dall'art. 127, commi 5 e 6, l. fall., per la proposta di concordato fallimentare.

[1044] Per un commento di questa disciplina in ordine ai gruppi di società, N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., 3062.

[1045] Tale definizione dovrebbe essere "modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 e seguenti, nonché 2545-septies, del codice civile, corredata dalla presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile" (art. 3, comma 1, lett. *a*), del Progetto Rordorf).

[1046] Il progetto, all'art. 3, comma 1, lett. *d*) ed *e*), propone di introdurre "la facoltà per le imprese del gruppo in crisi o insolventi sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano di proporre con un unico ricorso domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti, o di ammissione al concordato preventivo, o di liquidazione giudiziale, ferma restando in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive, con predeterminazione del criterio attributivo della competenza, ai fini della gestione unitaria delle rispettive procedure concorsuali, ove le imprese abbiano la propria sede in circoscrizioni giudiziarie diverse"; "obblighi reciproci di informazione e di collaborazione fra gli organi di gestione delle diverse procedure, nel caso in cui le imprese insolventi del gruppo siano soggette a separate procedure concorsuali, in Italia o all'estero". Il comma successivo prosegue affermando che "nell'ipotesi di gestione unitaria della procedura di concordato preventivo di gruppo devono essere previsti: *a*) la nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale ed il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia; *b*) la contemporanea e separata votazione dei creditori di ciascuna impresa; *c*) l'esclusione dal voto dei soggetti appartenenti al gruppo che siano titolari di crediti nei confronti delle altre imprese assoggettate alla procedura; *d*) gli effetti dell'eventuale annullamento o risoluzione della proposta unitaria omologata; *e*) i criteri per la formulazione del piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo, eventualmente attraverso operazioni contrattuali e riorganizzative infragruppo funzionali alla continuità aziendale e al miglior soddisfacimento dei creditori, fatta salva la tutela endoconcorsuale per i soci ed i creditori delle singole imprese, nonché per ogni altro controinteressato".

[1047] Il comma richiamato prosegue affermando che "da tale autonomia possono conseguire trattamenti differenziati, pur all'interno della stessa classe di creditori, a seconda delle condizioni patrimoniali di ogni singola società cui la proposta di concordato si riferisce". Alla possibilità di un'unica proposta per le società del gruppo ed alla necessità di mantenere però separate le masse patrimoniali sembra doversi associare l'introduzione della possibilità di dividere i creditori in classi; in questa direzione, F. DI MARZIO-F. MACARIO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. V, Milano, 2017, 771.

anche il dato comparatistico e l'esame della giurisprudenza, è proprio il tema della formazione delle masse meritare maggior interesse.

74. Linee della giurisprudenza con riguardo al concordato "di gruppo"

Fino alla riforma attuata nel 2006, i precedenti favorevoli alla rilevanza del gruppo nella procedura di concordato non risultano numerosi. Si tratta di pronunce di merito, per lo più inclini ad ammettere un mero coordinamento procedurale. Talvolta si sono reputate legittime domande proposte con un unico ricorso[1048] ovvero riunite quelle formulate da più società individualmente[1049]; talaltra, superati i criteri di determinazione della competenza territoriale stabiliti nell'art. 9, l. fall.[1050]; in certi casi il concordato di più società è stato ammesso con un solo decreto[1051] oppure si è provveduto con un'unica omologa[1052]; in altri casi ancora, sono stati nominati gli stessi organi[1053]. Il panorama sommariamente descritto si completa con le decisioni difformi, sia perché favorevoli ad un coordinamento anche materiale - contrastato invece dalla giurisprudenza prevalente[1054] -, che perché contrarie anche a quello procedurale. Tra i precedenti del primo indirizzo se ne può richiamare uno del Tribunale di Crotone[1055], favorevole al consolidamento sia della massa attiva che di quella passiva, e quindi anche a un'unica adunanza ed un'unica votazione per i creditori delle società appartenenti allo stesso gruppo. Un esempio ulteriore si ricava da una pronuncia del Tribunale di Terni[1056], nella quale l'inammissibilità di alcune proposte per mancanza della crisi e di altre per l'impossibilità di assicurare il pagamento richiesto dalla legge è risolta con l'ammissione del concordato unitario, con la riunione dei beni in un'unica massa. Per le decisioni dell'orientamento ostile alla rilevanza concorsuale dei gruppi se ne può invece richiamare una del Tribunale di Perugia[1057], secondo la quale l'appartenenza al gruppo non potrebbe rilevare né sul piano sostanziale né su quello procedurale.

[1048] Trib. Firenze, 30 agosto 1983, in *Fall*., 1984, 732, con nota redazionale di G. Silvestri, relativa alla procedura di amministrazione controllata.

[1049] Trib. Roma, 25 giugno 1993, in *Giur. comm*., 1994, II, 100, con nota redazionale di M. Ricolfi, relativa al concordato nella amministrazione controllata; Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, in *Fall*., 1995, 969, con nota redazionale di M. Fabiani.

[1050] Trib. Roma, 16 dicembre 1997, in *Dir. fall*., 1998, II, 778, con nota di D. Di Gravio, *Procedura unica per i concordati delle società del gruppo?*, sebbene in una affermazione incidentale.

[1051] Trib. Perugia, 19 aprile 1985, in *Fall*., 1986, 311, con nota di G. Sideri, *Amministrazione controllata di gruppo*, relativa alla procedura di amministrazione controllata; Trib. Firenze, 30 agosto 1983, cit.; Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, cit.; Trib. Roma, 16 dicembre 1997, cit.; Trib. Terni, 19 maggio 1997, in *Fall*. 1998, 290, con nota di M. Fabiani, *Il gruppo di imprese nella sentenza di omologazione del concordato preventivo*; Trib. Roma, 25 giugno 1993, cit.. A favore di quest'orientamento, D. DI GRAVIO, *Procedura unica per i concordati delle società del gruppo?*, in *Dir. fall*., 1998, II, 784.

[1052] Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, cit.; D. DI GRAVIO, *Procedura unica per i concordati delle società del gruppo?*, cit., 784.

[1053] Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, cit.; Trib. Roma, 16 dicembre 1997, cit.. Favorevole a quest'orientamento, D. DI GRAVIO, *Procedura unica per i concordati delle società del gruppo?*, cit., 784.

[1054] Espressamente così, Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, cit.; Trib. Roma, 16 dicembre 1997, cit..

[1055] Così Trib. Crotone, 28 maggio 1999, cit.. A favore della formazione di un'unica massa, anche Trib. Terni, 19 maggio 1997, cit., relativa invece a un caso di concordato preventivo. Considerazioni analoghe a quelle del Tribunale di Crotone, fondate però sulle peculiarità dell'amministrazione controllata, si leggono in Trib. Firenze, 30 agosto 1983, cit..

[1056] Trib. Terni, 19 maggio 1997, cit..

[1057] Così Trib. Perugia, 3 marzo 1995, in *Foro it*., 1995, I, 1952, contraria all'unicità della procedura, "stante l'autonomia di ogni singola persona giuridica costituente il gruppo stesso".

Un numero maggiore di decisioni propense a riconoscere la rilevanza del gruppo nella procedura di concordato si trova negli anni successivi alla riforma del 2006, che secondo un orientamento della dottrina addirittura avrebbe lasciato indici testuali in tale direzione[1058]. Notevole consenso raccoglie l'idea di un'unica proposta ed un unico piano per le diverse società[1059], come pure quella di un unico ricorso[1060], un unico provvedimento di ammissione[1061] e quella del deposito di un'unica somma per le spese della procedura[1062]. Allo stesso modo, numerosi provvedimenti ammettono una deroga ai criteri di competenza

[1058] In tal senso si richiama l'art. 160, comma 1, lett. *b*), l. fall., nella parte in cui prevede "l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore": il plurale "imprese" è inteso come la conferma che più debitori possano essere coinvolti da un'unica procedura. In questa direzione, M. SANDULLI, *Sub art. 160*, in *La riforma della legge fallimentare*, A. Nigro-M. Sandulli (a cura di), vol. II, Torino, 2006, 984, il quale richiama a sostegno della conclusione anche la lett. *a*) dell'art. 160, comma 1, l. fall., il quale prevede la possibilità di compiere operazioni straordinarie strumentali alla ristrutturazione dei debiti e al soddisfacimento dei crediti; G. SANTONI, *Contenuto del piano di concordato e modalità di soddisfacimento dei creditori*, cit., 525, secondo il quale l'ammissibilità di un'unica proposta per le imprese del gruppo sarebbe "favorita, anche se non del tutto giustificata, dall'appiglio testuale fornito dall'art. 160, 1° comma, lett. *b*), nella [...] parte in cui consente all'assuntore l'attribuzione delle attività di più imprese"; M. GARCEA, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, in *Riv. soc*., 2012, 964; G. FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, in *Dir. fall*., 2011, II, 251-252, per il quale "l'utilizzo del plurale, «*le imprese*», e del singolare, «*la proposta*», potrebbe essere giustificato solo se la seconda si riferisca, unitariamente, proprio a «più imprese» il cui unico comune denominatore non potrebbe che essere l'appartenenza ad un «gruppo»" (252 - corsivi dell'Autore); N. ROCCO DI TORREPADULA, *Il concordato preventivo*, cit., 328; App. Genova, 23 dicembre 2011, cit.. Secondo S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, in *Contr. imp*., 2015, 104 ss., l'art. 160, comma 1, lett. *b*), l. fall. offrirebbe argomenti testuali deboli ed insufficiente ad argomentare la possibilità di concordati di gruppo, sicché più utile sarebbe muovere dalla rilevanza codicistica del gruppo ed in particolare da quella riconosciuta ai c.d. vantaggi compensativi. Contro le tesi esposte, G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, 947, afferma che "la riforma non si è occupata del gruppo di imprese, né della sua assoggettabilità al concordato preventivo, non sussiste alcuna indicazione sulla quale poter fondare allo stato alcuna soluzione interpretativa".

[1059] Trib. Roma, 7 marzo 2011, cit.; Trib. Roma, 18 aprile 2013, cit.; Trib. Benevento, 19 ottobre 2011, cit.; Trib. Monza, 24 aprile 2012, in banca dati *Iusexplorer on line*; App. Roma, 5 marzo 2013, cit.; Trib. Asti, 24 settembre 2012, in *IlCaso.it*, con riguardo all'unicità del piano. Così anche M. VITIELLO, *Il concordato preventivo "di gruppo"*, in *IlFallimentarista.it*, 4; N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., 3051; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3361.

[1060] Trib. Monza, 24 aprile 2012, cit.; Trib. Palermo, 4 giugno 2014, in *IlCaso.it*; App. Roma, 5 marzo 2013, cit.; Trib. Roma, 14 novembre 2012, in *IlCaso.it*; Trib. Roma, 7 marzo 2011, cit.; M. VITIELLO, *Il concordato preventivo "di gruppo"*, cit., 4; V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 137; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3361. In termini peculiari Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, in *Dir. banca merc. fin*., 2012, 371, con nota di D. Vattermoli, *Concorso ed autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, che pur affermando la necessità di una domanda distinta per ciascuna società, considera sufficiente anche un solo ricorso se unico è il legale rappresentante di tutte le società; S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, cit., 110, per il quale tuttavia la presentazione di un unico ricorso non comporta l'inammissibilità, dovendosi considerare la presenza di un "fascio di domande" contenute nello stesso atto introduttivo.

[1061] Trib. Roma, 7 marzo 2011, cit.. In linea favorevole anche S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, cit., 111, per il quale in tal caso l'unico documento conterrebbe un "fascio di provvedimenti" riferibili a ciascun debitore; N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., 3052.

[1062] Trib. Foggia, 1 dicembre 2011, inedita. *Contra*, S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, cit., 110; D. DI GRAVIO, *Procedura unica per i concordati delle società del gruppo?*, cit., 784.

territoriale stabiliti dall'art. 9, l. fall.[1063]. Un diffuso orientamento considera almeno opportuna la nomina di organi almeno in parte coincidenti per tutte le società[1064], come pure l'individuazione di un unico attestatore[1065]. Infine, nel caso di concordato c.d. con riserva risulta frequente la fissazione di un unico termine per il perfezionamento della domanda[1066]. Si tende invece ad escludere che l'appartenenza al gruppo possa incidere sulla valutazione del presupposto oggettivo, da considerare invece con riferimento a ciascuna società singolarmente e non all'intero aggregato[1067].

Quanto al problema del consolidamento materiale, la sua ammissibilità viene negata dall'orientamento giurisprudenziale prevalente, sia di legittimità[1068] sia di merito[1069], secondo l'argomento che esclude la compatibilità tra tale soluzione e la regola della responsabilità patrimoniale individuale ed universale; verso lo stesso esito converge la letteratura

[1063] Tra le pronunce che possono richiamarsi, nelle quali è ricorrente il riferimento alla sede effettiva del debitore, Trib. Benevento, 19 ottobre 2011, cit.; Trib. Roma, 14 novembre 2012, cit.; Trib. Ravenna, 6 marzo 2013, in *IlCaso.it*; Trib. Roma, 18 aprile 2013, cit.. Per la dottrina, N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., 3050-3051, i quali mettono in risalto la necessità a tal fine di individuare in un unico luogo la sede effettiva e far prevalere questa su quella legale. Perplesso verso quest'orientamento, P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, cit., 39. Con riguardo al profilo della competenza territoriale, occorre riportare che il Progetto Rordorf, all'art. 1, lett. *f*), propone di "recepire, ai fini della disciplina della competenza territoriale, la nozione europea di 'centro degli interessi principali del debitore' (COMI)"; da tale innovazione potrebbe derivare un ulteriore impulso a considerare competente un unico tribunale per le società del gruppo.

[1064] M. VITIELLO, *Il concordato preventivo "di gruppo"*, cit., 4; S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, cit., 111; V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, cit., 137; N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., 3052.

[1065] M. VITIELLO, *Il concordato preventivo "di gruppo"*, cit., 4; S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, cit., 110; N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., 3052; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3364.

[1066] Trib. Roma, 14 novembre 2012, cit.; Trib. Monza, 24 aprile 2012, cit.; Trib. Ravenna, 6 marzo 2013, cit.; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3364, favorevole anche alla redazione di un unico documento.

[1067] Espressamente così, Trib. Roma, 14 novembre 2012, cit.; Trib. Roma, 18 aprile 2013, cit.; Cass. civ., Sez. I, 8 febbraio 1989, n. 795, in *Foro it.*, 1989, I, 1; Cass. civ., Sez. I, 25 settembre 1990, n. 9704, in *Giur. comm.* 1992, II, 199, con nota redazionale di R. Marinoni; Cass. civ., Sez. I, 27 giugno 1990, n. 6548, in *Dir. Fall*., 1990, II, 1349; Cass. civ. Sez. I, 2 luglio 1990, n. 6769, in *Soc*., 1990, 1613; Cass. civ., Sez. I, 9 maggio 1992, n. 5525, in *Fall*., 1992, 811; Cass. civ., Sez. I, 14 aprile 1992, n. 4550, sempre in *Fall.*, 1992, 811. Allo stesso modo, per la dottrina, S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, cit., 109; M. GARCEA, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, cit., 964.

[1068] Cass. civ., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20559, in *Giur. it*., 2016, 395, con nota di Al. Di Majo, *Concordato preventivo il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*, secondo cui "in presenza di un concordato di diverse società legate da rapporti di controllo, anche ove soggette a direzione unitaria, occorre tenere distinte le masse attive e passive, che conservano la loro autonomia giuridica, dovendo restare separate le posizioni debitorie e creditorie delle singole società"; Cass. civ., Sez. VI, 13 luglio 2018, n. 18761, in banca dati *Iusexplorer on line*; Cass. civ., Sez. I, 17 ottobre 2018, n. 26005, cit., affermando che "la necessaria separazione delle masse attive e passive rappresenta [...] anche in ragione del meccanismo di formazione delle maggioranze necessarie, un dato imprescindibile della normativa".

[1069] App. Roma, 5 marzo 2013, cit.; Trib. Roma, 18 aprile 2013, cit.; Trib. Foggia, 1 dicembre 2011, cit.; Trib. Asti, 24 settembre 2012, cit.. Conclusioni differenti sono proposte per gli accordi di ristrutturazione dei debiti da S. POLI, *Il "concordato di gruppo": i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale (Parte I)*, in *Contr. imp*., 2014, 1352.

prevalente[1070]. Un orientamento nettamente recessivo ammette invece la possibilità di consolidare le masse tra le società del gruppo[1071].

In questo contesto incerto si collocano le soluzioni escogitate dalla prassi per conseguire l'unicità della procedura concorsuale. Si possono richiamare quelle che poggiano sulla costituzione di una società di persone[1072] partecipata da quelle del gruppo in crisi ovvero sulla loro fusione.

Il primo tentativo passa attraverso la formazione da parte delle società in crisi, che conferiscono per intero i loro patrimoni, di una in nome collettivo, la cui costituzione viene espressamente condizionata all'omologazione del concordato che il nuovo soggetto ha lo scopo di presentare. A questa procedura domandano poi di essere ammesse, in quanto illimitatamente responsabili, le singole società-costituenti. L'operazione descritta, nelle intenzioni di chi la promuove, serve a radicare la competenza territoriale presso lo stesso ufficio giudiziario, e, soprattutto, a consentire la formazione di un'unica massa attiva e passiva ed un'unica votazione dei creditori. Tuttavia, operazioni di questo tipo, seppur

[1070] Così D. VATTERMOLI, *Concorso ed autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 378 ss.; M. FABIANI, *Il gruppo di imprese nella sentenza di omologazione del concordato preventivo*, in *Fall*., 1998, 293; D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2006, 1214; G. LOMBARDI-P.D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, cit., 728; G. FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, cit., 257; M. VITIELLO, *Il concordato preventivo "di gruppo"*, cit., 5-6; S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, cit., 114, per il quale sarebbe "il principio generale della '*privity of contract*', codificato nel nostro ordinamento all'interno dell'art. 1372 c.c. a precludere, in assenza di norme che espressamente la consentano, forme di aggregazione delle masse passive ai fini del voto sulla proposta di gruppo"; P.G. DEMARCHI ALBENGO, *Il concordato delle società*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 2, Milano, 2016, 2846; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3362-3363.

[1071] Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, cit., ove si precisa che la "previsione di un'unica massa attiva da ripartire tra i creditori di tutte le società" non fa venire meno la necessità "di tenere adunanze separate e votazioni distinte con conseguenti, rispettive e distinte maggioranze"; Trib. Ancona, 22 settembre 2006, inedita.

[1072] La disciplina delle società di persone incrocia quelle del gruppo e della crisi d'impresa anche in virtù dell'orientamento giurisprudenziale stando al quale in certe ipotesi sarebbe possibile superare il dato formale e l'autonomia di ciascun ente per: individuare una società di persone irregolare tra coloro che controllano il gruppo; dichiarare un unico fallimento per le società insolventi, la società-*holding* di fatto e i suoi componenti, in quanto illimitatamente responsabili; arrivare, stante l'unicità della procedura, al consolidamento delle masse patrimoniali. Così Cass. civ., Sez. I, 18 novembre 2010, n. 23344, in banca dati *Iusexplorer on line*; Trib. Messina, 10 febbraio 1996, in *Giur. it*., 1996, I, 2, 533, con nota di E. Gliozzi, *Direzione unitaria di un gruppo di società e confusione dei patrimoni*; Trib. Messina, 24 dicembre 1993, ove si afferma che "la valutazione sostanzialmente unitaria dei segmenti di impresa [...] impone, anche a tutela della parità di condizioni dei creditori, la unificazione delle masse attive e passive e la formazione di un solo stato passivo nel quale consentire la confluenza di tutti i creditori interessati"; Trib. Messina, 8 marzo 1994, entrambe in *Banca, borsa, tit. cred*., 1995, II, 240, con nota di M. Miola, *Osservazioni a Trib. Messina 24 dicembre 1993 e 8 marzo 1994 in tema di unicità della procedura fallimentare nei confronti di società di capitali utilizzate come schermo di società di fatto*. È opportuno precisare che il percorso logico seguito in queste decisioni sembra essere quello del superamento dello schermo societario, pensato per reprimere gli abusi, e non quello del consolidamento delle masse come conseguenza della mera appartenenza di più società allo stesso gruppo. Un argomento contro quest'orientamento può essere fornito, per i casi in cui la società di fatto veda la partecipazione di società di capitali, dalla tesi secondo cui la partecipazione in via di fatto di una società di capitali in una di persone sarebbe in urto contro l'art. 2361, comma 2, cod. civ., il quale prevede la necessità di una delibera autorizzativa dei soci per l'acquisto di partecipazioni che comportino la responsabilità illimitata; così Trib. Torino, 4 aprile 2007, in *Vita not.*, 2007, 766.

accolte dalla giurisprudenza di merito[1073], sono contrastate e giudicate inammissibili da quella di legittimità[1074].

Anche la fusione delle diverse società in una sola, che raccolga in sé i debiti e la connesse responsabilità per formulare una propria proposta, presenta numerosi inconvenienti, che permangono tanto se il procedimento di fusione si perfeziona prima quanto dopo l'ammissione alla procedura. In primo luogo, la necessità di attendere la conclusione di tale procedimento comporta una dilatazione dei tempi talvolta inconciliabile rispetto alla necessità di interventi tempestivi contro la crisi[1075]. Significative incertezze sono poi determinate dalla possibilità di opposizioni dei creditori alla fusione[1076] ovvero di azioni revocatorie, ammesse da un orientamento giurisprudenziale anche per atti di natura organizzativa[1077], come pure dalla eventualità che i soci dissenzienti possano esercitare il diritto di recesso, col conseguente obbligo per la società di rimborsare la quota.

75. Il consolidamento delle masse nel diritto comparato

La mancanza di una disciplina sul consolidamento delle masse patrimoniali rappresenta un dato comune alla maggioranza degli ordinamenti[1078], nonostante indicazioni in favore della

[1073] Per l'ammissibilità del concordato in simili casi, Trib. La Spezia, 27 aprile 2011, in *IlCaso.it*, ove si rileva che una operazione come quella che si è descritta "non può essere qualificata come un concordato di gruppo mascherato e quindi vietato in quanto tale [...] perché formalmente non si tratta di un concordato di gruppo"; App. Genova, 23 dicembre 2011, cit.; Trib. Palermo, 4 giugno 2014, cit..

[1074] Cass. civ., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20559, cit..

[1075] Tale ostacolo potrebbe essere in parte superato ricorrendo nelle more della fusione al concordato c.d. "in bianco". Secondo Trib. Roma, 21 dicembre 2012, in *Dir. fall*., 2013, II, 354, con nota di M. Garcea, *L'autorizzazione alla fusione nel concordato con riserva*, la fusione è atto eccedente l'ordinaria amministrazione, come tale ricompreso tra quelli che devono essere autorizzati ai sensi dell'art. 161, comma 7, l. fall..

[1076] Così V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, M. Campobasso-V. Carriello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), vol. III, San Mauro Torinese, 2014, 2612-2613, il quale però circoscrive la legittimazione ad opporsi ai sensi dell'art. 2503, comma 1, cod. civ. ai soli creditori di società *in bonis* eventualmente coinvolte.

[1077] Il tema si pone in giurisprudenza soprattutto in relazione alla natura assorbente dell'opposizione dei creditori e per lo più con riguardo ad operazioni di scissione, mediante le quali sovente si cerca di sottrarre parte del patrimonio sociale al fallimento imminente. A favore del rimedio revocatorio, Trib. Venezia, 5 febbraio 2016, in *Fall.*, 2017, 51, con nota di P. Pototschnig, *Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperto per la tutela dei creditori?*; Trib. Pescara, 4 maggio 2017, in *Soc*., 2017, 1082, con nota di M. Maltoni-M.S. Spolidoro, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*; Trib. Benevento, 17 settembre 2012, in *IlCaso.it*. Contro, invece, App. Catania, 19 settembre 2017, in *Fall.*, 2018, 902, con nota di P. Pototschnig, *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*; Trib. Bologna, 1 aprile 2016, in *Fall.*, 2017, 48, con nota di P. Pototschnig, *Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperto per la tutela dei creditori?*; Trib. Roma, 7 novembre 2016, in *Giur. comm*., 2018, II, 141, con nota di M. Pin, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*; Trib. Napoli, 31 ottobre 2013, in *Riv. dir. comm*., 2014, II, 111, con nota di C. Angelici, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*; Trib. Roma, 11 gennaio 2001, in *Dir. fall*., 2001, II, 442, con nota di Di Gravio, *La revocatoria fallimentare dell'attribuzione dei beni della scissione delle società*. La questione forma oggetto del provvedimento di rimessione alla Corte di Giustizia UE da parte di App. Napoli, 20 marzo 2018, in *Fall*., 2018, 7, 934.

[1078] Un esame comparatistico riferito a numerosi ordinamenti (Australia, Belgio, Brasile, Camerun, Canada, Repubblica Popolare Cinese, Repubblica Ceca, Inghilterra, Francia, Germania, Israele, Messico, Olanda, Polonia, Sud Africa, Corea del Sud, Spagna, Tanzania, Stati Uniti d'America) è presente in AA. VV., *Commencement of insolvency proceedings*, D. Faber-N. Vermunt-J. Kilborn-T. Richter (a cura di), Oxford, 2012, *passim*.

sua introduzione vadano maturando nella prospettiva della armonizzazione tra sistemi giuridici[1079]. Tuttavia, non mancano ordinamenti, sia di *common* che di *civil law*, che consentono la confusione delle masse patrimoniali[1080]. Tra i primi una particolare attenzione merita quello statunitense, nel quale il consolidamento delle masse esiste come creazione della autonomia privata[1081], prima, e della giurisprudenza di *equity*, poi, che ne individuano la

[1079] Così nel progetto *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. Treatment of enterprise groups in insolvency*, Wien, 2012, 59 ss..

[1080] Riferendosi al diritto positivo si possono richiamare l'ordinamento neozelandese e quello irlandese.
Una disciplina legislativa è contenuta nel Companies Act neozelandese del 1993. Tra le disposizioni sulla procedura di *liquidation* compare la Section 271, comma 1, in cui si prevedde che su richiesta del liquidatore, di un creditore o di un socio, "the court, if satisfied that it is just and equitable to do so, may order that: (a) a company that is, or has been, related to the company in liquidation must pay to the liquidator the whole or part of any or all of the claims made in the liquidation; (b) where 2 or more related companies are in liquidation, the liquidations in respect of each company must proceed together as if they were 1 company to the extent that the court so orders and subject to such terms and conditions as the court may impose". Per l'esame di questa disciplina e anche di quella, di origine giurisprudenziale, australiana sul consolidamento delle masse, J.H. FARRAR, *Legal issues involving corporate groups*, in 16 *Company and securities Law Journal* 1998, 184 ss.; R.P. AUSTIN, *Corporate groups*, in *Corporate personality in the 20th century*, R. Grantham-C. Ricket (a cura di), Oxford, 1998, 82 ss.; L. TAYLOR, *Liquidation*, in *Companies and securities law in New Zealand*, J. Farrar (a cura di), Wellington, 2008, 927 ss..
Anche il Companies Act irlandese del 2014 consente il consolidamento delle masse, regolato dalla Section 600. La disposizione prevede: "(1) Where 2 or more related companies are being wound up and the court, on the application of the liquidator, or any creditor or contributor, of any of the companies, is satisfied that it is just and equitable to do so, it may make the following order. (2) That order is one that, to the extent specified in the order, the companies shall be wound up together as if they were one company, and if such an order is made, it shall, subject to the provisions of this section, have effect and all the relevant provisions of this Part shall apply accordingly. (3) The court may specify that that order shall be subject to such terms and conditions as the court thinks fit. (4) In determining those terms and conditions, the court shall have particular regard to the interests of those persons who are members of some, but not all, of the companies. (5) Where the court makes an order under this section: (a) the court may remove any liquidator of any of the companies, and appoint any person to act as liquidator of any one or more of the companies, (b) the court may give such directions as it thinks fit for the purpose of giving effect to the order, (c) nothing in this section or the order shall affect the rights of any secured creditor of any of the companies, (d) debts of a company that are to be paid in priority to all other debts of the company pursuant to sections 621 and 622 shall, to the extent that they are not paid out of the assets of that company, be subject to the claims of holders of debentures under any floating charge created by any of the other companies, (e) unless the court otherwise orders, the claims of all unsecured creditors of the companies shall rank equally among themselves. (6) In deciding whether it is just and equitable to make an order under this section, the court shall have regard to the following matters: (a) the extent to which any of the companies took part in the management of any of the other companies; (b) the conduct of any of the companies towards the creditors of any of the other companies; (c) the extent to which the circumstances that gave rise to the winding up of any of the companies is attributable to the acts or omissions of any of the other companies; (d) the extent to which the businesses of the companies have been intermingled. (7) Notwithstanding any other provision, it shall not be just and equitable to make an order under this section if the only ground for making the order is: (a) the fact that a company is related to another company, or (b) that creditors of a company being wound up have relied on the fact that another company is or has been related to the first-mentioned company. (8) Notice of an application to the court for the purposes of this section shall be served on every company specified in the application, and on such other persons as the court may direct, not later than the end of the 8th day before the day the application is heard. (9) Without prejudice to subsection 8, where a related company, the subject of an application for an order under this section, is a credit institution, a copy of the application shall be sent by the applicant to the Central Bank which shall be entitled to be heard by the court before an order is made". Per l'analisi di questa disciplina, T.B. COURTNEY, *Realisation and distribution of assets in a winding up*, in *The law of companies*, T.B. Courtney (a cura di), Dublin, 2016, 1962 ss.; A. THUILLIER, *Company law in Ireland*, Dublin, 2015, 299-300.

[1081] La considerazione che la *substantive consolidation* è una creazione dell'autonomia privata prima ancora che della giurisprudenza è svolta da D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, I, 594-595, mettendo in risalto che il consolidamento si realizza nell'ambito di soluzioni negoziate della crisi, sicché forma oggetto di una proposta ai creditori, che in caso di dissenso è sottoposta alla valutazione del giudice.

fonte indiretta nella Section 105 (a) dell'United States Bankruptcy Code[1082]. Tra i sistemi di *civil law* si distinguono quello spagnolo e quello francese. In ordine al primo, la disciplina dei *concursos conexos* (di seguito, e per mera praticità espositiva, indicati anche come "concorsi collegati"), pur senza disconoscere la personalità giuridica delle singole società né introdurre una procedura concorsuale per il gruppo, deroga alla regola di "*exclusividad procedimental subjectiva*", la quale discende dalla relatività del rapporto obbligatorio e vorrebbe per ciascuna procedura concorsuale un solo debitore ed un solo patrimonio in garanzia[1083]. Nel sistema francese, invece, pur senza alcun riferimento testuale al gruppo si sono introdotte disposizioni che sembrano indirizzare per il consolidamento sia procedurale che materiale.

76. Substantive consolidation *nel sistema statunitense*

Nella letteratura statunitense è di uso corrente l'espressione *substantive consolidation* per indicare la prassi, inaugurata nel 1941[1084], di riunire in un'unica massa di quelle riferibili alle diverse società del gruppo, i cui patrimoni e rapporti vengono trattati come se appartenessero a un unico titolare: "substantive consolidation is a procedure used in bankruptcy in which the assets and liability of one or more entities are combined and treated as belonging to a single enterprise"[1085]; "the liabilities and assets of the various entities are put into the same pot, and the assets are distributed ratably among the general creditors"[1086]. Effetto del consolidamento materiale "is to attach liability to *enterprises* rather than *entities*"[1087]. Si risale così dalla individualità giuridica di ciassuna persona giuridica alla unitarietà economica dell'impresa[1088]. La *substantive consolidation* determina perciò conseguenze che vanno ben oltre il piano procedurale[1089], arrivando talvolta perfino ad estendere la procedura concorsuale al patrimonio di società del gruppo non insolventi[1090].

[1082] La disposizione stabilisce: "the court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. No provision of this title providing for the raising of an issue by a party in interest shall be construed to preclude the court from, sua sponte, taking any action or making any determination necessary or appropriate to enforce or implement court orders or rules, or to prevent an abuse of process". Diversamente stanno le cose per la *procedural consolidation*, che è espressamente riconosciuta dalla Rule 1015, subsection *b*), del Federal Rules of Bankruptcy Procedure. La disposizione richiamata stabilisce: "if a joint petition or two or more petitions are pending in the same court by or against: 1) spouses, or 2) a partnership and one or more of its general partners, or 3) two or more general partners, or 4) a debtor and an affiliate, the court may order a joint administration of the estates". Rispetto al consolidamento materiale, D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, cit., 602-603, manifesta alcuni dubbi sulla possibilità di ricavare un *substantive power*, quale è quello di ordinare il consolidamento delle masse dalla Section 105 (a) dell'United States Bankruptcy Code.

[1083] Su tale regola e la deroga introdotta con la disciplina dei concorsi collegati, Auto Juzgado de lo Mercantil n. 8 de Madrid, 30 gennaio 2014.

[1084] Sampsell vs. Imperial Paper & Color Corp., 313 U.S. 215 (1941).

[1085] R. SCHUPP, *Substantive consolidation: the evolution and use of an equitable power*, in 96 *Commercial law journal* 1991, 418.

[1086] D.G. BAIRD, *Substantive consolidation today*, in 47 *Boston college law review* 2005, 6.

[1087] L.M. LOPUKI, *The death of liability*, cit., 67 (corsivi dell'Autore).

[1088] Proprio richiamando il primo caso di substantive consolidation, A.A. BERLE JR., *The theory of enterprise entity*, cit., 349, osserva che "where several corporations became in effect a single enterprise and merged their operations, their several entities were disregarded and their respective assets and liabilities were pooled in a common pot which represented, substantially, the actual enterprise of which they were part".

[1089] Per P.I. BLUMBERG-K.A. STRASSER-N.L. GEORGAKOPOULOS-E.J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, vol. II, cit., 88-4, "substantive consolidation [...] not only involves such a procedural device but also involves the

La mancanza di una base testuale che fissi condizioni ed effetti del consolidamento è all'origine di una evoluzione, dietro la quale si pongono diversi modi di intenderne la funzione[1091]. In una prima fase l'unificazione delle masse viene spiegata in chiave repressiva, con la finalità di sanzionare gli abusi della personalità giuridica[1092]: poiché alla sua costituzione ricorre per scomporre un patrimonio in masse distinte e limitare la responsabilità patrimoniale, la reazione agli abusi può consistere nella negazione di quella frammentazione, e quindi proprio nella formazione di un'unica massa[1093]. In una fase successiva la *substantive consolidation* sembra piegarsi a ragioni di efficienza del concorso, e quindi alla finalità di evitare i costi e i tempi necessari a separare i rapporti e i beni riferibili a ciascuna società nelle ipotesi di particolare complessità[1094]. In anni più recenti, il consolidamento viene fondato sulla necessità di proteggere i creditori che senza colpa abbiano fatto affidamento non sul patrimonio della singola società, ma su quello dell'intero gruppo[1095]; si torna così ad una funzione *lato sensu* sanzionatoria: il gruppo che agisce ingenerando nei terzi una errata percezione sull'identità del debitore è punito con la perdita della responsabilità limitata connessa all'autonomia patrimoniale di ciascuna persona giuridica.

---

pooling of the assets and liabilities of the affiliated debtors and the elimination of intercompany claims and guaranties".

[1090] Così *In re* Creditors Service Corp., 1996 Bankr. 1014, 20 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 486 (Bankr. D. Colo. 1988); B. OSTRIN, *A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates*, in 91 *Commercial Law Journal* 1986, 361.

[1091] Per un approfondito esame delle linee della giurisprudenza statunitense, D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, cit., 591 ss.; P.I. BLUMBERG-K.A. STRASSER-N.L. GEORGAKOPOULOS-E.J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, vol. II, cit., 88-9 ss..

[1092] Così nella decisione più risalente, Sampsell vs. Imperial Paper & Color Corp., 313 U.S. 215 (1941); Stone v. Eacho (In re Tip Top Tailors, Inc.), 127 F.2d 284 (4th Cir. 1942); Soviero v. National Bank of Long Island, 328 F.2d 446 (2nd Cir. 1964). In questi termini parrebbe anche, per la dottrina, B.A. RIEMER, *Claims against bankrupt corporations based on advances by controlling stockholders or parent corporations*, in 73 *Commercial Law Journal* 1968, 276.

[1093] U.S. Supreme Court Consolidated Rock Products Co. v. Du Bois, 312 U.S. 510 (1941). Per G. ASHE, *The corporate entity in bankruptcy: subordination-consolidation-merger*, in 46 *American Bankruptcy Law Journal* 1972, 291, "certainly claims of separate identity are justifiable when there is a clear showing that the purpose of incorporation was to carry on legitimate business activities, and that in fact such activities were carried on by the corporation with all attendant formalities. But where the facts show a paucity of such activity, manipulation or mismanagement, or a total disregard of corporate or fiduciary responsibility, separate entity can no longer remain inviolate". Un particolare utilizzo del consolidamento delle masse può trovarsi nell'orientamento che ne ammette l'efficacia retroattiva per reprimere comportamenti fraudolenti e rendere inefficace verso i creditori il trattamento preferenziale precedentemente accordato a qualche creditore; così *In re* Bonham, 226 Bankr. 56 (Bankr. D. Alaska 1998).

[1094] Chemical Bank New York Trust Co. vs. Kheel, 369 F.2d 845 (2d Cir. 1966), secondo cui "when the interrelationship of the group are hopelessly obscured and the time and expense necessary even to attempt to unscramble them so substantial as to threaten the realization of any assets for all creditors, equity is not helpless to reach a rough approximation of justice to some rather than deny any to all"; *In re* Flora Mir Candy Corp., 423 F.2d 1060 (2d Cir. 1970); Talcott vs. Wharton, 517 F.2d 1001 (2nd Cir. 1975).

[1095] Soviero v. Franklin Nat. Bank, 328 F.2d 446 (2d Cir. 1964); Drabkin vs. Midland-Ross Corp., 810 F.2d 270 (D.C. Cir. 1987); Augie vs. Restivo Banking Co., 860 F.2d 519. Peraltro, P.I. BLUMBERG-K.A. STRASSER-N.L. GEORGAKOPOULOS-E.J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, vol. II, cit., 88-22, notano che l'affidamento dei creditori sul patrimonio dell'intero gruppo trova una implicita conferma proprio nelle successive difficoltà di distinguere i rapporti riferibili a ciascuna persona giuridica.

Il consolidamento delle masse, quale rimedio equitativo, trova la propria giustificazione nella finalità di assicurare ai creditori il giusto trattamento[1096] e, secondo taluno, il miglior soddisfacimento[1097].

In linea con questa premessa, la giurisprudenza individua taluni criteri per stabilire quando il pregiudizio che può derivarne per alcuni creditori impedisca il consolidamento oppure lo consenta solo in parte[1098]; in questo secondo caso si procede con un consolidamento parziale, concepito in maniera da riconoscere una sorta di privilegio generale ai creditori della società con il patrimonio più capiente[1099]. I criteri elaborati riguardano soprattutto due profili: la convenienza per i creditori e la necessità di proteggere l'affidamento di quelli in buona fede. La dottrina che si dedica all'esame della giurisprudenza statunitense distingue tre linee di tendenza[1100].

Una prima[1101] considera necessario per il consolidamento: che le società coinvolte abbiano operato sul mercato come un unico soggetto; che il consolidamento risulti strumentale alle finalità di evitare costi più elevati o di consentire un aumento dei ricavi. Secondo quest'orientamento i creditori dissenzienti possono impedire la creazione di masse comuni se dimostrano di aver risposto un ragionevolmente affidamento sul patrimonio della società debitrice[1102] e di poter subire un pregiudizio del consolidamento, salvo in tal caso che i vantaggi complessivi superino gli svantaggi.

Un altro criterio[1103] richiede che il vantaggio riguardi tutti i creditori, poiché la ricostruzione dei singoli patrimoni potrebbe risultare lunga e costosa ovvero addirittura impossibile; ciononostante i creditori dissenzienti possono impedire il consolidamento se dimostrano di avere fatto affidamento sul patrimonio della singola società debitrice[1104].

[1096] Augie vs. Restivo Banking Co., 860 F.2d 519, ove si legge che "sole purpose of substantive consolidation is to ensure the equitable treatment of all creditors"; *In re* Owens Corning Corp., 419 F.3d (3d Cir. 2005).

[1097] J.M. LANDERS, *Another word on parents, subsidiaries and affiliates in bankruptcy*, in 43 *University of Chicago Law Review* 1976, 531.

[1098] Così *In re* Continental Vending Machine Corp. 517 F2d 997 (2d Cir. 1975).

[1099] Così P.I. BLUMBERG-K.A. STRASSER-N.L. GEORGAKOPOULOS-E.J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, vol. II, cit., 88-5 e 88-19.

[1100] D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, cit., 595 ss..

[1101] Chemical Bank New York Trust Co. vs. Kheel, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966); Drabkin vs. Midland-Ross Corp. (*In re* Auto-Train Corp.), 810 F.2d 270 (D.C. Cir. 1987); Limited Gaming of America, Inc., 228 B. R. 275 (Bankr. N.D. Ok. 1998).

[1102] D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, cit., 595, sottolinea la natura oggettiva di questa verifica, dal momento che oggetto di controllo è anzitutto la ragionevolezza dell'affidamento. Un riferimento alla valutazione di ragionevolezza del giudizio elaborato dai creditori compare anche in J. HIGHTOWER, *The consolidation of the consolidations in bankruptcy*, cit., 484.

[1103] In tal senso, Augie vs. Restivo Banking Co., 860 F.2d 519; *In re* Continental Vending Machine Corp. 517 F2d 997 (2d Cir. 1975).

[1104] Il passaggio da un criterio oggettivo (quello della ragionevolezza dell'affidamento) ad uno soggettivo (quello del concreto affidamento di ciascun creditore) determina la possibilità che la percezione di un solo creditore impedisca l'adozione del consolidamento anche nei confronti di coloro che abbiano invece creduto di contrarre il credito verso l'intero gruppo; in questi termini, D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, cit., 598. Lo stesso Autore segnala però come in numerosi casi l'affidamento del creditore sullo specifico patrimonio sociale non sia reputato sufficiente ad impedire il consolidamento; così nelle decisioni *In re* WorldCom, 2003 WL 23861928, 37; New York Trust Co. v. Kheel (In re Seatrade Corp.), 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966).

In linea di continuità rispetto a questa prospettiva sembra collocarsi il criterio elaborato più di recente[1105], che al dichiarato fine di limitare i casi di consolidamento, richiede la prova che le società del gruppo abbiano agito come un organismo unitario, inducendo nei creditori l'impressione di avere dall'altra parte un unico soggetto[1106], oppure che le relazioni infragruppo risultino tanto intricate da impedire la definizione di masse separate; si precisa, infine, che il consolidamento può essere disposto purché vada a vantaggio di ciascun creditore individualmente.

77. Concursos conexos *nel sistema spagnolo*

Tra i sistemi di *civil law* una particolare attenzione rispetto ai temi della crisi di società organizzate in gruppo e della responsabilità patrimoniale merita quello spagnolo. Fino al 2011 l'orientamento prevalente tendeva ad escludere che l'appartenenza ad uno stesso gruppo[1107] potesse determinare il consolidamento delle masse[1108]. I termini del dibattito sono diversi da quell'anno.

Con la Ley 10 ottobre 2011, n. 38, si è introdotto nella Ley Concursal (in seguito, anche L.C.) un capitolo (il III del titolo I) contenente la disciplina dei *concursos conexos*. I primi due articoli di questo capitolo, il 25 ed il 25 *bis*, consentono l'apertura di un'unica procedura

[1105] *In re* Owens Corning Corp., 419 F.3d (3d Cir. 2005).

[1106] Questo criterio risulta allo stesso tempo fondato su elementi oggettivi, richiedendosi che siano stati i comportamenti delle singole società ad ingenerare una erronea percezione della realtà nei creditori, e soggettivi, richiedendosi la prova dell'effettivo affidamento da parte loro.

[1107] Quanto alla nozione rilevante per la disciplina concorsuale, la disposición adicional sexta alla L.C. opportunamente specifica che la nozione di gruppo da tenere in considerazione è quella stabilita nell'art. 42, comma 1, código de comercio, il quale dispone che "existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".

[1108] Così A. ROJO, *Sub art. 3*, in *Comentario de la Ley Concursal*, A. Rojo-E. Beltrán (dirs.), t. 1, Madrid, 2004, 224; J. SÁNCHEZ-CALERO, *Sub art. 3*, in *Comentarios a la legislación concursal*, J. Sánchez-Calero-A. Guilarte, t. 4, Valladolid, 2004, 166; M. DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO, *Sub art. 3*, in *Comentarios a la Ley Concursal*, R. Bercovitz (coordinator), vol. I, Madrid, 2004, 74 ss.; J.M. EMBID, *Grupos de sociedades y derecho concursal*, in *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Aa. Vv., t. 2, Madrid, 2005, 1901 ss.; J. FERRÉ, *El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal*, in *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Aa. Vv., t. 2, Madrid, 2005, 1945-1946. Per il consolidamento delle masse in caso di confusione tra i patrimoni tale da rendere impossibile o estremamente difficile l'individuazione di ciascuna massa, J. DUQUE, *El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal*, in *Comentarios a la Ley Concursal*, J. Pulgar-C. Alonso-A. Alonso-G. Alcover (dirs.), t. 1, Madrid, 2004, 205; per il consolidamento delle masse, e facendo riferimento soprattutto al superamento della personalità giuridica, Sentencia Audiencia Provincial n. 284 de Barcelona, 28 junio de 2011.

concorsuale per più creditori, legati da particolari relazioni personali o patrimoniali, inclusa l'appartenenza a uno stesso gruppo[1109], come pure la riunione di procedure già iniziate come individuali.

Gli effetti della procedura congiunta sono indicati nell'art. 25 *ter* L.C.. Il primo comma stabilisce che "los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas"; il secondo, che "excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados". Il primo comma pare escludere il consolidamento delle masse, sia formale che sostanziale: "sin consolidación de las masas", si dice. Il secondo, con una regola indicata dal legislatore stesso come eccezionale, permette un consolidamento limitato agli aspetti formali, tale da non comportare la riunione dei patrimoni individuali[1110]. Se questo sembra essere il senso letterale, una diversa interpretazione prevale nella letteratura teorica[1111] e pratica[1112], incline

[1109] Il problema se possano aversi *concursos conexos* in virtù di relazioni diverse da quelle indicate dalla legge tende ad essere risolto negativamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza; così J. PULGAR, *El concurso de sociedades integradas en un grupo*, in *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, A. Ledesma-A. Ureba-E. Velasco (dirs.), t. 2, Pamplona, 2011, 455; M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, Pamplona, 2014, 17.

[1110] Una regola analoga, circoscritta al consolidamento solo formale, è prevista nell'ordinamento argentino dall'art. 67, comma 3, Ley de concursos y quiebras; per l'esame di questa disposizione, J.C. RIVERA-H. ROITMAN-D.R. VÍTOLO, *Ley de concursos y quiebras*, t. 2, Buenos Aires, 2005, 160 ss.; D.R. VÍTOLO, *La ley de concursos y quiebras y su interpretación en la jurisprudencia*, t.1, Buenos Aires, 2012, 504.

[1111] A. LÓPEZ APARCERO, *Concepto de grupo de sociedades y concurso*, in *Anuario de derecho concursal*, 2012, 26, 262; F. CORDÓN, *Proceso concursal*, Pamplona, 2013, 111; E. DESDENTADO, *Grupo de sociedades y concurso de acreedores. Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de julio de 2014*, in *Anuario de derecho concursal*, 2015, 35, 277; M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, cit., 27 ss., la quale riconosce che il senso letterale depone per un consolidamento meramente formale, ma esclude questa soluzione per la inutilità che un consolidamento di questo tipo ai fini pratici. Di altro avviso parrebbe J. PULGAR, *El concurso de sociedades integradas en un grupo*, cit., 458.

[1112] Sull'interpretazione dell'art. 25 *ter* L.C. si sofferma Auto del Juzgado de lo Mercantil n.8 de Madrid, 30 gennaio 2014, cit., che con riguardo al primo comma afferma l'esistenza di una regola generale secondo cui i concorsi collegati non determinano la formazione di un'unica garanzia patrimoniale. Tuttavia, e passando all'altro comma, la decisione, nell'ammettere il consolidamento delle masse, afferma che: "(i). Se trata de una posibilidad excepcional, por que así lo recoge el precepto y por que así lo impone la naturaleza misma del proceso concusal [...] y la esencia del Derecho patrimonial, donde al acreedor le responde exclusivamente el patrimonio del deudor con el que está originariamente vinculado. (ii). Es un principio esencial del Derecho patrimonial, identificado bajo la denominación de relatividad obligacional, que la vinculación obligacional que surge entre acreedor y deudor, sujeta a la responsabilidad para el casi de cumplimiento del débito, exclusivamente el patrimonio de dicho deudor, y no de terceros sujetos, vd. art. 1.257 CC. Ningún otro patrimonio, de sujetos distintos que no hayan prestado su consentimiento para obligarse frente al débito (v. gr. fiadores o avalistas) o estén sometidos a ello por disposición legal que califique ciertos hechos (obligados por responsabilidad extracontractual), puede quedar sujeto al cumplimiento de aquellos débitos, por completo ajenos a su titular, lo que es de esencia para la seguridad jurídica del tráfico económico. (iii). Esta regla solo aparece rota en supuestos muy concretos, donde se hace precisa una respuesta sentada en razones de justicia material. Ello se da en casos en los que un comportamiento del propio deudor, fraudulento o no, coloca a los acreedores ante el riesgo de impago debido al traslado del patrimonio de dicho deudor a otra titularidad ajena a las relaciones obligacionales originales. Ello es lo que fundamenta doctrinas juriprudenciales como la del levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades, por abuso de la misma, en el ámbito mercantil, o la de responsabilidad extendida al grupo de sociedades, en el ámbito laboral. (iv). Parece que lo lógico sería que la consolidación concursal de masas de diversos concursos, cada uno referido a su deudor, respondiese precisamente a esas razones de justicia que han fundado las doctrinas excepcionales para extender

ad accantonare il testo per ammettere il consolidamento materiale. In questa prospettiva l'appartenenza al gruppo diventa suscettibile di assumere una duplice rilevanza, rispettivamente solo processuale o anche sostanziale: la prima, retta dal primo comma dell'art. 25 *ter* L.C., risulta orientata a una mera diminuzione dei costi e tempi della procedura, nell'interesse di tutti i creditori coinvolti; la seconda si spinge al piano sostanziale ed investe direttamente le regole sulla responsabilità patrimoniale individuale ed universale.

L'unificazione delle masse, per come configurata dal legislatore spagnolo (art. 25 *ter*, comma 2, L.C.), sembra rinunciare alla vocazione *lato sensu* sanzionatoria con cui è sorta nel sistema statunitense - quale forma di reazione all'abuso della personalità giuridica - per servire alle

---

la responsabilidad patrimonial de unos sujetos a otros ajenos originariamente, al menos en forma, a la relación jurídica obligacional. No obstante, el tenor literal del art. 25 ter.2 LC, al referirse a que ello obedecerá 'a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal', parece atenerse a un alcance mucho más formal que aquel en el que se fundan aquellas doctrinas de extensión de responsabilidad. Es decir, es como si la LC no estableciese este mecanismo, la consolidación, para dar una respuesta armónica a situaciones injustas, donde los acreedores de cada uno de los concursos quedan aislados dentro de él, limitada su pretensión de cobro exclusivamente contra la masa activa formalmente incluida en dicho concurso, aún en los supuestos en los que ello pueda resultar injusto, por haberse producido un fraccionamiento, por hechos anteriores del deudor, de lo que debió ser la masa activa, de derecho, de toda la situación de insolvencia de los deudores afectados en todos y cada uno de los concursos en cuestión. (v). La interpretación literal anterior del art. 25 ter.2 LC debe quedar matizada, ya que si bien la consideración de la consolidación como institución paliativa de situaciones injustas no es expresa, lo cierto y verdadero es que el efecto de la consolidación en los informes de la AC de cada concurso, llevará a la consecuencia inmediata de que los acreedores de cada concurso extiendan su expectativa de cobro sobre la masa activa de todos y cada uno de los concursos con masa consolidada, ya que aquel Informe del art. 74 LC rige el estatuto jurídico para el cobro de los acreedores, la afección de bienes, y determina luego las consecuencias de la liquidación y pago. (vi). Lo que desde luego no aparece ya soslayable en el texto del art. 25 ter.2 LC es el presupuesto habilitante para dar lugar a la consolidación, "cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en gasto o demora injustificados". El precepto no hace referencia a elemento alguno de carácter subjetivo sobre el desvalor de actuaciones previas del deudor, que puedan dar lugar a situaciones injustas para los acreedores, sino que se basa en el dato objetivo de la confusión patrimonial. Ello determina que no deba hacerse un juicio concursal sobre el levantamiento del velo social, sobre el abuso de personalidad jurídica, sobre la cesión ilegal de mano de obra entre sociedades del mismo grupo, a fin de dar respuesta a través de la consolidación a dichos comportamientos. Esas cuestiones deberán tener cobijo bajo otras valoraciones, pero no en la decisión sobre la consolidación de masas. Estén o no presentes dichos comportamientos, lo esencial es que exista una confusión patrimonial entre las masas de los concursos. (vii). Si por patrimonio se entiende el conjunto de activos y pasivos titularidad de un sujeto de Derecho, en cuanto a la extensión, existirá dicha confusión cuando concurra una conmixtión de los elementos típicos patrimoniales, esto es, los conjuntos de activos y pasivos, de modo que se afecta la generalidad o mayoría muy principal de dicho conjunto, de dichas masas de los distintos concursos, aún cuando algunos activos o pasivos aislados sean individualizables para cada concurso, los cuales serán no obstante arrastrados por la consolidación, ya que no puede ser parcial, pues en otro caso no existiría propiamente confusión patrimonial. Siguiendo con la extensión de la conmixtión, debe afectar tanto a pasivo como activo, no sólo a uno de tales aspectos, ya que el concepto de patrimonio es omnicomprensivo de ambos elementos. Y en cuanto al alcance de tal conmixtión, no se precisa que sea absoluta, sino que puede ser relativa, de modo que un esfuerzo deslindante sobre ese conjunto de activos y pasivos pudiera tener algún éxito, pero basta para dar lugar a la consolidación cuando dicho esfuerzo no aparezca justificado, no por razones de justicia material, sino prácticas, por su coste o tiempo que conllevará".

esigenze determinate dalla confusione dei patrimoni[1113] e dalla difficoltà di distinguerne con precisione i titolari senza pregiudizio per le finalità della procedura concorsuale[1114].

Prima di concludere è opportuno richiamare un precedente pronunciato dallo Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca[1115], utile per illustrare meglio l'orientamento che si è richiamato e le sue conseguenze. La decisione interviene nel contesto di una crisi comune a più di duecento società appartenenti al medesimo gruppo, per le quali era in realtà stato già disposto il consolidamento delle masse sulla base dell'art. 25 *ter* L.C.. Essa muove dall'istanza degli organi della procedura, volta a conseguire l'estinzione parziale del concorso, limitata alle società del tutto prive di beni, ai sensi della norma che consente la conclusione della procedura per insufficienza dell'attivo a soddisfare i crediti contro la massa (artt. 176, comma 1, n. 3, e 176 *bis* L.C.). La decisione accoglie la richiesta di estinzione parziale del concorso, in conseguenza della quale si deve cancellare la persona giuridica (art. 178, comma 3, L.C.). Le premesse del ragionamento riposano sull'orientamento che ammette il consolidamento delle masse e su quello - diffuso nella letteratura spagnola - secondo cui la cancellazione della persona giuridica non riveste efficacia costitutiva, bensì solo dichiarativa: essa, in altre parole, non determina il venir meno della personalità, che continua fino all'estinzione di tutti i rapporti giuridici. Fissate queste premesse, si comprendono il senso e lo scopo della decisione: al fine dichiarato di evitare i costi legati alla persistenza di tutte le società, si dispone l'estinzione della procedura per quelle prive di attivo e la loro la cancellazione. La procedura prosegue per le sole società dotate di attivo patrimoniale, ma a vantaggio di tutti i creditori, anche titolari di rapporti con società prive di attivo, dal momento che la loro cancellazione non estingue le obbligazioni, da pagare con la massa consolidata. In estrema sintesi: la procedura si estingue per le società prive di beni, senza che ciò ne estingua la personalità e i debiti; prosegue per quelle capienti; il consolidamento delle masse riunisce i debiti di tutte le società (anche di quelle cancellate) e i beni di quelle capienti; il ricavato della liquidazione forma a sua volta in un'unica massa, da dividere tra tutti i creditori (anche quelli di società cancellate).

La decisione solleva numerosi rilievi critici; primo fra tutti quello di considerare a certi fini i patrimoni delle singole società come separati - per modo d'esempio, quando si afferma la necessità di dichiarare l'estinzione della procedura per le società incapaci di soddisfare i crediti contro la massa - e a certi altri come aggregati in un unico patrimonio[1116]. Soprattutto, essa rende palesi le conseguenze del consolidamento. Alcuni creditori, e segnatamente quelli di società incapaci di far fronte perfino ai crediti contro la massa, i quali dal patrimonio del debitore non potrebbero ricavare nulla, conseguono un soddisfacimento superiore a quello atteso per circostanze - quali la difficoltà di distinguere ciascuna situazione patrimoniale e la crisi di altre società - estranee al singolo rapporto obbligatorio e nemmeno necessariamente

[1113] La confusione dei patrimoni ricorre "cuando no es posible determinar con seguridad si los bienes y derechos afectos a la responsabilidad patrimonial universal de un determinado deudor (art. 1911 CC) pertenecen a este o a otro de los deudores insolventes" (A. ROJO, *Sub art. 3*, cit., 221). Negli stessi termini J. SÁNCHEZ-CALERO, *Sub art. 3*, cit., 166, che indica la confusione come "la dificultad de atribuir una titularidad sobre determinados bienes y derechos a un determinado sujeto, como consecuencia de que sobre esos mismos bienes o derechos se proyecta la inervención de otros sujetos, o también porque esos elementos patrimoniales sono difícilmente diferenciables de otros de igual naturaleza pertenecientes a terceros".

[1114] Su questa diversa funzione rispetto al sistema statunitense si sofferma M. FLORES, *La conclusión parcial del concurso*, cit., 413.

[1115] Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Palma de Mallorca, 16 dicembre 2014, riportato in in *Anuario de derecho concrursal*, 2015, 36, 401, con nota di M. Flores, *La conclusión parcial del concurso*.

[1116] M. FLORES, *La conclusión parcial del concurso*, cit., 417-418.

percepibili al tempo in cui quel rapporto si è formato. Di riflesso, altri creditori ricevono meno di quanto potrebbero attendersi dalla destinazione al loro soddisfacimento della garanzia patrimoniale del singolo debitore, per la necessità di soddisfare anche creditori altrui. Andando più avanti con la fantasia, non è difficile immaginare conseguenze altrettanto importanti. Per dirne soltanto una, si pensi alla responsabilità degli organi sociali per atti di *mala gestio* ed al computo del danno risarcibile, il cui importo varia e potrebbe perfino ridursi a zero per le condizioni patrimoniali di altre società del gruppo[1117].

78. Confusion des patrimoines *nel sistema francese*

Una regola analoga a quelle appena viste è contenuta nel code de commerce francese.

Anche in quest'ordinamento il gruppo non è un soggetto, sicché non gli viene riconosciuto né un proprio patrimonio né, di conseguenza, un'autonoma responsabilità patrimoniale[1118]: "le patrimoine du groupe n'existe pas. Il n'est que la juxtaposition ou la combinaison comptable des patrimoines des diverses sociétés qui composent le groupe"[1119]. Tuttavia, una rilevanza del gruppo può essere ricavata, almeno in certe ipotesi, dall'art. L. 621-2, code de commerce[1120], il quale è contenuto nel libro dedicato alle imprese in difficoltà e stabilisce regole assimilabili a quelle precedentemente stabilite dall'art. L. 621-5[1121]. La disposizione attuale, al comma 2, prevede che "a la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale". Il comma successivo precisa che "dans les mêmes conditions, un ou plusieurs autres patrimoines du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure, en cas de confusion avec celui-ci. Il en va de même lorsque le débiteur a commis un manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13 ou encore une fraude à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure". L'applicazione di questa disposizione, contenuta nel titolo

[1117] La considerazione è condivisa da M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, cit., 84.

[1118] P. DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procedures collectives: confusion de patrimoines et responsabilité des members du groupe*, in *Revue des procédures collectives*, 1998, 130: "seuls les éléments du groupe ont la personnalité morale et conséquemment un patrimoine. Les members du groupe n'ayant, en outre, qu'un patrimoine, ne peuvent répondre que de leurs propres dettes. Dans les relations contractuelles ou extra-contractuelles, seul le patrimoine du débiteur ou de l'auteur du dommage est engage, mais l'integralité de ce patrimoine doit répondre de ces engagements".

[1119] B. GRELON-C. DESSUS-LARRIVÉ, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, in *Revue des sociétés*, 2006, 282.

[1120] Come pongono in luce B. GRELON-C. DESSUS-LARRIVÉ, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, cit., 282, la disposizione, senza richiamare espressamente i gruppi, fa riferimento a circostanze che sul piano fenomenologico sono frequenti soprattutto tra enti di uno stesso gruppo.

[1121] Questa disposizione prevedeva già la possibilità di estendere una procedura a più debitori, senza però consentire espressamente il consolidamento materiale oltre a quello procedurale. Il primo comma stabiliva infatti: "le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur est commerçant ou est immatriculé au répertoire des métiers. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas. S'il se révèle que la procédure ouverte doit être étendue à une ou plusieurs autres personnes, le tribunal initialement saisi reste competent". Il carattere prevalentemente procedurale della regola era riconosciuto da una parte della dottrina; così J.M. DELENEUVILLE, *Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques ou, le fabuleux destin de l'article L. 621-5 du Code de commerce*, in *Revue des procédures collectives*, 2002, 157.

della procedura di *sauvegarde*, è estesa mediante rinvii contenuti in altre parti del codice anche a quelle di *redressement* (art. L. 631-7) e *liquidation judiciaire* (art. L. 641-1, comma 1).

Il primo comma consente di estendere la procedura concorsuale aperta nei confronti di un debitore ad un terzo al ricorrere della *confusion des patrimoines* ovvero in caso di *fictivité de la personne morale*[1122].

Il secondo comma consente il medesimo effetto tra patrimoni separati di uno stesso debitore. Alle due ipotesi già viste si aggiungono la violazione grave della regola che impedisce di includere uno stesso bene in più masse patrimoniali distinte (L. 526-6, comma 2, code de commerce) e quella della regola che impone contabilità e rapporti bancari separati (L. 526-13, code de commerce) oppure la frode ai danni di un creditore titolare della garanzia patrimoniale generica (stabilita direttamente dall'art. L. 621-2, comma 3, code de commerce).

Per effetto del consolidamento delle masse la garanzia su uno dei patrimoni coinvolti si estende agli altri[1123]; di riflesso, anche il privilegio su una massa si estende alle altre[1124].

Secondo l'opinione prevalente l'estensione della procedura è ammissibile sia verso persone giuridiche che fisiche, non necessariamente esercenti una attività d'impresa[1125]. Soprattutto, non è necessario che il soggetto (o anche solo il patrimonio separato) cui viene estesa la procedura "principale" versi in condizioni di crisi o insolvenza[1126]: il presupposto dell'estensione è indipendente dalle condizioni patrimoniali e finanziarie del soggetto e può perciò darsi una procedura "in estensione" verso soggetti perfettamente solvibili. È inoltre possibile che una sola procedura coinvolga i creditori dell'impresa dissestata e quelli di un debitore non in crisi, coinvolti per la mera estensione della procedura aperta nei confronti del primo[1127]. In questo modo creditori sufficientemente garantiti dal patrimonio del debitore concorrono insieme a quelli dell'impresa in difficoltà[1128].

[1122] La società è considerata meramente fittizia nei casi in cui manchino gli elementi costitutivi del contratto di società, come nel caso in cui i suoi componenti non siano che prestanome del socio unico effettivo dell'impresa; così B. SOINNE, *Traité des procedures collectives*, Paris, 1995, 313; A. LIENHARD, *Sauvegarde des enterprises en difficulté. Le nouveau droit des procedures collectives*, Paris, 2006, 97; P. DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procedures collectives: confusion de patrimoines et responsabilité des members du groupe*, cit., 132-133.

[1123] A. LIENHARD, *Sauvegarde des enterprises en difficulté. Le nouveau droit des procedures collectives*, cit., 97; J.M. DELENEUVILLE, *Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques ou, le fabuleux destin de l'article L. 621-5 du Code de commerce*, cit., 163, seppur con alcune distinzioni relative al momento in cui avviene il riconoscimento del credito.

[1124] A. LIENHARD, *Sauvegarde des enterprises en difficulté. Le nouveau droit des procedures collectives*, cit., 97.

[1125] B. SOINNE, *Traité des procedures collectives*, cit., 311; A. LIENHARD, *Sauvegarde des enterprises en difficulté. Le nouveau droit des procedures collectives*, cit., 97; P. DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procedures collectives: confusion de patrimoines et responsabilité des members du groupe*, cit., 131.

[1126] A. LIENHARD, *Sauvegarde des enterprises en difficulté. Le nouveau droit des procedures collectives*, cit., 97; P. DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procedures collectives: confusion de patrimoines et responsabilité des members du groupe*, cit., 131; M.D. TRICOT, *La confusion de patrimoines et les procédures collectives*, in *Rapport de la Cour de Cassation 1997*, Aa. Vv., Paris, 1998, 166-167.

[1127] P. DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procedures collectives: confusion de patrimoines et responsabilité des members du groupe*, cit., 131; B. GRELON-C. DESSUS-LARRIVÉ, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, cit., 282.

[1128] P. DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procedures collectives: confusion de patrimoines et responsabilité des members du groupe*, cit., 131; B. GRELON-C. DESSUS-LARRIVÉ, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, cit., 282.

La regola può inoltre essere concepita secondo due prospettive diverse. Come già visto rispetto alla evoluzione del sistema statunitense, il consolidamento materiale può assolvere a due esigenze. Nella prospettiva sanzionatoria il consolidamento delle masse attuerebbe "principes généraux de droit commun relativement à l'abus de la personnalité morale, à la simulation ou à l'apparence"[1129]. Su questa prima funzione un diverso orientamento fa prevalere quella del contenimento dei tempi e dei costi della procedura, associando il consolidamento alla impossibilità di individuare masse distinte[1130].

Entrambe le letture giustificano l'affermazione secondo cui per il consolidamento delle masse non sono sufficienti la direzione unitaria né la mera comunanza di interessi[1131], le quali non necessariamente urtano contro l'autonoma considerazione di ciascun patrimonio. Occorre invece la presenza di fatti ulteriori. Nella giurisprudenza della Cour de Cassation è frequente il ricorso a due criteri, richiedendosi alternativamente: la tenuta di una contabilità non chiaramente distinta per ciascun patrimonio e flussi finanziari anomali tra le diverse società[1132]; la sussistenza di relazioni finanziarie anomale[1133]. Rigoroso corollario è che il

[1129] Così B. SOINNE, *Traité des procedures collectives*, cit., 308. In prospettiva sanzionatoria sembra intendere il consolidamento anche B. SAINTOURENS, *L'exigence de fait antérieurs au jugement d'ouverture pour caractériser la confusion des patrimoines*, in *Bulletin Joly*, 2001, 251.

[1130] A. LIENHARD, *Sauvegarde des enterprises en difficulté. Le nouveau droit des procedures collectives*, cit., 97; J.M. DELENEUVILLE, *Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques ou, le fabuleux destin de l'article L. 621-5 du Code de commerce*, cit., 161; Cour d'appel de Paris, 18 mai 2001, in *Bulletin Joly*, 2001, 980, con nota di B. Saintourens, *La prise en location-gérance par une société du fonds de commerce appurtenant à un associé à l'épreuve de la confusion des patrimoines*. In prospettiva analoga, N. MORELLI, *Propos iconoclastes sur la confusion des patrimoines. À propos de la réforme de l'article L. 621-2 du code de commerce*, in *Revue des sociétés*, 2015, 436-437, il quale sottolinea la possibile utilità del consolidamento rispetto ad operazioni di ristrutturazione.

[1131] B. SOINNE, *Traité des procedures collectives*, cit., 313-314; A. LIENHARD, *Sauvegarde des enterprises en difficulté. Le nouveau droit des procedures collectives*, cit., 97; J.F. BARBIÈRI, *Portée du cautionnement des dettes d'une société au sein d'un groupe: autonomie de la personne morale débitrice au regard du droit de cautionnement ed ouverture d'une procédure collective commune à la débitrice et à d'autres sociétés*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 1998, 110; J.M. DELENEUVILLE, *Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques ou, le fabuleux destin de l'article L. 621-5 du Code de commerce*, cit., 161; P. DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procedures collectives: confusion de patrimoines et responsabilité des members du groupe*, cit., 133; F. DERRIDA, *L'unité d'entreprise est-elle una cause autonme d'extension de la procédure de redressement judiciaire? Ètude de la jurisprudence*, in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offert à Jean Derruppé*, Paris, 1991, 31 ss.; B. GRELON-C. DESSUS-LARRIVÉ, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, cit. 2006, 291-292; N. MORELLI, *Propos iconoclastes sur la confusion des patrimoines. À propos de la réforme de l'article L. 621-2 du code de commerce*, cit., 433; Cour de Cassation, chambre commerciale, 25 mars 1997, in *Droit des sociétés*, 1997, 125; Cour de Cassation, chambre commerciale, 16 décembre 2014, in *Revue des sociétés*, 2015, 202; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 10 mars 1987, in *Revue des procédures collectives*, 1988, 347.

[1132] M.D. TRICOT, *La confusion de patrimoines et les procédures collectives*, cit., 168 ss., il quale svolge un'analisi della giurisprudenza di legittimità sul tema; F. DERRIDA, *A propos de l'extension des procedures de redressement ou de liquidation judiciaires*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, 1999, 689; J.M. DELENEUVILLE, *Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques ou, le fabuleux destin de l'article L. 621-5 du Code de commerce*, cit., 161 ss.; N. MORELLI, *Propos iconoclastes sur la confusion des patrimoines. À propos de la réforme de l'article L. 621-2 du code de commerce*, cit., 434, il quale aggiunge la necessità che i flussi finanziari anomali abbiano carattere di sistamaticità; Cour de Cassation, chambre commerciale, 24 octobre 1995, in *Legifrance.gouv.fr*; Cour de Cassation, chambre commerciale, 1 octobre 1995, in *Legifrance.gouv.fr*; Cour de Cassation, chambre commerciale, 14 octobre 1997, in *Legifrance.gouv.fr*.

[1133] Così Cour de Cassation, chambre commerciale, 5 mars 2002, in *Legifrance.gouv.fr*; Cour de Cassation, chambre commerciale, 7 janvrier 2003, in *Dalloz*, 2003, AJ, 347, includendo nella nozione di relazione finanziaria anomala la messa a disposizione di un'altra società del gruppo un immobile senza mai esigere il pagamento di alcun canone; Cour de Cassation, chambre commerciale, 14 janvier 2004, in *Legifrance.gouv.fr*;

consolidamento non si può giustificare per la mera presenza di rapporti contrattuali[1134]; dell'esercizio congiunto di attività funzioni amministrative o contabili[1135], come per la condivisione del servizio di tesoreria[1136]; per una rinuncia al credito fino al ritorno della controllata in condizioni di equilibrio patrimoniale e finanziario[1137].

79. Il consolidamento delle masse nel sistema dei rimedi

Il consolidamento delle masse determina problemi di inquadramento teorico; sia per l'individuazione degli istituti di riferimento nel nostro sistema sia per la necessità di distinguere da essa rimedi apparentemente ispirati alle stesse finalità.

Almeno nelle prime pronunce con cui negli Stati Uniti si è ammesso il consolidamento materiale, il rimedio si presenta analogo a quello, anch'esso conosciuto dalle corti di *common law*, solitamente indicato come *piercing the corporate veil*[1138]: ambedue sono impiegati dalla prassi giudiziaria per reprimere gli abusi dello strumento societario[1139]. Nonostante le somiglianze, i due rimedi sono diversi nei presupposti e negli effetti[1140]. Mentre il consolidamento delle masse è circoscritto al contesto concorsuale; il superamento della personalità giuridica può prescinderne[1141] e riguardare anche solo debitori non assoggettabili a procedure concorsuali. L'indagine comparatistica rivela che al primo rimedio si ricorre nei casi in cui le società del gruppo abbiano agito come un'unica impresa oppure l'individuazione dei rapporti riferibili a ciascuna società risulti complessa e dispendiosa; il superamento del velo, invece, fornisce rimedio contro anomalie patologiche e sanziona l'utilizzo della controllata come una articolazione interna della controllante, disconoscendo l'essenza normativa stessa della personalità giuridica[1142]. La prima è una regola

---

Cour de Cassation, chambre commerciale, 30 juin 2004, in *Legifrance.gouv.fr*; Cour de Cassation, chambre commerciale, 7 décembre 2004, in *Legifrance.gouv.fr*, facendo riferimento sia ai flussi che alle relazioni finanziarie anomale; Cour de Cassation, chambre commerciale, 15 mars 2005, in *Legifrance.gouv.fr*.

[1134] Cour d'appel de Paris, 18 mai 2001, cit..

[1135] Cour d'appel de Douai, 2 octobre 2003, in *Dalloz*, 2003, AJ, 2571, con nota redazionale di A. Lienhard.

[1136] Così Cour de Cassation, chambre commerciale, 19 avril 2005, in *Dalloz*, 2005, AJ, 1225, con nota redazionale di A. Lienhard; Cour de Cassation, chambre commerciale, 16 décembre 2014, cit., 202.

[1137] Cour d'appel de Paris, 7 septembre 2004, in *Dalloz*, 2004, AJ, 2500, con nota redazionale di A. Lienhard.

[1138] Che originariamente la *substantive consolidation* potesse ricondursi alla *piercing the corporate veil doctrine* è posto in risalto da D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, cit., 592.

[1139] Considerazioni in larga parte coincidenti a quelle svolte nel testo possono valere con riguardo agli strumenti escogitati più in là nel tempo per il nostro ordinamento, tra i quali possono richiamarsi l'istituto della simulazione e la figura dell'imprenditore occulto.

[1140] Diversamente, sembra assimilare consolidamento materiale dei patrimoni e superamento dello schermo societario, J. DUQUE, *El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal*, cit., 153. Le differenze sono invece piuttosto evidenti mettendo a confronto l'art. L. 621, code de commerce, riguardante la *confusion de patrimoines* e il vecchio testo l'art. 18, Loi n. 85-98 du 25 janvier 1985 (non più in vigore), sul superamento unidirezionale della responsabilità limitata in caso di abuso della persona giuridica; per l'esame di questa disciplina e delle tecniche per il superamento della distinta personalità più in generale, A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 435 ss..

[1141] Su tale distinzione, M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, cit., 48.

[1142] In termini simili sembra orientarsi l'analisi di F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Aa. Vv., Milano, 1969, 245, per il quale "l'affermazione della esistenza o inesistenza di una persona giuridica in un caso particolare è destinata ad esprimere sinteticamente la conclusione raggiunta circa la disciplina applicabile a quel caso". Per R. FRANCESCHELLI, *Introduzione*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Aa. Vv., Milano, 1987, 7, "parlare di

esclusivamente concorsuale, pensata per realizzare l'interesse creditorio senza disconoscere necessariamente la presenza di soggetti distinti; il superamento della personalità esprime invece in termini sintetici la negazione dello statuto giuridico proprio delle persone giuridiche, simulandone addirittura l'inesistenza. Diverse sono soprattutto le conseguenze. Il superamento del velo spiega un'efficacia unidirezionale e può anche riguardare un singolo rapporto: poiché suo titolare viene considerato non la persona giuridica, ma chi agisce suo tramite, l'obbligazione viene riferita direttamente a questo soggetto, senza che viceversa l'abusato debba rispondere anche per i debiti dell'abusante[1143]. Il consolidamento delle masse determina invece conseguenze bidirezionali e non circoscritte al singolo rapporto; si costituendo una responsabilità patrimoniale reciproca di ciascuna società per le obbligazioni delle altre, l'estinzione dei rapporti infragruppo e - almeno di regola[1144] - travolge l'intero universo dei rapporti patrimoniali[1145]. Proprio per questa ragione - come paiono avvertire il legislatore spagnolo e quello irlandese[1146], ma non quello francese - il rimedio, coerente e

---

«superamento» della personalità giuridica [...] è forse improprio, perché la personalità giuridica come concetto in sé non viene superato: ma solo adattato o ridotto nel suo contenuto".

[1143] La distinzione tra questi rimedi emerge con particolare chiarezza nella ormai risalente decisione Trib. Messina, 15 febbraio 1996, in *Giust. civ*., 1996, 1799, con nota di G. Lo Cascio, *Sull'abuso della personalità giuridica qualcosa si muove: recenti profili interpretativi nella giurisprudenza di merito*: rilevato l'utilizzo abusivo delle singole società da parte dei soci di controllo, la pronuncia estende nei loro confronti (*rectius*, alla società di fatto tra essi formata) la responsabilità per le obbligazioni di ciascuna persona giuridica, mantenendo però al tempo stesso separate tra di loro le masse patrimoniali riferibili alle singole società.

[1144] Come rileva M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, cit., 37 ss., nei casi di consolidamento soltanto parziale dei patrimoni le differenze rispetto all'ipotesi del superamento del velo societario, pur persistendo, sono meno evidenti (47).

[1145] La distinzione tra l'efficacia universale del consolidamento e quella particolare del superamento del velo è posta in luce dalla giurisprudenza statunitense: "'piercing the corporate veil' makes shareholders liable for corporate wrongs. Equitable subordination places bad-acting creditors behind other creditors when distributions are made. Turnover and fraudulent transfer bring back to the transferor debtor assets improperly transferred to another (often an affiliate). Substantive consolidation goes in a direction different (and in most cases further) than any of these remedies; it is not limited to shareholders, it affects distribution to innocent creditors, and it mandates more than the return of specific assets to the predecessor owner. It brings all the assets of a group of entities into a single survivor" (*In re* Owens Corning Corp., 419 F.3d (3d Cir. 2005)). In prospettiva analoga, D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, cit., 593-594; D. VATTERMOLI, *Concorso ed autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 379-380; L.M. LOPUKI, *The death of liability*, cit., 67; D.G. BAIRD, *Substantive consolidation today*, cit., 12, per il quale "veil-piercing allows the creditors of a subsidiary to reach the assets of the parent, but does not at the same time allow creditors of the parent to reach the assets of the subsidiary. In contrast, substantive consolidation puts all the assets in a common pool, and creditors of the various entities share it pro rata"; M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, cit., 47.

[1146] Si è già fatto cenno all'ordinamento irlandese, che alla Section 600 del Companies Act 2014 disciplina la *substantive consolidation*; un istituto che pare assimilabile al piercing the *corporate veil* è regolato dalla Section 599. La disposizione stabilisce: "(1) On the application of the liquidator or any creditor or contributory of a company that is being wound up, the court, if it is satisfied that it is just and equitable to do so, may make the following order. (2) That order is one that any company that is or has been related to the company being wound up shall pay to the liquidator of that company an amount equivalent to the whole or part of all or any of the debts provable in that winding up. (3) The court may specify that that order shall be subject to such terms and conditions as the court thinks fit. (4) In deciding whether it is just and equitable to make an order under this section the court shall have regard to the following matters: (a) the extent to which the related company took part in the management of the company being wound up; (b) the conduct of the related company towards the creditors of the company being wound up; (c) the effect which such order would be likely to have on the creditors of the related company concerned. (5) No order shall be made under this section unless the court is satisfied that the circumstances that gave rise to the winding up of the company are attributable to the acts or omissions of the related company. (6) Notwithstanding any other provision, it shall not be just and equitable to make an order under this section if the only ground for making the order is: (a) the fact that a company is related to another company, or (b) that creditors of the company being wound up have relied on the fact that another

giustificato rispetto a valutazioni di convenienza relative ai minori costi e ai maggiori ricavi della procedura concorsuale, risulta meno appropriato quale sanzione per l'abuso: il consolidamento delle masse potrebbe pregiudicare gli stessi creditori della "abusata", costretti a sopportare il concorso dei creditori dell'abusante sul patrimonio in garanzia, e dare luogo a liti incompatibili rispetto alle esigenze di celerità della procedura. In questa prospettiva, lo stesso riferimento al convincimento dei creditori di contrattare con un soggetto diverso dalla società debitrice quale ipotesi che consente il consolidamento induce qualche perplessità: in primo luogo, un simile errore potrebbe non dipendere dalla condotta del titolare della massa da consolidare; i suoi effetti, poi, coinvolgono l'intera massa dei creditori e non solo quelli che abbiano confidato in quei beni[1147]; infine, anche stavolta l'effetto potrebbe determinare il pregiudizio per i creditori della società "più ricca", benché estranei all'abuso.

Significative differenze corrono pure tra il consolidamento materiale e la responsabilità risarcitoria di una società del gruppo. Tale responsabilità potrebbe sussistere sia nel caso dell'amministratore di fatto della società in crisi[1148] che nell'ipotesi di esercizio di attività di direzione e coordinamento[1149]. All'amministratore di fatto viene riferita la disciplina prevista per il soggetto formalmente investito della funzione, la quale contempla una responsabilità risarcitoria - cioè la formazione di una nuova obbligazione - limitata al pregiudizio provocato e non l'estensione in capo a un terzo di quella patrimoniale per le obbligazioni già esistenti. Allo stesso modo, il soggetto che esercita la direzione e il coordinamento assume una responsabilità in caso di impiego dannoso del potere, la quale costituisce un debito verso il danneggiato, ma non la responsabilità con il proprio patrimonio per l'obbligazione altrui. Si tratta, insomma, di tecniche che costituiscono nuovi rapporti; non ampliano la garanzia patrimoniale per quelli già in essere.

Punti di contatto più numerosi collegano il consolidamento delle masse alla fusione[1150]. La differenza più consistente riguarda la sfera degli effetti. La fusione unifica i soggetti, e poi i

---

company is or has been related to the first-mentioned company. (7) For the purposes of this section: "company" includes any company, and any other body, which is liable to be wound up under this Act; "creditor" means a creditor, by assignment or otherwise, to whom the company is indebted in a sum exceeding € 10,000 or 2 or more creditors, by assignment or otherwise, to whom in aggregate the company is indebted in a sum exceeding € 20,000. (8) Where an application for an order under this section seeks to require a credit institution to contribute to the debts of a related company, a copy of every such application shall be sent by the applicant to the Central Bank which shall be entitled to be heard by the court before an order is made".

[1147] Considerazioni analoghe svolge M. FLORES, *La conclusión parcial del concurso*, cit., 412; M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, cit., 101-102, la quale ipotizza perciò l'opportunità di un consolidamento solo parziale.

[1148] Per considerare una persona giuridica come amministratore di fatto è anzitutto necessario ammettere l'estensione di tale qualifica oltre il campo delle persone fisiche. Per l'esame di questo problema, GIA. PESCATORE, *Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto*, in *Giur. comm*., 2014, II, 647 ss..

[1149] Sulle differenze tra amministrazione di fatto ed esercizio di direzione e coordinamento soffermano l'attenzione J. PULGAR, *El concurso de sociedades integradas en un grupo*, cit., 475-476; Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *Giur. comm*., 2014, II, 639, con nota di Gia. Pescatore, *Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto*, secondo cui mentre l'amministrazione di fatto "presuppone un'ingerenza completa e sistematica nella gestione sociale (direttive impartite, condizionamento delle scelte operative dell'ente) da parte di un soggetto privo, nell'ambito della società stessa, di una investitura formale", la direzione e coordinamento "attiene ad un'attività volta a coordinare la politica economica e le linee essenziali dell'attività delle società collegate, imprimendo una identità o conformità di indirizzi operativi a una pluralità di soggetti formalmente distinti, di modo che il 'gruppo' venga gestito in modo unitario".

[1150] Così, nella giurisprudenza statunitense, *In re* Parkway Calabasas Ltd., 89 B.R. 832 (Bankr. C.D. Cal. 1988), nella cui prospettiva risultano collegati il consolidamento delle masse e la fusione delle società debitrici.

rispettivi patrimoni, in uno solo; per quanto riguarda i rapporti in corso, la conseguenza è quella di un mutamento nella titolarità, per effetto della quale un nuovo soggetto è tenuto alla prestazione e responsabile con il proprio patrimonio. Il consolidamento, così come descritto nelle pagine che precedono, integra invece una vicenda della sola responsabilità e non del debito: mentre l'obbligo di eseguire la prestazione rimane in capo a ciascuna società, la responsabilità patrimoniale viene condivisa tra più debitori[1151]; si determina allora non quella dei debitori, ma semmai "una «fusione» di masse attive e di masse passive di soggetti formalmente distinti"[1152]. Non è più il patrimonio di ciascun debitore a rispondere dell'adempimento, come vorrebbe la lettera dell'art. 2740, comma 1, cod. civ., ma un "patrimonio" immaginario, riferibile a più soggetti[1153]: ciascun debitore non risponde più soltanto per le proprie obbligazioni e una nuova massa costituisce la garanzia per quelle di tutte le società[1154]. A certi fini - appunto quelli della responsabilità patrimoniale - i debitori sono trattati come uno solo, ma senza alcuna modificazione nella titolarità dei debiti e in quella dei beni. Osservato nella prospettiva dei singoli rapporti, il consolidamento configura una modificazione oggettiva delle obbligazioni, segnata da una deroga alla responsabilità patrimoniale individuale; la fusione, invece, un mutamento che interviene sul piano soggettivo[1155].

80. Inconvenienti nel consolidamento delle masse

Le considerazioni che precedono lasciano già intendere alcuni dei problemi che pone il consolidamento delle masse. La tecnica esaminata comporta uno spostamento di risorse che aggiunge ai normali conflitti della crisi societaria (tra debitore, creditori e soci) quelli tra le diverse società, i loro creditori e i soci.

[1151] In termini analoghi, M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, cit., 57 ss..

[1152] D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, cit., 588.

[1153] Per W.H. WIDEN, *Report to the American bankruptcy insistute: prevalence of substantive consolidation in large public company bankruptcies from 2000 to 2005*, in 16 *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., 2008, 28, "substantive consolidation destroys a pre-arranged match between a creditor and an asset because it ignores corporate forms used to create the match by treating multiple legal entities as a single entity".

[1154] Secondo M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, cit., 56, "desde un punto de vista negativo, el patrimonio de cada deudor deja de ser el único responsable de las deudas de este, las cuales dejan de satisfacerse exclusivamente con cargo al mismo. Desde un punto de vista positivo, se unifican las responsabilidades de los diversos deudores conexos".

[1155] La distinzione non è sempre chiaramente percepita nella dottrina statunitense, dove il consolidamento e la creazione di un unico soggetto sembrano talvolta confondersi. Per modo d'esempio, secondo J. HIGHTOWER, *The consolidation of the consolidations in bankruptcy*, cit., 470, "in substantive consolidation, the court magically transforms separate entities into one entity for bankruptcy distribution purposes". Una interferenza con l'elemento soggettivo si rileva anche nalla proposta di M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, cit., 55 ss., la quale ricostruisce la natura del consolidamento affermando che esso, pur lasciando intatta l'individualità di ciascun debitore, indirizzerebbe le pretese dei creditori su un nuovo patrimonio, da considerare come adespota ai fini della procedura concorsuale. Si avrebbe un mutamento soggettivo nella relazione obbligatoria: dall'adesione alla prospettiva dell'obbligazione come vincolo tra patrimoni si fa discendere l'idea che cambiando il patrimonio responsabile dovrebbe cambiare anche il lato passivo dell'obbligazione. Questo "estremo tentativo" di trovare una coerenza alla *substantive consolidation* rispetto alle categorie continentali sembra conseguire l'obiettivo. Sembra insuperabile il paradosso rappresentato da un mutamento soggettivo che non cambia il debitore, ma solo il patrimonio responsabile.

Il contrasto tra creditori non riguarda quelli titolari di una garanzia reale, almeno per la parte che può essere soddisfatta con il bene[1156]. Per gli altri, invece, il consolidamento determina un soddisfacimento a seconda dei casi maggiore o minore rispetto a quello che sarebbe altrimenti possibile[1157]. La principale ragione di questa conseguenza risiede nella diversa condizione patrimoniale e finanziaria di ciascuna società e nella eliminazione dei rapporti infragruppo. Lo svantaggio imposto ad alcuni creditori è di assoluta evidenza nel caso in cui l'area di consolidamento comprenda società del gruppo *in bonis*[1158]: i creditori di quelle in crisi ottengono più di quanto potrebbero aspettarsi, mentre quelli delle altre società rischiano di non soddisfare per intero il loro interesse, come avverrebbe senza il consolidamento. Inoltre, come si segnala in dottrina, un rimedio generale quale è il consolidamento tende ad ignorare la condizione soggettiva dei singoli creditori, potendo penalizzare quelli che abbiano concesso il credito in buona fede a scapito degli altri[1159]. È soprattutto adducendo queste ragioni che in Francia si propone l'eliminazione delle regole che permettono di consolidare le

[1156] D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, cit., 594.

[1157] "The bad news for certain creditors is that, instead of looking to assets of the subsidiary with whom they dealt, they now must share those assets with all creditors of all consolidated entities, raising the specter for some of a significant distribution diminution" (*In re* Owens Corning Corp., 419 F.3d (3d Cir. 2005)). In termini analoghi, J.M. LANDERS, *A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy*, in 42 *University of Chicago Law Review* 1975, 630, secondo il quale "when one of the constituent corporations is in significantly better financial condition than the other, the differences between consolidation, on the one hand, and separate bankruptcy proceedings or the liquidation of a solvent subsidiary, on the other, will be dramatic. If the bankrupts are consolidated, the claims of priority creditors of the poorer company will be promoted ahead of the claims of general creditors of the wealthier company, and those general creditors will now have to share the assets of the wealthier company with general creditors of the poorer company. If the wealthier company is a solvent subsidiary of a bankrupt parent, consolidation means that its creditors will receive something less than the payment in full they would have received absent the consolidation"; C.G. BERRY, *Consolidation in bankruptcy*, cit., 368-369; B. OSTRIN, *A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates*, cit., 353, per il quale il consolidamento "invariably imposes unequal treatment on creditors since those holding claims against a financially weaker entity always gain at the expense of those holding claims against a stronger one"; J. HIGHTOWER, *The consolidation of the consolidations in bankruptcy*, cit., 471-472; R. SCHUPP, *Substantive consolidation: the evolution and use of an equitable power*, cit., 418-419, per il quale "the creditors of the financially weaker entity gain while those creditors who dealt only with a financially sound entity are forced to share those assets with the weaker" (419); D.G. BAIRD, *Substantive consolidation today*, cit., 6; D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, cit., 605-606, che anche da tale circostanza fa dipendere il giudizio negativo verso il consolidamento materiale; D. VATTERMOLI, *Concorso ed autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 380-381. Sembrano invece troppo sbrigative e perciò poco convincenti le affermazioni che si leggono in Trib. Crotone, 28 maggio 1999, cit.: "con riferimento ai creditori, l'adozione di una procedura di gruppo è chiaramente conveniente. Infatti, benché essi nel divenire tali avessero verosimilmente fatto affidamento sulla solidità dell'intero gruppo, in difetto di un concordato di gruppo potranno avanzare la loro pretesa nei soli confronti dell'impresa debitrice, con la conseguenza di doversi limitare nei riguardi di un soggetto che potrebbe essere assolutamente incapiente, restando invece esclusi dal concorso sul patrimonio degli altri soggetti del gruppo, in ipotesi tutti, o alcuno, capienti. E vi è da aggiungere: sfociando alcune o tutte le singole procedure nel fallimento, la ricostruzione dei singoli patrimoni delle imprese del gruppo potrebbe dar luogo a spiacevoli sorprese per quei creditori che invece avessero riposto il loro affidamento sulla singola impresa debitrice. Infatti, all'esito dell'esperimento delle azioni revocatorie infragruppo, e una volta rivelata la complessa rete di garanzie reciproche con cui i soggetti del gruppo sono interconnessi, i vari patrimoni e i vari stati passivi potrebbero risultare profondamente diversi da quanto ci si sarebbe atteso".

[1158] Che invece nel sistema italiano l'appartenenza al gruppo non sia ragione sufficiente a giustificare l'apertura di una procedura concorsuale sembra pacifico e trova conferma nella disciplina dell'amministrazione straordinaria (art. 81, comma 1, d.l. 8 luglio 1999, n. 270); così P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, cit., 38; N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., 3051.

[1159] In questi termini, nel difendere il rimedio risarcitorio rispetto a quelli che superano la distinta autonomia patrimoniale della società, A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 479-480.

masse[1160] e una parte della dottrina suggerisce di sostituire il ricorso al consolidamento con quello alle norme già vigenti in tema di responsabilità di amministratori e finanziatori[1161].

Le conseguenze appena esposte rendono inoltre imprevedibili le conseguenze associate alle scelte di mercato, pregiudicandone la razionalità.

Le regole sul funzionamento del rapporto obbligatorio risultano improntate all'opposta finalità di consentire decisioni dagli effetti pronosticabili: gli obblighi imposti al debitore consentono all'altra parte del rapporto di controllare la consistenza del patrimonio in garanzia; la violazione di quegli stessi obblighi permette al creditore di far valere strumenti a tutela di quel valore, che ne evitano la diminuzione o consentono l'aumento. La modificazione estemporanea della massa in garanzia potrebbe invece dipendere da circostanze ignote e neppure prevedibili, ma tali da poter pregiudicare comunque l'interesse creditorio[1162]. Per modo d'esempio: le società coinvolte potevano non fare parte dello stesso gruppo alla nascita del rapporto[1163] oppure all'epoca potevano non sussistere gli altri presupposti del consolidamento. Soprattutto, il consolidamento aggiungerebbe al concorso una ulteriore massa di creditori, titolari di rapporti rispetto ai quali prima del concorso non sussistevano alcun potere di controllo ed alcuna tutela giuridica[1164]. La mancanza di una situazione giuridica protetta verso le società del gruppo precludeva ogni tutela ai creditori di un altro debitore: per modo d'esempio, non si sarebbe potuta chiedere la revoca di atti posti in essere da un soggetto diverso dal debitore, i quali divengono però pregiudizievoli anche per il creditore altrui in seguito al consolidamento.

Seguendo la prospettiva dell'analisi economica bisogna aggiungere a queste considerazioni che nel formulare le proprie scelte i finanziatori dell'impresa considerano il pericolo di insolvenza. Si afferma che "the interest rate on a loan is payment not only for renting capital but also for the risk that the borrower will fail to return it"[1165]; "this rate depends in large part on the lender's assessment of the probability that the firm will repay the loan"[1166]. A maggiori rischi corrisponde la pretesa di interessi maggiori. Si possono immaginare tre creditori di due società appartenenti allo stesso gruppo. Il primo agisce in maniera prudente, finanziando la società più solida del gruppo, con la quale concorda un tasso di interesse basso ed ottiene la concessione di una garanzia fideiussoria dall'altra società del gruppo. Il secondo finanzia la stessa società, richiedendo una garanzia reale. Il terzo finanziatore concede credito alla

[1160] P.M. LE CORRE, *La réforme du droit des enterprises en difficulté*, Paris, 2009, 89.

[1161] Per ulteriori riferimenti, B. GRELON-C. DESSUS-LARRIVÉ, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, cit., 293 ss..

[1162] Nell'affermare la necessità di considerare l'affidamento dei creditori alla costituzione del rapporto, R.B. HANNA, *Federalism in Bankruptcy: Relocating the Doctrine of Substantive Consolidation*, in 96 *Minnesota Law Review* 2012, 727, rileva che "the primary cost of federal substantive consolidation comes in the form of uncertainty for creditors, which translates into higher borrowing costs for debtors".

[1163] Come nel caso *In re* WorldCom, 2003 WL 23861928, 37.

[1164] A questo profilo sembra fare riferimento J.M. LANDERS, *A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy*, cit., 632-633, il quale però più avanti giutifica il consolidamento (anzi un suo uso perfino disinvolto) affermando che "creditors who do business with a group of companies under the control of one individual, a small group, or family often understand that their prospects for payment rise or fall with the enterprise" (636).

[1165] R.A. POSNER, *The rights of creditors of affiliated corporations*, in 43 *The University of Chicago Law Review* 1976, 501. Sui meccanismi economici che governano la relazione tra rischio e costo del credito, insieme con le loro implicazioni giuridiche, si sofferma R. PARDOLESI, Veil piercing *e analisi economica del diritto: l'esperienza statunitense*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Aa. Vv., Milano, 1987, 157 ss..

[1166] R.K. RASMUSSEN, *Debtor's choice: a menu approach to corporate bankruptcy*, cit., 56.

società in condizioni peggiori ed accetta un rischio più elevato, pretendendo interessi maggiori senza richiedere alcuna garanzia. Le due società, le quali *a principio* potevano non fare nemmeno parte dello stesso gruppo, vengono a trovarsi rispettivamente in crisi ed insolvenza e viene disposto il consolidamento delle masse. Le conseguenze per i creditori sarebbero notevoli ed ingiustificate. Tra i due creditori più accorti, quello con la garanzia reale sarebbe indifferente al consolidamento fino al valore del bene; l'altro, invece, perderebbe la garanzia personale[1167], dovendo inoltre condividere il patrimonio in garanzia con il creditore meno accorto della società sua garante divenuta insolvente. Inoltre, mentre il primo di questi due creditori concorrerebbe per un proprio credito incrementatosi di poco per il tasso di interesse basso; il secondo farebbe valere sulla stessa massa una pretesa cresciuta proporzionalmente di più, conseguendo un ulteriore vantaggio.

Altri conflitti, talvolta ignorati, si determinano tra le diverse società e, di riflesso, tra i loro soci.

Il consolidamento impone una sola procedura per l'intera massa, e quindi per tutte le società che ne condividono la titolarità. Le conseguenze di tale necessaria unicità sono principalmente due. Come si è già osservato, potrebbero trovarsi coinvolte nella procedura concorsuale anche imprese non insolventi e nemmeno in crisi, per le quali non si pone nessuna delle esigenze che ispirano la disciplina di tali procedure[1168], le quali ricevono allora una applicazione ingiustificata. In secondo luogo, sarebbe ignorata la finalità perseguita ormai in ogni ordinamento con la presenza di istituti concorsuali differenti e disciplinati in vista di crisi diverse[1169]. Anche nel caso in cui le società del gruppo siano tutte quante in crisi, sarebbe da escludere la possibilità di assoggettare ogni impresa alla disciplina concorsuale più idonea al suo caso. Un esempio per tutti: il consolidamento potrebbe impedire l'accesso al concordato di un debitore altrimenti che altrimenti sarebbe in grado di perseguire il risanamento pagando ai creditori le percentuali minime previste dalla legge[1170].

A queste considerazioni bisogna aggiungere che la possibilità di rivolgere le risorse accumulate da una società a beneficio di altre del gruppo e dei loro creditori per effetto del consolidamento determina ulteriori conseguenze negative prima ancora del dissesto. Anzitutto, il sostanziale superamento della responsabilità patrimoniale limitata[1171] è tale da

---

[1167] Simile distorsione appare evidente nella decisione Trib. Crotone, 28 maggio 1999, cit., ciascun credito può essere ammesso un'unica volta nei confronti di tutte le società, con una sostanziale eliminazione della garanzia prestata da un'altra società del gruppo. Sul tema delle garanzie infragruppo, R. SQUIRE, *Strategic liability in the corporate group*, cit., 648-649, il quale da questo profilo ricava un giudizio negativo sul consolidamento materiale delle masse.

[1168] N. MORELLI, *Propos iconoclastes sur la confusion des patrimoines. À propos de la réforme de l'article L. 621-2 du code de commerce*, cit., 435, il quale individua nell'atteggiamento prudente della giurisprudenza di legittimità l'intendo di evitare la "«contamination» de la faillite".

[1169] La premessa è quella secondo cui "there is no reason to think that a single bankruptcy regime would be appropriate for alla firms or that those affected by the bankruptcy term of the credit contract should not be able to select the term of their choosing" (R.K. RASMUSSEN, *Debtor's choice: a menu approach to corporate bankruptcy*, cit., 53). Nella stessa prospettiva, P. PAJARDI, *Esecuzione concorsuale: unità e alternatività dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, in *Giur. comm*., 1979, I, 227; G. LOMBARDI-P.D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, cit., 716 ss..

[1170] Un altro esempio di immediata intelligenza potrebbe riferirsi ai presupposti per le proposte concorrenti di concordato.

[1171] D. VATTERMOLI, *Concorso ed autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 379, osserva che "il consolidamento [...] determina il 'collasso' di una delle funzioni più importanti assolte da[l gruppo]: la funzione, cioè, di destinare uno specifico patrimonio al soddisfacimento di specifiche obbligazioni (c.d. «*asset partitioning*»), ossia la ripartizione del rischio d'impresa".

poter dissuadere dall'inizio di certe imprese, i cui rischi coinvolgerebbero anche il restante patrimonio, disincentivando l'investimento[1172]. Ai soci viene inoltre fornito uno stimolo all'immediata spartizione degli utili, con la quale questi vengono sottratti al pericolo di essere dover servire a risolvere la crisi di un altro debitore; in luogo di una capitalizzazione "interna" della società, diviene conveniente il ricorso a tecniche di finanziamento esterno, alterando l'equilibrio ricercato dall'attuale disciplina.

Per concludere su questi profili, occorre rilevare che il complesso degli effetti appena accennati non sembra giustificarsi nemmeno nella prospettiva sanzionatoria. In primo luogo, ad essere penalizzati sarebbero anzitutto i creditori e i soci - soprattutto quelli estranei al gruppo di controllo[1173] - delle società con un patrimonio più consistente, i quali non necessariamente hanno preso parte agli abusi da reprimere. In secondo luogo, la sanzione potrebbe risolversi proprio a vantaggio dell'autore dei fatti che si intendono reprimere: perché la sua massa patrimoniale viene consolidata a quella di una società più capiente[1174] oppure perché tale conseguenza facilita la ristrutturazione anche della società che si vorrebbe punire[1175], traducendosi per queste in un vantaggio. Proprio l'ipotesi della ristrutturazione fa emergere l'ostacolo di ordine pratico che consiste nelle notevoli difficoltà che si pongono per la necessità di separare di nuovo le masse nei casi in cui la procedura concorsuale non si chiude con l'estinzione dei debitori coinvolti.

81. Consolidamento delle masse e responsabilità patrimoniale

Le considerazioni che precedono sconsigliano il consolidamento delle masse sul piano della opportunità, e cioè principalmente nella prospettiva *de iure condendo*.

Soprattutto, però, il consolidamento materiale risulta inammissibile per il sistema vigente. Sembra da condividere l'orientamento giurisprudenziale che rileva il contrasto tra formazione di una nuova massa e norme stabilite dall'art. 2740, comma 2, cod. civ.[1176]. La conclusione può valere allo stesso modo per le procedure coattive[1177] e per quelle consensuali, dovendosi escludere la possibilità di creare una massa patrimoniale nuova al di fuori dei casi previsti

[1172] R. PARDOLESI, Veil piercing *e analisi economica del diritto: l'esperienza statunitense*, cit., 165.

[1173] Rileva A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, cit., 573, che "una deroga al principio della netta separazione dei patrimoni delle imprese e delle relative masse attive e passive [...] sarebbe, invero, inevitabilmente destinata a recare grave pregiudizio ai soci «esterni» ed in ogni caso ai creditori dell'impresa, individuale o sociale che sia, costretti a subire il concorso dei creditori di altre entità in più elevato grado di insolvenza".

[1174] Si pensi al caso in cui il consolidamento finisca per avvantaggiare la controllante, responsabile invece per aver determinato la situazione di incertezza sui distinti patrimoni cui vorrebbe dare rimedio il consolidamento; ad esempio perché il coinvolgimento della controllata consente un aumento della massa passiva tale da pagare per intero tutti i creditori e consentire la prosecuzione di entrambe le società.

[1175] B. GRELON-C. DESSUS-LARRIVÉ, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, cit., 297, i quali riportano che nell'ordinamento francese sono spesso le stesse società del gruppo ad insistere per il consolidamento, il quale può risultare strumentale alla ristrutturazione; I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, cit., 229.

[1176] V. nt. 1068.

[1177] Per queste procedure, mancando il consenso dei creditori, si può aggiungere che il consolidamento materiale violerebbe - oltre a quelli richiamati nel testo - il principio che esclude mutamenti nel lato passivo del rapporto senza il consenso del creditore. Tale principio intende infatti evitare non solo una sostituzione del soggetto tenuto alla prestazione - che certamente manca nel consolidamento -, ma anche quella del patrimonio in garanzia. In questi termini, sulla violazione di questo principio in caso di consolidamento, M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, cit., 59-60.

dalla legge. In questa direzione orientano l'interpretazione dell'art. 2740, comma 2, cod. civ. che si è già difesa e la considerazione che configura un patrimonio separato tanto quello formato per unificazione di più insiemi che quello ricavato dal distacco di una parte dalla massa; in entrambi i casi una massa smette di rappresentare il patrimonio di una persona, per aggregare le singole unità attraverso un criterio diverso dalla imputazione[1178]. In altri termini ancora, l'unicità che è protetta dall'art. 2740, comma 2, cod. civ. sarebbe pregiudicata tanto dalla formazione di più masse riferibili ad un unico soggetto, quanto da una sola massa a garanzia di più debitori. La riprova si trova nel diritto di societario: sia la creazione di una società unipersonale (patrimonio separato "da distacco") sia quella di una società tra più individui (patrimonio separato "da unificazione") soggiacciono alla regola di tipicità, che circoscrive l'efficacia dell'autonomia privata ai casi previsti dalla legge.

I rilievi che precedono non conducono alla assoluta irrilevanza del gruppo rispetto alla disciplina del concordato e, soprattutto, alla impossibilità di coordinare distinte operazioni di risanamento o liquidazione. Ribadita la preclusione all'autonomia privata per le modifiche che investono il patrimonio in garanzia, la soluzione può muovere da quelle, invece ammesse, che riguardano la struttura di ciascun rapporto obbligatorio.

Limitando l'oggetto della garanzia generica, i concordati delle singole società possono lasciare nel patrimonio del debitore risorse da utilizzare nella prospettiva del gruppo, con un risultato che non altera la composizione delle masse attive e passive riferibili a ciascun soggetto[1179]. In altre parole, se al debitore in concordato è permesso di pattuire con i creditori una limitazione dell'oggetto in garanzia, "liberando" da tale vincolo una parte dei beni, si può ammettere anche la possibilità di utilizzarli in operazioni di ristrutturazione coordinate tra più debitori[1180].

La conclusione reca in sé una "capacità espansiva" che riduce il tema dei gruppi quasi a pretesto per la sua affermazione. Individuare la soluzione al di fuori del regime societario dei gruppi consente infatti di estenderne la portata oltre tale perimetro e porta ad ammettere operazioni coordinate tra più debitori anche al di fuori di quell'ambito. Il profilo centrale risiede non in una modificazione dei patrimoni responsabili tra società riunite sotto una direzione comune, bensì nelle conseguenze della convenzione che limita l'oggetto della garanzia. Una volta rimosso il vincolo da alcuni beni, diventa possibile impiegarli liberamente, e quindi anche a vantaggio di un altro soggetto. Si può immaginare il caso di due imprese con attività tanto connesse da poter proseguire solamente insieme, ma delle quali una soltanto sia in grado di finanziare la prosecuzione dell'esercizio; questo debitore potrebbe proporre un concordato che, oltre alla prosecuzione dell'impresa, contempli la sottrazione di

[1178] Senza tornare sulla nozione die patrimonio separato, sembra sufficiente richiamare il pensiero di M. ZACCHEO, *Introduzione al tema*, in *Patrimoni separati e cartolarizzazione*, M. Tamponi (a cura di), Roma, 2006, 14, il quale rileva che "il verbo 'separare' indica il distacco di qualcosa o qualcuno, l'abbandono; il patrimonio che si separa abbandona la persona, si distacca da questa, non è più il patrimonio di questa; e, dunque, non è più persona".

[1179] La distinzione tra consolidamento delle masse e limitazione della responsabilità nei singoli rapporti, con la conseguente possibilità di utilizzare le risorse escluse dalla responsabilità per il concordato di altre società, non sembra puntualmente colta dalla giurisprudenza, che tende invece alla loro assimilazione; così Cass. civ., Sez. I, 17 ottobre 2018, n. 26005, cit.; App. Roma, 5 marzo 2013, cit..

[1180] In termini analoghi sembrerebbe orientarsi M. ARATO, *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 3, Milano, 2016, 4535, che nel commentare il Progetto Rordorf rileva la possibilità di trasferire risorse da una società ad altra del gruppo senza però riunire in una sola le masse.

alcuni beni ai suoi creditori - da non liquidare né usare per la propria continuità -, con l'intento di impiegarli per consentire la prosecuzione all'altra impresa. Si realizza una gestione coordinata di più crisi che non implica il venire meno dell'autonomia di ciascun patrimonio.

La possibilità di una simile gestione coordinata mette in luce un tratto comune a quella del concordato e alla disciplina societaria dei gruppi. Entrambe sono attraversate dall'esigenza di una valutazione unitaria, volta ad osservare non tanto gli effetti dei singoli atti, quanto l'operazione economica nel suo complesso[1181]. Tale funzione nei gruppi è delegata alla figura dei vantaggi compensativi[1182]; l'esistenza di un piano unitario consente, rispettivamente a chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e alle società che la subiscono, di imporre ed eseguire scelte di per sé dannose se il pregiudizio risulta mancante alla luce del risultato complessivo della direzione e del coordinamento (art. 2497, comma 1, cod. civ.). Allo stesso modo, la presenza nel concordato di un piano che precede logicamente la proposta e ne giustifica i contenuti induce a valutare i singoli atti non più da soli, ma alla luce del programma complessivo. L'accento cade allora non più sul concordato come accordo tra debitore e creditori, ma come procedura nella quale si inserisce un numero maggiore di atti, i quali pur potendo risultare in sé privi di una ragione idonea a giustificarli, trovano la propria logica in quella complessiva del piano sottostante.

L'operazione concordataria finisce così per consentire, a condizioni diverse da quelle ordinarie, non soltanto la limitazione della responsabilità sulla quale si è a lungo intrattenuto il discorso, ma più generale la programmazione e il compimento di atti che in sé considerati potrebbero risultare perfino abusivi - come proprio l'imposizione alla controllata di un finanziamento da erogare alla controllante o l'utilizzo dei suoi beni in favore di una diversa società - e che risultano invece legittimi nel contesto di un piano d'impresa, che perciò ne determina - tra le altre cose - l'irrevocabilità.

[1181] In termini più generali l'importanza che l'operazione economica riveste per l'intelligenza e la disciplina dei singoli atti che la compongono è posta in risalto nel noto saggio di E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ*., 2003, 93 ss.. Si risolve proprio in una considerazione dell'operazione nel suo complesso l'affermazione di G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 482, secondo cui "il potere di proporre il concordato implica anche quello, per così dire, di 'disporre' in ordine a tutto ciò che la proposta può legittimamente contenere".

[1182] Non sembra allora casuale che per ragioni che sembrano riferibili anche al concordato, B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione* ex *art. 182*-bis *l. fall.*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 3, Milano, 2016, 3232, individua negli accordi di ristrutturazione "il più immediato ed evidente teatro per l'applicazione del principio dei vantaggi compensativi, consentendo alle società del gruppo che si trovano o meno in stato di crisi di volgere le proprie risorse e più in generale le proprie scelte gestionali e strategiche a vantaggio del gruppo o delle diverse società del gruppo, fornendo quindi giustificazione ad atti e comportamenti che altrimenti potrebbero essere valutati come pregiudizievoli ed ingiustificati". Sembrerebbero di altro avviso G. LOMBARDI-P.D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, cit., 728, i quali sembrano però sovrapporre consolidamento delle masse e regola dei vantaggi compensativi.

CAPITOLO VII

La responsabilità patrimoniale e il sistema distributivo nel diritto societario

82. Responsabilità patrimoniale e sistema distributivo. I soci nel risanamento

Oltre che sul concordato di gruppo, al cui esame si sono dedicati i paragrafi precedenti, occorre fermare l'attenzione su un altro problema connesso al tema della responsabilità patrimoniale e peculiare delle crisi societarie. Queste si caratterizzano per la presenza di una categoria ulteriore di soggetti interessati alla consistenza e alla gestione del patrimonio in garanzia. Al debitore e ai creditori si aggiungono i titolari del capitale sociale. Tra quello dei creditori al massimo soddisfacimento e quello della società ad utilizzare per questo scopo solo alcuni beni si intromette l'interesse dei soci a preservare almeno in parte il valore delle partecipazioni[1183]; interesse che solo in apparenza si sovrappone a quello della società, con il quale potrebbe invece entrare in contrasto[1184].

Il problema da affrontare per primo è posto dall'orientamento dottrinale secondo il quale proprio la disciplina societaria impedirebbe l'ammissibilità di concordati con i quali il debitore-società propone ai creditori la limitazione della garanzia generica.

L'esposizione di questa tesi impone una premessa sulle regole di distribuzione del patrimonio in garanzia. Bisogna distinguere quelle sull'ordine orizzontale da quelle sull'ordine verticale. Le prime stabiliscono che i creditori di uno stesso grado devono essere soddisfatti secondo la stessa misura. Le seconde costituiscono un titolo prioritario in favore dei creditori di rango poziore[1185]. Si tratta delle due regole poste in linea generale dall'art. 2741, comma 1, cod. civ.; le quali sembrano trovare rispettivamente una deroga[1186] e una conferma nella disciplina del concordato[1187].

La proposta di concordato contenente una limitazione della responsabilità patrimoniale sembrerebbe incompatibile con l'ordine verticale di distribuzione[1188]. La premessa del ragionamento risiede nella concezione "forte" delle cause di prelazione[1189], contrapposta alla

[1183] Così D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 337-338; F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 345.

[1184] Un caso in cui interesse dei soci e della società non coincidono può essere quello del risanamento che possa essere attuato sacrificando le ragioni dei creditori, mediante le operazioni riduzione e successivo aumento del capitale da esaminare nei prossimi paragrafi.

[1185] Con una interessante considerazione A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 345, precisa che il sistema verticale di distribuzione nel concordato opera non quale regola di riparto, ma come limite all'autonomia privata di debitore e creditori.

[1186] La divisione dei creditori in classi consente di prescindere da un criterio di stretta proporzionalità per adottare soluzioni differenti anche per creditori appartenenti a un medesimo grado; in questi termini, e cioè individuando una eccezione ai canoni dell'art. 2741, comma 1, cod. civ., D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 341.

[1187] L'art. 160, comma 2, l. fall. conclude stabilendo che la formazione delle classi "non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".

[1188] Trattandosi di un profilo attinente alla legalità della proposta, e cioè di un requisito di ammissione, non è possibile risolvere il problema in quello del consenso (della maggioranza) dei creditori; così D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 347; A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 345.

[1189] Per la versione forte propendono D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 416 ss.; D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 342-

versione "debole"[1190]. La prima esclude la possibilità di pagare i creditori di rango inferiore prima dell'integrale soddisfacimento del grado superiore. La seconda, invece, risolve l'ordine verticale nell'obbligo di attribuire a quelli di grado inferiore meno di quanto assegnato ai creditori da preferire[1191].

In linea con la prima prospettiva, l'orientamento in questione anzitutto esclude che il concordato possa prevedere alcun pagamento dei subordinati senza l'estinzione dei crediti ordinari, come pure quello dei creditori ordinari senza l'integrale soddisfacimento dei privilegiati (integrale in caso di privilegio generale e per l'intero valore del bene in quello di privilegio speciale). A queste categorie viene poi aggiunta quella dei soci, intesi quali titolari di crediti estremamente subordinati verso la società[1192]. Poiché i soci sarebbero "fornitori di capitale *estremamente* subordinati rispetto a tutti gli altri", essi sarebbero coinvolti dall'ordine verticale di distribuzione e "risulterebbe in contrasto con l'art. 160 comma 2 l. fall. quella proposta di concordato che contemplasse l'attribuzione di risorse ai soci prima che

---

343, che espressamente estende la regola anche al *surplus* concordatario, cioè alle somme generate dal concordato in eccesso rispetto alle alternative possibili; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit. 1240; G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, cit. 2013, 36-37; A. JORIO, *Sub art. 160*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, A. Nigro-M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), t. 3, Torino, 2010, 2048; A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 333-334; M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo. Il concordato preventivo*, cit., 243 ss.; G. BOZZA, *L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Fall*., 2009, 1441-1442; M. ZAPPALÀ, *Nuova finanza e cause di prelazione nei concordati preventivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 228; G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, cit., 1016; Trib. Messina, 29 dicembre 2005, in *Fall*., 2006, 676, con nota di L. Panzani, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*; Trib. Messina, 4 marzo 2009, in *Fall*., 2009, 795, con nota di L. Panzani, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*; Trib. Messina, 18 febbraio 2009, in *Fall*., 2010, 79, con nota di L.A. Bottai, *Trattamento dei crediti privilegiati, nuova finanza e rapporto fra classi e privilegi*; Trib. Pordenone, 21 ottobre 2009, in *IlCaso.it*; Trib. Treviso, 11 febbraio 2009, in *Fall*., 2009, 1439, con nota di G. Bozza, *L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*; Cass. civ., Sez. I, 8 giugno 2012, n. 9373, in *Foro it.*, 2012, I, 2671, con nota di D. Bianchi, *L'utilizzo della nuova finanza e il necessario rispetto dell'ordine legale delle prelazioni*; Trib. Milano, 15 dicembre 2016, cit..

[1190] Secondo quest'orientamento il concordato potrebbe prevedere il soddisfacimento dei postergati, purché i creditori preferiti ricevano di più, anche se non l'intero pagamento. Per la versione debole, S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., 179; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3502-3503; V. CALANDRA BUONAURA, *Il concordato preventivo (tavola rotonda)*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, A. Jorio (a cura di), Milano, 2009, 20; Trib. Bologna, 26 gennaio 2006, in *Fall*., 2006, 676, con nota di L. Panzani, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*, favorevole al concordato di una società a responsabilità limitata che, nonostante il pagamento parziale dei chirografari (35% a quelli bancari e 50% agli altri), preveda il pagamento nella misura del 3% ai soci per crediti (verosimilmente postergati) da finanziamento alla società; Trib. Terni, 26 aprile 2012, in *IlCaso.it*. Alla prospettiva che si è detta "debole" sembra aderire anche Cass. civ., Sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Fall*., 2009, 789, con nota di L. Panzani, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, nell'affermare che la maggioranza raggiunta in tutte le classi potrebbe autorizzare il pagamento dei postergati nonostante quello solo parziale dei chirografari.

[1191] La difficoltà del tema è rilevata da G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, cit., 225, con l'affermazione secondo cui "sul piano strettamente esegetico, ancora oggi le due tesi [...] sembrano entrambe sostenibili".

[1192] L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 36, defini soci come "i soggetti che hanno diritto a ricevere *tutto ciò che resta una volta che siano stati pagati i creditori*. Essi, al pari dei creditori, sono quindi titolari di una pretesa di carattere finanziario, che tuttavia si colloca a un gradino inferiore: l'ultimo. In un ideale ordine di preferenza di coloro che vantano una pretesa sul patrimonio dell'impresa, i primi sono infatti i creditori titolari di un diritto di prelazione; sul residuo si soddisferanno i creditori chirografari; e quindi i creditori subordinati; infine, quando tutti i debiti siano stati adempiuti, ciò che resta può essere distribuito ai soci" (corsivo dell'Autore).

tutti i creditori, privilegiati, chirografari e postergati, fossero *integralmente* soddisfatti"[1193]. Ad essi allora non potrebbe essere riservata alcun soddisfacimento senza quello di tutti i creditori[1194], come secondo l'orientamento in questione avverrebbe se una parte del patrimonio fosse lasciata alla società in crisi senza annullare l'intero valore delle partecipazioni[1195]. In questa prospettiva si afferma che, nei casi in cui il patrimonio sociale è superato dal valore dei debiti, le singole partecipazioni hanno perduto tutto il proprio valore e possono essere conservate in mano ai soci solo se la proposta prevede nuovi versamenti da parte loro, commisurati al valore prevedibile delle partecipazioni in seguito al risanamento[1196]. Non sarebbero perciò possibili né la liquidazione parziale del patrimonio sociale, né una ristrutturazione la quale si concluda senza la cessione di tutti i beni; a meno che ogni creditore non sia soddisfatto per intero, liberando così dal vincolo della responsabilità patrimoniale i beni lasciati alla società.

83. I soci nel sistema distributivo

Il problema esposto nel paragrafo precedente contiene quello dell'equilibrio tra diritti dei creditori, da una parte, e dei titolari delle partecipazioni, dall'altra.

Un intrigante punto di partenza riposa sulla differente conformazione di queste situazioni giuridiche rispetto al patrimonio della società-debitrice, che è strumentale all'interesse sia degli uni che degli altri.

I creditori sono parte di una relazione con la società che costituisce una garanzia in favore dei primi e una responsabilità in capo alla seconda, aventi entrambe quel patrimonio per oggetto. Questo rapporto si collega all'altro che forma l'obbligazione: il patrimonio garantisce una utilità prestabilita, ossia il valore del debito, conseguibile anzitutto attraverso l'esatta

---

[1193] A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 346 (corsivi dell'Autore).

[1194] Così D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 343 ss., per il quale "nessuna utilità economica può riservarsi il debitore, attraverso la proposta, in difetto di un soddisfacimento integrale dei creditori (compresi quelli subordinati), atteso che, diversamente, si determinerebbe una inammissibile limitazione di responsabilità ed una palese violazione, non solo del principio di universalità e dell'art. 2740 c.c., ma anche, e più in particolare, del sistema verticale di distribuzione del patrimonio responsabile"; A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 346, per il quale "il residuo attivo 'risparmiato' dalla società, infatti, espunto il passivo dal bilancio finale di liquidazione a seguito dell'efficacia esdebitatoria del concordato, non potrebbe che essere destinato ai suoi soci, producendo così il risultato vietato dall'art. 160 comma 2 l. fall.". Per l'opposta soluzione conclude F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 349: "non solo deve ritenersi lecito, ma anche doveroso per gli amministratori elaborare una proposta che contempli il mantenimento in capo ai soci (per il tramite della società) di parte del patrimonio, laddove ciò sia possibile. Al contempo, la proposta dovrà tendere a realizzare una soddisfazione dei diritti dei creditori più elevata rispetto a quella che i creditori potrebbero conseguire rispetto all'alternativa liquidatoria, a pena di non ricevere quel giudizio positivo di convenienza da parte dei creditori che è, peraltro, interesse dei degli stessi soci acquisire, o, ancor prima, di indurre i creditori legittimati a presentare proposte concorrenti".

[1195] D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 345 ss.; A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 346 ss..

[1196] Così D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 352 ss., il quale prospetta l'adozione della soluzione elaborata dalla giurisprudenza statunitense (c.d. *New value exeption doctrine*), la quale prevede la possibilità per i creditori di offrire un prezzo per "ricomprare" le proprie partecipazioni, il cui valore è destinato ad aumentare per effetto di una ristrutturazione che lascia alla società una parte del proprio patrimonio; A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 346 ss., il quale giunge a una soluzione simile, proponendo di lasciare ai soci la possibilità di liberare i beni sociali dal vincolo della garanzia patrimoniale versando nella società somme corrispondenti al loro valore.

esecuzione della prestazione[1197]. Come già messo in luce (par. 5), il problema distributivo riposa sull'omogeneità delle pretese creditorie, accomunate dallo stesso riferimento oggettivo. L'interesse di ciascun creditore è in potenziale conflitto rispetto a quello degli altri per la presenza di un unico patrimonio in garanzia; il conflitto si rende attuale quando il valore dei beni non è sufficiente a soddisfare tutte le obbligazioni, imponendo un criterio di scelta, il quale è contenuto proprio nelle regole distributive.

Il rapporto tra società e soci risulta disomogeneo rispetto a quello tra la prima e i creditori[1198] per l'assenza di un rapporto obbligatorio[1199]. Dell'obbligazione qui manca tutto. Difettano sia il debito della società, non configurandosi una prestazione patrimoniale suscettibile di adempimento, sia la sua responsabilità patrimoniale[1200]. Il rapporto sociale determina la costituzione di obbligazioni tra la persona giuridica e i suoi componenti solo al verificarsi di fatti ulteriori[1201]. Nella gestione fisiologica possono richiamarsi la delibera di distribuzione degli utili oppure l'approvazione del bilancio finale di liquidazione. Ambedue i fatti sono subordinati alla capacità del patrimonio sociale di soddisfare i creditori[1202]. Soprattutto, essi

---

[1197] Proprio l'esistenza di un debito determinato nell'oggetto giustifica la distinzione tra *fixed* e *residual claimants*, richiamata da L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 37, il quale distingue appunto "i titolari di una pretesa fissa" dai "titolari di una mera aspettativa non coercibile"; G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, cit., 984-985; G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 477; Trib. Milano, 15 dicembre 2016, cit..

[1198] Così, in dottrina, G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 477, per il quale "i *soci* ricoprono [...] una posizione peculiare e diversa da quella di entrambi i termini del 'comune' rapporto obbligatorio: a costoro, infatti, spetta, analogamente a quanto è a dirsi in generale del *debitore*, il valore residuo del patrimonio, senza che tuttavia essi (a differenza di costui) siano chiamati a rispondere, almeno in via di principio, delle obbligazioni sociali garantite dal medesimo patrimonio; d'altra parte, gli stessi soci, pur prestandosi ad essere annoverati, accanto ai *creditori* sociali, tra i finanziatori della società, per quanto in veste di fornitori di capitale proprio [...] non risultano tuttavia titolari di veri e propri *diritti di credito*, bensì di *partecipazioni sociali*: e cioè di posizioni che, oltre a rappresentare il titolo della pretesa residuale loro spettante, conferiscono, almeno di norma, specifiche prerogative all'interno dell'organizzazione sociale" (corsivi dell'Autore); in giurisprudenza, Trib. Milano, 15 dicembre 2016, cit..

[1199] Nel sistema statunitense, nel quale pure è diffusa la considerazione dei soci quali *residual claimants* della società, possono comunque leggersi affermazioni secondo le quali "a stockholder is not, as such, a creditor of the corporation whose stock he owns" (B.A. RIEMER, *Claims against bankrupt corporations based on advances by controlling stockholders or parent corporations*, cit., 273).

[1200] Per la diversa impostazione del diritto concorsuale tedesco, orientato dalle riforme più recenti verso l'assimilazione di creditori e soci, sino ad attribuire ai secondi il diritto di votare sulla proposta, L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, in *Riv. dir. soc*., 2017, 731 ss..

[1201] In questi termini, V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., 163 ss., per il quale "potrà [...] parlarsi di diritto individuale dell'azionista, nel senso di diritto soggettivo vero e proprio, solo quando l'interesse del socio si sia effettivamente concretizzato in una pretesa autonoma rispetto alla posizione di azionista, pretesa che, pur avendo come presupposto indispensabile tale posizione, riposi a sua volta sul completamento di una determinata fattispecie che consta appunto di tre fasi: a) qualità di socio; b) il verificarsi di uno speciale fatto costitutivo all'uopo legalmente previsto o la subiettivizzazione in testa al socio di norme per effetto di atti di esercizio della potestà dell'ente sociale; c) l'acquisto del diritto individuale da parte dell'azionista. In ordine alla prima fase rilevante [...] è il momento della stipulazione del contratto di società, mercé il quale il soggetto acquista il diritto di far parte della collettività. In ordine alla fase intermedia [...] essa può verificarsi o: 1) in virtù di uno speciale fatto costitutivo all'uopo legalmente previsto, o 2) in virtù di atti di esercizio della potestà sociale, attraverso i quali determinate norme si subiettivizzano in testa al socio. [...] In ordine alla terza fase [...] la pretesa del socio potrà avere come soggetto passivamente legittimato sia la società come persona, sia particolari organi di questa".

[1202] La particolare importanza di questi titoli costitutivi rispetto agli altri - ad esempio il credito del socio conseguente all'esercizio del diritto di recesso - deriva dalla considerazione che le condizioni imposte per la loro formazione incidono sulla struttura societaria, rendendo coerenti tra loro l'interesse dei soci e quello dei creditori: la conservazione del patrimonio della società in una consistenza utile a soddisfare i creditori consente

completano la fattispecie complessa a formazione progressiva costitutiva di un debito e di una concomitante responsabilità in favore dei soci. Prima che tale fattispecie si perfezioni non esistono né un diritto (dei soci) né un obbligo (della società) tali da configurare un rapporto omogeneo a quelli di cui sono parte i creditori. Non sussiste il dovere di prestazione, il cui contenuto sarebbe assolutamente indeterminato - in violazione della regola stabilita dall'art. 1174 cod. civ. -, né la conseguente responsabilità patrimoniale. Proprio la mancanza di tali elementi - e soprattutto quella di una prestazione determinata nei suoi elementi - anticipa e smentisce la possibile obiezione circa l'esistenza di un credito sottoposto alla condizione sospensiva della decisione assembleare di distribuire gli utili o della conclusione della liquidazione con un residuo attivo[1203]. La conferma si ricava sul piano della circolazione: mentre il diritto agli utili, non essendo un autentico credito (e - verrebbe da aggiungere - nemmeno un vero diritto), non può che appartenere al socio; il diritto al dividendo[1204], costituito dalla delibera di distribuzione[1205], configura un credito verso la società e può circolare secondo le regole che disciplinano la successione nel lato attivo del rapporto[1206]. Indicazioni analoghe si ricavano per la donazione, ammessa per il dividendo e invece da escludere per il diritto agli utili (art. 771, comma 1, cod. civ.). Nella stessa direzione orienta il rilievo che nemmeno per la restituzione dei conferimenti si ravvisa un debito della società, la quale infatti riporta in bilancio il relativo importo tra le poste del patrimonio netto e non tra le passività reali, nemmeno condizionali o future.

Sembra perciò di poter affermare che i creditori non tanto hanno una preferenza rispetto ai soci, ma sono gli esclusivi titolari della garanzia patrimoniale sui beni sociali; le voci dell'attivo garantiscono le passività reali, non le poste del patrimonio netto, alle quali non corrispondono autentici debiti. Mancando l'omogeneità tra le posizioni dei creditori e dei

---

ai soci la remunerazione del proprio investimento. Per queste considerazioni, C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, cit., 22; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 37 ss.; A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'*emerging insolvency*)*, cit., 54; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 7; A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, cit., 1 ss..

[1203] Così F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 65, il quale proprio rispetto al concordato rileva come l'impossibilità di configurare un credito condizionale del socio, data "la sostanziale impossibilità di determinare la misura del credito".

[1204] La distinzione tra diritto agli utili e al dividendo è chiarita da G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm*., 1963, I, 408: "il diritto al dividendo è un diritto patrimoniale del socio, considerato come persona distinta dalla società; esprime cioè una posizione giuridica intersoggettiva. Il diritto agli utili esprime invece soltanto una posizione giuridica interna, più precisamente una posizione riflessa dell'ordinamento sociale, sulla base della quale spetta al socio il potere di pretendere dalla società un determinato comportamento con riferimento alla destinazione degli incrementi realizzati con l'attività sociale".

[1205] Nella stessa direzione, G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, 116, rileva che "fino all'adozione della delibera di distribuzione, il diritto soggettivo del socio non può considerarsi sorto". Per la stessa conclusione, G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, cit., 406, il quale afferma che per costituire il credito del socio "occorre l'atto di devoluzione della società ed è soltanto per effetto di questo atto che si acquista al socio un diritto patrimoniale"; F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 65. Affermazioni analoghe si leggono, per la giurisprudenza di legittimità, in Cass. civ., Sez. I, 29 gennaio 2008, n. 2020, in *Soc.*, 2008, 974, con nota di M. Di Sarli, *Riporto a nuovo degli utili e irregolarità di appostazione negli schemi di bilancio*; Cass. civ., Sez. I, 28 maggio 2004, n. 10271, in *Foro it*., 2005, I, 816, con nota di L. Nazzicone, *L'amministrazione della nuova società a responsabilità limitata*; Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 1993, n. 2959, in *Soc*., 1993, 1202, con nota redazionale di F. Liconti, *Diritto soggettivo del socio alla percezione di utili: configurabilità*.

[1206] C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, cit., 51: "il «diritto agli utili» non è pensabile se non riferito a chi si pone all'interno della società, quindi al socio, e non può di conseguenza essere attribuito a chi tale non sia; mentre il «diritto al dividendo», in quanto diritto di credito, è di per sé in grado di prescindere da tale posizione, potendo allora essere negoziato e circolare anche autonomamente".

soci, viene meno anche il problema distributivo, che quella omogeneità presuppone[1207]. Proprio lungo questa linea, un orientamento dottrinale riconosce l'ammissibilità delle proposte di concordato contenenti una limitazione della responsabilità patrimoniale in favore della società[1208].

A conferma di queste considerazioni si può rilevare come nessuna attribuzione di risorse ai soci si configuri per il fatto che la società in concordato riserva a sé una parte del patrimonio. Una simile disposizione patrimoniale sarebbe inammissibile non per la violazione del sistema distributivo verticale, ma ancora prima per la mancanza di un titolo giuridico che possa giustificarla[1209]. Tuttavia, questa attribuzione manca nella limitazione convenzionale della responsabilità patrimoniale della società. In termini economici si può parlare di un trasferimento di valore dai creditori, i quali accettano la riduzione della garanzia patrimoniale a fronte di un soddisfacimento solo parziale, alla società e, di riflesso, ai soci. Prima le partecipazioni rappresentavano un patrimonio netto diminuito dalle obbligazioni da soddisfare; dopo l'omologazione e l'eventuale riduzione dei rapporti, una parte dei beni è liberata dal vincolo della garanzia generica, nonostante il pagamento solo parziale ai creditori. Sul piano giuridico, però, manca un atto di attribuzione ai soci, il potrà quale aversi semmai in seguito alla ristrutturazione, come sua conseguenza eventuale: se dopo l'esecuzione del concordato il patrimonio sociale lo consente, la società può distribuire tra i soci il valore sottratto alla garanzia dei creditori.

Anche rispetto al debitore-società il problema della limitazione della responsabilità riguarda allora la disciplina per la formazione dell'attivo e non quella della sua distribuzione. Nelle procedure concorsuali coesistono la necessità di determinare la massa da ripartire tra i

[1207] Il problema distributivo è in ultima analisi una questione di uguaglianza, nella declinazione che impone di trattare allo stesso modo gli uguali e diversamente gli altri, sicché può richiamarsi l'affermazione secondo cui "fondamento della parità di trattamento è il vincolo comunitario" (P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1959, 1527) per affermare che esso coinvolge gli appartenenti alla comunità dei creditori e non anche coloro che, in quanto soci, vi rimangono estranei.

[1208] Si deve richiamare l'opinione di G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 486-487: "le cause di prelazione rappresentano altrettante regole volte a risolvere un conflitto che si esaurisce all'interno della categoria dei creditori, e relativo alla distribuzione del ricavato di una liquidazione (singolare o universale, ma comunque) tale da comportare l'estinzione delle medesime cause di prelazione [...]; diversamente è a dirsi del conflitto, a ben vedere artificiale, tra soci e creditori, il quale, lungi dall'esaurire la propria rilevanza in sede di liquidazione (ordinaria o coattiva) del patrimonio sociale, accompagna, ed anzi caratterizza, l'intera disciplina del finanziamento dell'impresa organizzata in forma societaria: il che vale , a sua volta, ad escludere la possibilità non soltanto di ricostruire, ancorché a fini meramente descrittivi, la posizione dei creditori sociali in termini di titolari di una sorta di prelazione collettiva nei confronti dei soci [...], ma anche, e conseguentemente, di ricostruire il rapporto tra le relative categorie di pretese sulla falsariga di quello intercorrente tra creditori privilegiati e, rispettivamente, chirografari [...]. Ne deriva che i creditori, pur restando ovviamente tenuti a non alterare, ma limitatamente ai loro reciproci rapporti, l'ordine delle cause di prelazione, non soltanto risultano in via di principio legittimati a riservare una parte del valore dell'impresa ai soci, ovvero alla società debitrice (come pure, più in generale, al debitore, chiunque esso sia), ma devono ritenersi del tutto liberi di stabilire la sua entità".

[1209] Così sembrerebbe pure G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1170, nell'escludere la possibilità che il socio possa insinuarsi al passivo quale creditore residuale. La conferma si ricava dal confronto tra la condizione dei creditori posti a livelli diversi nell'ordine di soddisfacimento e quella di creditori e soci. Nella prima ipotesi, anche aderendo alle tesi più rigorose, sembra di poter riconoscere la possibilità che il concordato paghi quelli del grado successivo se i creditori di quello precedente rinunciano al titolo preferenziale. Diversamente stanno le cose rispetto ai soci: non vi è un titolo preferenziale dei creditori nei loro riguardi; sicché non vi è neppure una preferenza a cui rinunciare per consentire il pagamento dalla società ai soci.

creditori e le regole di tale riparto[1210]. È possibile distinguere per ciascuna delle due esigenze un diverso gruppo di regole. Quelle logicamente precedenti attengono alla definizione della massa attiva. Il conflitto da disciplinare riguarda l'individuazione dei beni da utilizzare per il concordato. All'interesse del debitore a conservarne una parte si contrappone quello dei creditori al loro impiego nel concordato. Il secondo gruppo di regole riguarda la formazione della massa passiva, e cioè l'individuazione di coloro che hanno il diritto di soddisfarsi col ricavato e la misura delle reciproche pretese; è questa la categoria delle regole distributive. Il conflitto è ora interno alla categoria dei creditori[1211], ciascuno interessato al disconoscimento del titolo altrui o a una sua collocazione subordinata. La presenza dei soci, estranei tanto al primo quando al secondo gruppo di regole, non sembra allora costituire una ragione sufficiente a porre in termini diversi la questione del concordato con cui si limiti la responsabilità patrimoniale ed indurre a una soluzione opposta a quella individuata pensando al caso dell'imprenditore individuale. In entrambi i casi tale problema sembra coinvolgere la formazione della massa attiva, senza porre uno specifico problema in merito alla sua distribuzione tra i creditori.

84. Soci e creditori nel risanamento

Il discorso svolto nelle pagine precedenti deve essere completato considerando talune operazioni di ristrutturazione peculiari dell'ambito societario.

L'art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall. consente l'attribuzione ai creditori di "azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito". Sono concepibili soluzioni nelle quali i creditori vengono soddisfatti attraverso un aumento del capitale, destinato alla loro sottoscrizione. L'obbligo di conferimento viene poi estinto per compensazione con l'altro rapporto[1212]. A seconda dei casi l'operazione diminuisce o estingue la corrispondente voce debitoria nel passivo sociale[1213]. L'utilità che la

[1210] I due gruppi di regole mettono capo alle due finalità specifiche del sistema concorsuale, che L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 95, individua in quelle "di ridurre al minimo la perdita minacciata dalla crisi del debitore, valorizzando al meglio il patrimonio del debitore" e "di allocare la perdita che, pur con tutti gli sforzi, non è stato possibile evitare".

[1211] In questi termini, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 53; G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, cit., 32-33.

[1212] Secondo una veduta diffusa in passato, simili operazioni trarrebbero con sé il pericolo di un pregiudizio alla effettività del capitale sociale e sarebbero perciò inammissibili; così B. CASSANDRO, *Sull'estinzione per compensazione del debito di conferimento del socio*, in *Riv. dir. comm*., 1967, II, 46 ss.; Cass. civ., Sez. I, 10 dicembre 1992, n. 13095, in *Foro it*., 1993, 3099. L'opinione prevalente esclude invece un simile pericolo ed ammette l'operazione; così C. ANGELICI, *Appunti sull'art. 2346 c.c., con particolare riguardo al conferimento mediante compensazione*, in *Giur. comm*., 1988, I, 178 ss.; F. GUERRERA, *Sub art. 2440*, in *Società di capitali. Commentario*, G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres (a cura di), vol. III, Napoli, 2004, 1165; S. RAMPOLLA, *Compensabilità del debito/credito del socio in sede di aumento di capitale*, in *Soc*., 1996, 789-790; E. GANDÍA, *Aumento di capitale mediante compensazione di crediti nel diritto spagnolo*, in *Giur. Comm*., 2014, I, 584; A. DÍAZ MORENO, *Sobre el aumento de capital por compensación (reflexiones al hilo de la disposición adicional 4° de la Ley Concursal)*, in *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2015, 80-81; Cass. civ., Sez I, 5 febbraio 1996, n. 936, in *Foro it*., 1996, I, 2490; Cass. civ., Sez. I, 24 aprile 1998, n. 4236, in *Foro it*., 1998, I, 2892, ove si riconosce che oggetto di conferimento possono essere anche utilità insuscettibili di formare oggetto della garanzia patrimoniale; Trib. Milano, 9 febbraio 1995, *Giur. it*., 1995, I, 2, 909.

[1213] I riflessi sul piano finanziario e contabile sono illustrati da E. HERNÁNDEZ, *La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y de los acuerdos de refinanciación*, in *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, J.A. García-Cruces (director), Barcelona, 2013, 329: "en la vertiente financiera, la capitalización de deuda mejora los ratios de endeudamiento

società consegue consiste proprio nella cancellazione del debito[1214]; si determina perciò un aumento del patrimonio e non del solo capitale[1215].

L'attenzione dedicata dallo stesso legislatore a queste operazioni si giustifica considerando che possono talvolta configurarsi come il solo strumento concretamente utilizzabile[1216] per il risanamento di imprese che nessuno avrebbe interesse a finanziare tranne i creditori, ai quali si può offrire l'opportunità di utilizzare per intero un credito che non può più essere soddisfatto nella stessa misura[1217].

Soprattutto, proposte simili possono determinare conseguenze analoghe a quelle esaminate nel paragrafo precedente.

Nella prospettiva che configura un problema distributivo tra creditori e soci, operazioni di conversione che senza soddisfare per intero i creditori lascino ai soci le loro partecipazioni dovrebbero reputarsi senz'altro vietate[1218]. Per loro tramite si attuerebbe un trasferimento

---

de la sociedad, pues los créditos (pasivo exigibile) se transforman en capital con la consiguiente reducción de los costes financieros. Además, aunque no comporta una inyección directa de fondos, acrecienta la liquidez de la sociedad, en particular si los créditos capitalizados estaban vencidos o próximos a vencer. E hecho de no tener que satisfacer los créditos capitalizados, permite redirigir los remanentes de liquidez al pago de otras deudas, garantizado una satisfacción regular a su vencimiento [...]. En la vertiente contable, la capitalización de deuda conlleva un incremento de los fondos proprios y una disminución del pasivo exigible, en particular si se compensan créditos a largo plazo, que tiene como consequencia inmediata el incremento del patrimonio neto y de la ratio de solvencia". Negli stessi termini, sempre nella letteratura spagnola, E. GANDÍA, *Aumento di capitale mediante compensazione di crediti nel diritto spagnolo*, cit., 559-560.

[1214] Per questa ragione è priva di fondamento l'assimilazione tra capitalizzazione dei crediti ed aumento nominale del capitale, per il quale si utilizzano invece risorse già incluse nel patrimonio sociale. Per tale equiparazione, invece, L. FARENGA, *La compensazione del credito del socio verso la società con il debito da conferimento al vaglio della Cassazione: un'occasione mancata*, in *Riv. dir. comm*., 1994, II, 233-234; Cass. civ., Sez. I, 10 dicembre 1992, n. 13095, cit.. Per il carattere invece reale dell'aumento, *ex multis*, F. LAMANNA, *Debiti di conferimenti del socio e compensazione*, in *Fall*., 1993, 601; S. RAMPOLLA, *Compensabilità del debito/credito del socio in sede di aumento di capitale*, cit., 789; E. GANDÍA, *Aumento di capitale mediante compensazione di crediti nel diritto spagnolo*, cit., 560.

[1215] Collegandosi quanto rilevato nella nota che precede, si può richiamare la distinzione tra aumenti sia del capitale che del patrimonio ovvero del solo capitale formulata da G. FERRI, *Le società*, cit., 914; B. PETRAZZINI-M. CALLEGARI-S.A. CERRATO-M. CAVANNA, *Le modificazioni dello statuto nelle s.p.a.*, in *Trattato Rescigno*, vol. XVI, t. 4, Torino, 2012, 347-348, per distinguere quelli reali dagli aumenti nominali.

[1216] Sul piano della diffusione di operazioni che prevedano la ristrutturazione mediante la conversione dei debiti in partecipazioni non può omettersi un richiamo all'orientamento di legittimità secondo il quale le fonti regolamentari che pongono limiti e divieti per la sottoscrizione di partecipazioni per alcuni soggetti - come gli istituti di credito - non impediscono la realizzazione di tali operazioni, trattandosi di norme gerarchicamente subordinate a quelle della legge fallimentare che le consentono; così Cass. civ., Sez. I, 7 maggio 2014, n. 9841, in *Fall*., 2015, 59, con nota di L. Salvato, *Questioni in tema di conversione del credito in capitale di rischio nel concordato preventivo*.

[1217] Rileva L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 317-318, che "in presenza di uno sbilancio patrimoniale [...] la sottoscrizione di un aumento di capitale non è conveniente per gli azionisti esistenti né lo è per qualsiasi terzo, perché, fino a concorrenza dello sbilancio, il denaro versato andrebbe a beneficio dei creditori esistenti. L'operazione sarebbe dunque irrazionale per un terzo, e lo è anche per gli azionisti, protetti dalla responsabilità limitata [...]. la sottoscrizione dell'aumento può essere invece atto del tutto razionale per i creditori, perché essi non versano denaro fresco, ma utilizzano per la sottoscrizione, compensandolo, un credito che ha perduto tutto o parte del suo valore". Le stesse considerazioni possono leggersi in F. DI MARZIO, *La Crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 57; F. BRUNO-P. CASTAGNA, *La conversione dei crediti bancari in capitale di rischio (*debt for equity swap*) nell'ambito del* restructuring *in Italia, Germania e UK*, in *Soc*., 2015, 273.

[1218] Una violazione delle regole distributive è riconosciuta, ma reputata coerente alla logica delle procedure concordatarie, da L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 196-197; G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, cit., 223-224; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 308, per il quale

economico dai creditori ai soci, ammessi a concorrere all'impresa risanata sacrificando risorse altrui.

Le formule escogitate per realizzare la conversione del credito possono essere diverse ed anche passare attraverso la costituzione di una nuova persona giuridica. Tuttavia, i problemi connessi al regime della responsabilità patrimoniale emergono più chiaramente ipotizzando che le partecipazioni siano emesse dalla stessa società debitrice, che a tal fine delibera un aumento di capitale a pagamento con esclusione del diritto d'opzione[1219].

È anzitutto possibile che venga precedentemente ridotto il capitale per adeguarne la cifra al valore del patrimonio sociale e poi deliberato l'aumento da riservare ai creditori. Si ponga il caso di una società per azioni con capitale nominale pari a 1000, beni che hanno lo stesso valore e debiti anch'essi per 1000; nell'ipotesi più semplice prima dovrebbe ridursi il capitale a 0, annullando tutte le azioni, e successivamente deliberare un aumento di capitale nella misura precedente, da offrire in sottoscrizione ai creditori[1220]. In questo modo, la società elimina tutte le poste del passivo e riporta in bilancio un patrimonio netto pari all'attivo. Così facendo, i creditori sembrerebbero soddisfatti per intero e le perdite addossate ai soci precedenti[1221]. Questa è una delle possibili modalità per convertire i crediti in partecipazioni.

"proposta e piano [...] non potranno non contemplare la conservazione in capo ai soci di una percentuale dell'impresa societaria riorganizzata (la massima possibile), in deroga all'ordine di priorità di rimborso dei crediti, in conformità al principio ispiratore di tutte le procedure c.d. riabilitative"; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 75-76; R.K. RASMUSSEN, *Debtor's choice: a menu approach to corporate bankruptcy*, cit., 74 ss., per il quale "the absolute priority rule does not mean that equity holders are cashed out in all plans of reorganization. Indeed, it is common that plans give some equity in the new firm to the shareholders of the old firm. Oftentimes creditor classes approve reorganization plans even though they are not being paid in full and equity holders walk away with a share of the reorganized enterprise" (74). Un elevato numero di procedure concorsuali conclusesi proprio con il soddisfacimento parziale dei creditori e la conservazione delle partecipazioni da parte dei vecchi soci è riportato ed esaminato da L.M. LOPUKI-W.C. WHITFORD, *Bargaining over equity's share in bankruptcy reorganization of large, public held companies*, in 139 *University of Pennsylvania Law Review* 1990, 142 ss.; un più rapido cenno a questi casi è svolto da M.C. JENSEN, *Corporate control and the politics of finance*, in *Corporate Bankruptcy. Economic and legal perspectives*, J.S. Bhandari-L.A. Weiss (a cura di), Cambridge, 1996, 332-333, che ad essi fa riferimento per indicare una conseguenza della scarsa efficienza economica delle regole concorsuali.

[1219] La possibilità di aumentare il capitale di una società per azioni escludendo il diritto d'opzione sembra trovare la propria giustificazione nell'art. 2441, comma 3, cod. civ., che appunto consente di non offrire le nuove partecipazioni ai soci e ai titolari di obbligazioni convertibili se lo esige l'interesse sociale. Per le società a responsabilità limitata la possibilità di limitare il diritto d'opzione trova invece un limite nella lettera dell'art. 2481 *bis*, comma 1, cod. civ.: anzitutto, l'offerta delle quote a terzi è possibile solo se contemplata dall'atto costitutivo; in secondo luogo, i soci che non acconsentono all'esclusione dell'opzione possono recedere dalla società. Su tali problemi soffermano l'attenzione V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, cit., 2609, che fa soprattutto presente l'impossibilità di disapplicare tali norme per l'insorgere della crisi; F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, in *Dir. fall*., 2016, II, 425. Con riguardo ai problemi del soprapprezzo e del recesso, par. 91.

[1220] Un'operazione concordataria piuttosto articolata e modellata su questo schema - cioè con la previsione di un annullamento delle azioni precedenti ed un successivo aumento destinato alla sottoscrizione di un terzo investitore - si può leggere nel decreto Trib. Napoli, 13 giugno 2018, in banca dati *Iusexplorer on line*.

[1221] Proprio per questa ragione, simili operazioni sono le meno convenienti per i creditori, i quali anteporrebbero l'interesse della società e dei creditori al proprio. Si tratta perciò di ipotesi teoriche secondo L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 209, il quale sottolinea che i soci non hanno di regola alcuna ragione per accettare una simile soluzione. In prospettiva analoga, S.C. GILSON, *Manging default: Some evidence on how firms choose between workouts anche chapter 11*, in *Corporate Bankruptcy. Economic and legal perspectives*, J.S. Bhandari-L.A. Weiss (a cura di), Cambridge, 1996, 314-315.

Tuttavia, la previa riduzione del capitale non è imposta dalla legge[1222], e anzi la sua necessarietà sembra poter essere esclusa sulla base della norma che prevede la sospensione (di alcuni[1223]) degli obblighi stabiliti dalla legge in caso di perdite di capitale durante la procedura di concordato (art. 182 *sexies*, comma 1, l. fall.)[1224]. L'operazione può perciò essere diversamente congegnata, determinando risultati a loro volta differenti. Si può prendere la stessa ipotesi: la società ha un capitale nominale di 1000, beni e debiti per lo stesso importo. Stavolta però l'aumento e la conversione sono proposte ai creditori senza ridurre il capitale precedente. Una volta eseguito il concordato, la società debitrice espone un capitale nominale di 2000 e un patrimonio netto pari a 1000. Il vantaggio per i soci precedenti risulta evidente: in caso di liquidazione essi riceverebbero la metà del patrimonio netto, mentre non potrebbero avere nulla senza il concordato. Può sembrare che i creditori siano soddisfatti anche stavolta per intero, dal momento che il valore nominale delle azioni ricevute corrisponde a quello del credito, nonostante un patrimonio in garanzia incapace di tale

[1222] La possibilità dell'aumento senza la precedente riduzione è affermata da Cons. notarile Milano, *Massima n. 122. Aumento di capitale in presenza di perdite*. Per la diversa soluzione, Trib. Milano, 16 luglio 2010, in *Fall*., 2011, 486, con nota (dissenziente rispetto alla necessità di ridurre il capitale prima di aumentarlo) di F. Platania, *Le operazioni sul capitale nelle società in concordato preventivo*.

[1223] La deroga al diritto societario comune non investe gli obblighi informativi degli amministratori.

[1224] La disposizione stabilisce che "dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 *bis* ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 *bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 *ter* del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545 *duodecies* del codice civile". L'eccezione sembra potersi spiegare per la volontà di favorire l'emersione tempestiva della crisi (A. MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, cit., 132; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 274; F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 337) ovvero di consentire agli amministratori di proseguire l'attività sociale volta al risanamento senza attendere le decisioni dei soci (G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., 295) oppure, ancora, nella prospettiva di coloro che vedono nel capitale un utile strumento per la protezione dei creditori (U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014, 27-28, per il quale nel concordato i creditori sarebbero già tutelati dal controllo dell'autorità giudiziaria) o (anche) per la comunicazione di informazioni riguardanti la società (F. DENOZZA, *A che serve il capitale?*, in *Giur. comm*., 2002, I, 589 ss.; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziarianella società in crisi*, in *Riv. soc*., 2012, 613; L. STANGHELLINI, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, P. Benazzo-M. Cera-S. Patriarca (diretto da), Torino, 2011, 757 ss.): la disapplicazione di quelle regole nel concordato può allora dipendere dal fatto che la procedura concorsuale ha già comunicato quelle notizie al mercato e ai soci.

Si legge nella Relazione ministeriale che "la norma recepisce un orientamento diffuso in tema di concordato preventivo (per la verità formatosi soprattutto con riguardo al concordato liquidatorio piuttosto che rispetto a quello con continuità aziendale), ma lo estende anche al procedimento di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis*, commi 1° e 6°". In effetti già prima che fosse introdotto l'art. 182 *sexies*, l. fall., una linea di pensiero escludeva l'applicazione delle regole sulla perdita di capitale in caso di concordato preventivo; in tal senso A. MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, 1980, 69, secondo il quale sarebbe l'inesigibilità dei crediti durante la procedura a giustificare la disapplicazione delle regole che presuppongono le perdite da essi determinate; A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 336-337; A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), vol. I, Torino, 2007, 190-191; Trib. Ancona, 12 aprile 2012, in *Fall*., 2013, 110, con nota di T. Ariani, *Disciplina della riduzione del capitale*.

risultato e la conservazione delle vecchie partecipazioni[1225]. Così non è e bisogna precisarne la ragione.

L'affermazione che occorre smentire è quella secondo cui i creditori sarebbero pienamente soddisfatti. Le partecipazioni attribuite ai nuovi soci potrebbero avere - e di regola hanno - un valore diverso da quello nominale.

A tal proposito, è utile richiamare la duplice configurazione di esse appunto come "partecipazioni" e "beni di secondo grado"[1226]: nel primo significato, rappresentano lo strumento organizzativo che determina il *quantum* dei diritti sociali[1227]; nel secondo, lo strumento suscettibile di autonoma circolazione[1228]. Limitando l'attenzione al profilo patrimoniale, si vede che nell'operazione descritta per ultima la società assegna ai creditori non l'intero patrimonio (*rectius*, partecipazioni rappresentative dell'intero patrimonio), ma una frazione corrispondente al 50 %. Occorre perciò tenere nettamente separato il valore nominale, utile come regola organizzativa per la società, da quello effettivo delle singole partecipazioni. Alla conversione del credito si applica la disciplina dei conferimenti in denaro, dal momento che la compensazione non modifica l'oggetto, ma riguarda solo le modalità di estinzione dell'obbligo[1229]. Viene allora assegnato un valore pari al debito[1230]: si

[1225] La possibilità per i soci di non ridurre il capitale della società in concordato e le sue conseguenze in ordine alla posizione dei soci sono prese in considerazione da A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 346, per il quale "la sospensione degli obblighi di riduzione e, soprattutto, di *annullamento* del capitale sociale consente ai soci di non perdere un centesimo della loro partecipazione e di fruire del riequilibrio della situazione patrimoniale della loro società all'esito dell'omologazione del concordato preventivo e grazie alla falcidia del passivo c.d. reale determinata dall'esdebitazione concordataria" (corsivo dell'Autore); A. ROSSI, *L'esecuzione del concordato di risanamento, tra* governance *e conflitti*, in *Fall*., 2017, 1007; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3483; F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, cit., 424; F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 338, il quale rileva che la sospensione di alcuni degli obblighi volti a preservare l'integrità del capitale comporta "il sacrificio in tutto in parte dei creditori" e consente ai soci "di conservare inalterata, o al più diluita, la titolarità delle partecipazioni all'esito della procedura".

[1226] C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, cit., 28 ss.; C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato Colombo-Portale*, vol. II, t. 1, Torino, 1991, 102. La qualifica "bene di secondo grado" è condivisa da G. D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra* par condicio creditorum *e principio di eguaglianza tra soci*, in *Riv. soc*., 2011, 854; G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, cit., 30, che la estende anche al diritto di credito; G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale soluzione da Vienna?*, in *Corr. giur*., 2015, 1492.

[1227] Si può rinviare ancora a C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, cit., 28 ss., il quale espone con estrema chiarezza la misura relativa e non assoluta del calcolo per determinare i poteri spettanti a ciascun socio.

[1228] In quanto "beni di secondo grado" le partecipazioni "non si identificano sulla base di dati materiali, ma necessariamente [...] *per relationem*" (C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, cit., 112).

[1229] Che si tratti di un conferimento in denaro e non in natura (nella specie del conferimento di crediti) è riconosciuto da E. BERTACCHINI, *La conversione dei crediti in azioni negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei piani attestati di risanamento nel quadro della legge fallimentare riformata*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2014, I, 183; V. SALAFIA, *Aumento di capitale e conferimento di crediti*, in *Soc*., 1988, 226; F. GUERRERA, *Sub art. 2440*, cit., 1164-1165; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3482; F. DI MARZIO, *La Crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, cit., 57; D. FICO, *Le operazioni sul capitale sociale nella s.p.a. e nella s.r.l.*, Milano, 2010, 48; Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2009, n. 6711, in *Fall*., 2010, 1071, con nota di S. Logoteta, *Compensazione fallimentare dei debiti da conferimento del socio per aumento di capitale*; Cons. Notarile Milano, *Massima n. 125. Aumento di capitale e compensazione di crediti*, secondo cui "l'obbligo di conferimento di denaro in esecuzione di un aumento di capitale di s.p.a. o s.r.l. può essere estinto mediante compensazione di un credito vantato dal sottoscrittore verso la società, anche in mancanza di espressa disposizione della deliberazione di aumento. Tale compensazione, qualora sia legale e abbia quindi a oggetto

tiene cioè conto della somma che la società perderebbe per soddisfare il creditore. L'importo stimato è quello che entra in società e non quello che il nuovo socio riceve in cambio. Anche se il valore effettivo delle partecipazioni assegnate ai creditori è diverso da quello nominale, il criterio di valutazione esposto e le esigenze di integrità del capitale sociale impediscono di riconoscere tale valore ai fini del conferimento.

Quanto si è appena affermato vale per la disciplina societaria. In quella concorsuale la prospettiva muta ed impone di considerare quanto effettivamente conseguito da ciascun creditore[1231]. Mentre il primo sistema normativo tutela la società e la formazione del suo capitale; quest'altro si rivolge anzitutto ai creditori e all'obiettivo del loro soddisfacimento.

La disciplina concorsuale del concordato e quella societaria prendono allora a riferimento valori diversi. La prima serve a soddisfare i creditori e deve perciò considerare quanto essi ricevono. La seconda intende invece assicurare la corrispondenza tra conferimenti sottoscritti e capitale versato, sicché tiene conto di quanto la società percepisce, anche se poi il debito viene estinto per compensazione anziché mediante un versamento. Tornando all'esempio precedente, non è più possibile individuare *a priori* in che misura sono soddisfatte le obbligazioni. Assumendo un criterio statico e patrimoniale, dovrebbe dirsi che esse ricevono un importo teoricamente pari al 50 %, con una falcidia limitata alla parte rimanente. Tuttavia, anche questo valore è solo uno dei numerosi da considerare per determinare quello effettivo. Il risultato di tali premesse deve perciò essere che una conclusione non può essere formulata in astratto.

La struttura societaria e quella dell'impresa possono determinare un valore inferiore o invece superiore o uguale al nominale.

Si può muovere dall'ipotesi in cui pur senza annullare le partecipazioni precedenti, quelle di nuova emissione valgono almeno il loro importo nominale. Questo non significa che il concordato soddisfa necessariamente per intero i creditori: la società potrebbe offrire invece il soddisfacimento e l'estinzione per compensazione di una parte e la falcidia (ossia la limitazione della responsabilità) dell'altra.

---

debiti certi, liquidi ed esigibili ai sensi dell'art. 1243 c.c., non richiede il consenso della società, nemmeno nel momento in cui viene eseguita la sottoscrizione". Diversamente, per F. PLATANIA, *Le operazioni sul capitale nelle società*, in *concordato preventivo*, in *Fall*., 2011, 490, la disciplina dei conferimenti in denaro si applicherebbe a quelli originariamente concepiti come tali, ma poi liberati invece con il controcredito del sottoscrittore; nel caso del concordato, invece, il conferimento avrebbe come oggetto sin dal principio un credito e non una somma di denaro. Contro la tesi del conferimento in denaro liberato mediante compensazione, per proporre quella della capitalizzazione dei crediti come *tertium genus*, diverso sia dal conferimento in natura che in denaro, E. GANDÍA, *Aumento di capitale mediante compensazione di crediti nel diritto spagnolo*, cit., 568 ss., il quale indica anche tutte la ragioni che inducono ad escludere l'estinzione del debito per novazione e *datio in solutum* (574 ss.).

[1230] Proprio per questa ragione un orientamento minoritario della dottrina spagnola afferma l'impossibilità di compiere l'aumento di capitale nei casi in cui il valore nominale del credito sia maggiore di quello che la società sarebbe in grado di pagare, poiché in simili ipotesi il creditore riceverebbe più di quanto il credito vale; così V. MAMBRILLA, *El aumento de capital por compensación de créditos*, in *Derecho de sociedades anonimas*, A Ureba (coordinador), vol. III, Madrid, 1991, 397.

[1231] Con riguardo alle operazioni di conversione in capitale, la considerazione del valore effettivo potrebbe trovare argomento nell'affermazione (per la quale, Trib. Reggio Emilia, 16 aprile 2014, cit.) secondo cui al fondo dell'operazione starebbe una *datio in solutum*. Per la critica a questa ricostruzione E. GANDÍA, *Aumento di capitale mediante compensazione di crediti nel diritto spagnolo*, cit., 574 ss., del quale convince soprattutto l'obiezione secondo cui per dare in pagamento le partecipazioni la società dovrebbe violare le norme che ne vietano ad essa la sottoscrizione (574-575).

Simili soluzioni sarebbero da escludere nella prospettiva che postula un problema distributivo tra creditori e soci. Se però si aderisce alla tesi secondo cui tra le due categorie non sussiste un concorso soggetto alle regole di distribuzione dell'attivo, non si pone alcuna questione di legalità (e quindi ammissibilità) della proposta.

Nonostante la limitazione della responsabilità ed il vantaggio per la società - la quale conserva parte dei beni, pur pagando solo parzialmente i debiti - e i soci - i quali conservano le partecipazioni precedenti con un valore incrementato per effetto dell'operazione -, il concordato potrebbe convenire anche ai creditori per numerose ragioni[1232]. Anzitutto, per la possibilità di ricevere in prospettiva perfino più di quanto potrebbe dare loro l'esecuzione della prestazione, giacché i nuovi soci sono ammessi a concorrere ai vantaggi del risanamento oltre il limite costituito dal valore del credito[1233]. La considerazione assume un'importanza particolare nella crisi di imprese "sane" e capaci di generare utili[1234], ma pregiudicate da una cattiva gestione finanziaria[1235]. Può immaginarsi il caso della società che abbia sostenuto

[1232] D.G. BAIRD-T.H. JACKSON, *Bargaining after the fall and the contours of the absolute priority rule*, cit., 113 ss., trovano proprio nella convenienza per i creditori la giustificazione alle regole che nel sistema distributivo impongono di non pagare il grado successivo senza aver prima soddisfatto per intero i creditori di quello precedente. La premessa è quella secondo cui "the absoluterly priority rule provides that in a reorganization senior owners are paid in full before junior owners are paid anything. When a firm owes more than its assets are worth, the shareolders receive nothing unless the creditors consent" (113). Facendo però l'ipotesi di un patrimonio sufficiente a pagare solamente i creditori di grado più elevato, gli Autori concludono che "the senior creditor, having the exclusive right to the firm's assets following foreclosure, should be able to convey an interest in them to anyone it pleases. That it is willing to share those assets with the old shareholder suggests that it sees advantage in doing so. Perhaps the shareolder will bring new capital when no one else will. Perhaps the shareolder has firm-specific skills that the senior creditor wants to preserve. The old shareolder is acquiring an interest beacause the senior creditor has concluded doing so in its interest, not beacause of the old shareolder's preexisting status. The senior creditor would be as willing to deal with the intermediate creditor, indeed, anyone at all, if the party were willng to contribute capital or provide the needed expertise. The senior creditor, in other words, presumably combines its assets with something new being contributed by the old shareolders, and this transaction thereby violates no rights of the intermediate class" (117).

[1233] Si rileva in dottrina che "se l'impresa non ha valore, ciò non può peggiorare la situazione dei creditori, se essa ha invece un valore, è giusto che siano costoro a beneficiarne" (L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 194-195). In termini analoghi, E. HERNÁNDEZ, *La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación*, cit., 330, che sottolinea la convenienza della conversione del debito soprattutto per i creditori subordinati; F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 79.

[1234] Non pare casuale che proprio nel commentare le novità introdotte nella legge fallimentare nel 2012, tra le quali compare anche la norma che sospende l'applicazione di quelle codicistiche in tema di perdite del capitale (art. 182 *sexies*, l. fall.), G. TERRANOVA, *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall*., 2013, I, 59, concluda che "si tratta di misure che non mancano di ragionevolezza, se riferite a contesti nei quali l'impresa attraversa una crisi finanziaria, ma ha i «fondamentali» sostanzialmente in ordine", altrimenti potendosi invece addirittura produrre un peggioramento della situazione patrimoniale.

[1235] Il rilievo è conseguenza di quello secondo cui "l'insolvenza [come la crisi] non necessariamente origina da uno squilibrio economico complessivo né da uno squilibrio economico dell'attività industriale. La gestione industriale può essere sanissima e produrre risultati 'caratteristici' ottimi (misurati dagli indicatori tradizionali 'MOL', o 'Ebitda', e 'Ebit') o perfino risultati economici complessivi ottimi, mentre l'impresa può essere incapace di pagare i propri debiti per il loro eccessivo ammontare. Il risultato caratteristico potrebbe essere positivo e invece negativo quello finanziario (costi o ricavi dell'approvvigionamento finanziario) fino al punto di squilibrare l'impresa sana" (G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, cit., 43-44). Un importante caso di ristrutturazione di un'impresa con una buona gestione caratteristica ed una cattiva gestione finanziaria è indicato da L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 214 ss., nella crisi del gruppo Parmalat, non a caso risolta proprio attraverso l'attribuzione di partecipazioni ai creditori e però accompagnata dall'annullamento delle partecipazioni precedenti.

elevati costi di ricerca negli esercizi precedenti, destinati a generare redditi in una data successiva al concordato[1236]. Bisogna inoltre tenere conto delle caratteristiche di ciascun credito: la conversione determina un incremento del rischio che può apparire ragionevole nella prospettiva di quelli subordinati, con un aumento poco significativo del rischio, ed invece ingiustificato dalla prospettiva di altri creditori[1237]; di qui l'opportunità, in certe ipotesi, di riservare la conversione ad alcuni creditori soltanto[1238]. Inoltre, la partecipazione potrebbe essere incorporata in strumenti (quali le azioni) scambiabili secondo meccanismi meno complessi rispetto a quelli previsti per la circolazione del credito, consentendo una monetizzazione più agevole. Infine, la convenienza per i creditori di operazioni che non annullano le partecipazioni dei vecchi soci può configurarsi considerando che la loro presenza può porsi come addirittura necessaria per l'attuazione del risanamento; sono i casi di "infungibilità dei vecchi soci"[1239], nei quali l'attività non può proseguire senza la loro collaborazione[1240].

In definitiva, solo all'apparenza la soluzione esposta sottrae risorse ai creditori, permettendo al debitore e ai soci di conservare valore per sé. In realtà, tale risultato può essere conseguito, e perciò sarà consentito da creditori e tribunali, a condizione di presentarsi vantaggioso rispetto all'ipotesi liquidatoria. In questa prospettiva il concordato si presta a realizzare una soluzione non solo preventiva rispetto all'insolvenza, ma anche preferibile per tutti i soggetti coinvolti nella crisi. Un sistema così concepito si presenta in linea sia con l'interesse dei singoli soci che con quello generale[1241], favorendo sia il credito (e la sua erogazione)[1242] che

[1236] In questa prospettiva può risultare particolarmente utile per le valutazioni dei creditori il contenuto della relazione del commissario giudiziario, con particolare riguardo alla parte che espone le cause del dissesto e poi il contenuto della proposta (art. 172, comma 1, l. fall.).

[1237] E. HERNÁNDEZ, *La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y de los acuerdos de refinanciación*, cit., 330-331.

[1238] Lo stesso può peraltro avvenire tra creditori dello stesso grado, ma portatori di interessi diversi. In simili ipotesi la loro divisione in classi può consentire l'attribuzione dell'utilità per essi preferibile e favorire perciò il raggiungimento dell'accordo.

[1239] L'espressione è adoperata da F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 137.

[1240] Proprio nel caso delle imprese "da recuperare" una consistente parte della dottrina afferma che la permanenza dei vecchi soci può assicurare la condivisione di informazioni altrimenti inaccessibili, o comunque fornire un contributo determinante per il risanamento; così G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., 291, il quale rileva che "il supporto dei soci al processo di risanamento è, di norma, una chiave fondamentale per il suo successo"; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 56 ss.; L.M. LOPUKI-W.C. WHITFORD, *Bargaining over equity's share in bankruptcy reorganization of large, public held companies*, cit., 149-150, i quali rilevano come la presenza dei vecchi soci sia di particolare utilità nella crisi di società di modeste dimensioni; D.G. BAIRD-T.H. JACKSON, *Bargaining after the fall and the contours of the absolute priority rule*, cit., 117 e 120 ss.; R.K. RASMUSSEN, *Debtor's choice: a menu approach to corporate bankruptcy*, cit., 74-75, per il quale "the equity holders' future contribuitions to the firm may be necessary to the survival of the enterprise" (74).

[1241] Sembrerebbe di quest'opinione, rispetto al profilo in esame, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 238.

[1242] Di diverso avviso, D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, cit., 346, secondo il quale il concordato che lasci risorse in società, anziché sfruttare tutto il patrimonio per i creditori sarebbe poco desiderabile "in termini di *efficienza* complessiva del mercato del credito, in quanto 'scarica', all'evidenza, i costi del risanamento attuato per mezzo del concordato sui soli creditori, risolvendosi la procedura collettiva in uno strumento per ottenere un ingiustificato spostamento di valore a favore del proponente. Il disallineamento, operato (*ex post*) al momento dell'apertura del concorso, tra la realtà e le aspettative *ex ante* dei creditori genera, invero, quei problemi di *risk alteration* e di incertezza giuridica che, com'è ben noto, rappresentano i primi fattori di contrazione del finanziamento alle imprese e, a livello macroeconomico, di stagnazione di una nazione" (corsivo dell'Autore).

il risparmio ed il suo investimento. Il vero problema in termini di politica del diritto sembra riguardare non tanto la disciplina del concordato ed il contenuto degli accordi tra creditori e debitore, quanto il cattivo funzionamento delle soluzioni non negoziali: fungendo da *tertium comparationis* per la convenienza della proposta, la loro inefficienza economica può giustificare accordi ed omologazioni poco remunerativi, ma comunque vantaggiosi per i creditori[1243].

85. Disciplina del conferimento e del rapporto

Alla luce delle considerazioni che precedono, nessuna violazione di legge si determina se il valore effettivo delle nuove partecipazioni è almeno pari a quello nominale. In questa ipotesi la conversione del credito non trova ostacoli nella disciplina concorsuale né in quella societaria; neppure se i creditori non vengono soddisfatti per intero, perché il concordato propone loro una falcidia, e il capitale precedente non viene ridotto.

Diversamente stanno le cose nell'ipotesi, verosimilmente più frequente, di un valore nominale maggiore di quello effettivo.

Tale problema, volutamente ignorato nel paragrafo precedente, richiede particolare attenzione, poiché induce a rilevare l'inammissibilità di alcune soluzioni concordatarie.

I termini della questione possono chiarirsi con un esempio. È possibile il caso della società per azioni-debitrice, la quale assegna ai creditori azioni con un valore nominale di 100 ed uno effettivo di 50. La ragione di questo minor valore può essere la stessa esposta in precedenza, e cioè il concorso dei vecchi soci ai risultati del risanamento per la mancata riduzione del capitale precedente. Al creditore di 1000 la disciplina societaria impedisce di assegnare più 10 azioni (aventi appunto un valore nominale complessivo di 1000). In questo caso il creditore è soddisfatto in una misura pari a 500, poiché tanto valgono le partecipazioni che riceve. Un simile concordato realizza perciò il credito per il 50 % e non per l'intero.

Emerge a questo punto un conflitto tra la disciplina concorsuale degli effetti - e dunque del rapporto modificato dal concordato - e quella societaria del capitale, che conduce alla inammissibilità della proposta, se non accompagnata da adeguati correttivi. Secondo le regole del concorso il rapporto prosegue, per la parte non estinta, benché privo di responsabilità (v. cap. 5). Questo risultato è vietato dal diritto societario, e segnatamente dalle regole che impongono conferimenti di valore almeno corrispondente al capitale sottoscritto (artt. 2346, comma 5, e 2464, comma 1, cod. civ.). Se infatti proseguisse l'obbligo di pagare, benché senza responsabilità, dovrebbe concludersi che le azioni con valore nominale di 1000 sono liberate da un conferimento di 500, poiché solo in quella misura si estingue il debito sociale. Un simile esito è certamente inammissibile. Da una parte, la disciplina societaria non può

[1243] Secondo F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 334, nelle soluzioni negoziali "ciascuna delle parti orienterà le proprie scelte di convenienza in considerazione di quanto potrà aspettarsi di ottenere dall'alternativa giudiziale. Se questa è inefficiente, è difficile immaginare che gli accordi transattivi che saranno stipulati realizzino in modo ottimale gli interessi coinvolti, anzitutto quello dei creditori". In sintonia con queste affermazioni può leggersi quella di L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 239, il quale riferendosi all'ipotesi del concordato fallimentare rileva che "più è alto il prezzo che il curatore sa di poter ottenere sul mercato, più è alta l'asticella che il debitore deve «saltare» per riprendersi il patrimonio, con evidente beneficio per i suoi creditori".

rinunciare all'integrità del capitale sociale consentendo un conferimento di importo inferiore al nominale; dall'altra, quella concorsuale non può imporre ai creditori estranei all'accordo effetti diversi da quelli riduttivi previsti per legge.

Simili operazioni risultano allora possibili a due condizioni. In primo luogo, nei casi in cui l'intervento di terzi - quali potrebbero essere anche i soci - ristabilisce l'equilibrio tra valore nominale ed effettivo delle nuove azioni. Se, ad esempio, nuovi versamenti ripristinano l'equilibrio tra i due valori e ogni nuova azione vale i 100 della cifra nominale, non vi sono ostacoli ad ammettere l'operazione; verosimile potrebbe essere, inoltre, l'intervento di un terzo disposto a sottoscrivere un aumento non proporzionale, tale da eliminare lo scarto tra valore effettivo e nominale delle partecipazioni sottoscritte dai creditori. Lo stesso avviene se è la previa riduzione del capitale a ripristinare la corrispondenza tra i due valori[1244]. In secondo luogo, se i creditori dichiarano di rimettere la parte del debito che costituisce la differenza tra il valore effettivo e quello nominale. Poiché però l'estinzione del rapporto anche per la frazione rimasta insoddisfatta è incompatibile rispetto alla disciplina del concordato (cap. 5), un simile effetto: è sottratto alla maggioranza e richiede il consenso individuale di ciascun creditore; determina le conseguenze normali della remissione, estinguendo anche eventuali garanzie.

Un'altra possibilità consiste nel superare l'ostacolo posto dalla disciplina societaria attraverso l'emissione di titoli sottratti al regime dei conferimenti e del capitale sociale. Nel caso della società per azioni la proposta potrebbe perciò offrire la conversione dei crediti non con titoli azionari, ma strumenti finanziari partecipativi, i quali possono attribuire a chi li sottoscrive diritti sia patrimoniali che amministrativi, ad esclusione del voto nell'assemblea generale degli azionisti (art. 2346, ult. comma, cod. civ.).

86. Proposte concorrenti e attribuzione di partecipazioni ai creditori

Il cattivo funzionamento degli strumenti concorsuali di carattere coattivo - quelli capaci di imporsi all'imprenditore - conferisce alla società debitrice e ai soci un significativo potere contrattuale. Si può confezionare la proposta offrendo ai creditori di scegliere tra la soluzione concordataria e le più lunghe ed incerte alternative praticabili. Tra le misure escogitate per ridurre tale potere rientra l'istituto delle proposte concorrenti.

Il debitore che opta per il concordato si espone al rischio che i creditori formulino e preferiscano un diverso regolamento degli interessi. Presentare un'offerta irrisoria incrementa questo rischio, mentre un maggior soddisfacimento consente all'iniziativa del debitore di ottenere più voti di quelle concorrenti o addirittura impedirne l'ammissione.

Solo se l'iniziativa del debitore non consente di pagare almeno il quaranta per cento ai creditori chirografari o, nel concordato con continuità, il trenta, coloro che siano titolari di almeno un decimo dei crediti complessivi (*rectius*, della misura calcolata secondo i canoni dell'art. 163, comma 4, l. fall.[1245]), possono avanzare proprie proposte[1246]. La legittimazione

[1244] Per il riequilibrio che la riduzione del capitale determina, F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 133, rileva come essa si presti ad assolvere una funzione che la rende assimilabile a una sorta di "soprapprezzo in negativo", posto a carico dei soci.

[1245] Nel computo della percentuale richiesta per la proposta, non si considerano i rapporti infragruppo. Secondo G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1165, "si tratta di una limitazione condivisibile, che evita la presentazione di proposte concorrenti 'civetta' da parte di soggetti legati al debitore,

si estende anche a chi raggiunge tale misura o diviene creditore per acquisti successivi alla domanda di concordato. Si consente così a soggetti che non hanno crediti, ma sono comunque interessati a formulare una propria proposta - ad esempio per la possibilità di acquisire l'azienda mediante un concordato con assunzione - di subentrare nel rapporto obbligatorio e, quindi, nella legittimazione a predisporre i termini del concordato. Di riflesso, si aumentano le possibilità per chi già sia creditore di riuscire a cedere il proprio diritto, aggiungendo al novero degli interessati all'acquisto proprio coloro che intendano a formulare una propria proposta[1247].

Per il discorso su responsabilità patrimoniale ed operazioni societarie vengono in rilievo soprattutto due regole.

La prima è quella in virtù della quale "la proposta [concorrente] può prevedere l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, può prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione" (art. 163, comma 5, l. fall.). Benché non sia espressamente riconosciuto, non è da escludere la sostituzione del credito non con partecipazioni, ma obbligazioni oppure strumenti finanziari partecipativi[1248]. Potrebbe inoltre anche trattarsi di obbligazioni convertende[1249], che cioè la società può estinguere offrendo azioni al sottoscrittore, o anche convertibili.

La seconda regola riguarda più propriamente la fase esecutiva, ma si presenta strettamente connessa al contenuto. Dispone l'art. 185, comma 6, l. fall., che "il tribunale [...] può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusi, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa".

La disciplina delle proposte concorrenti contribuisce all'abbandono del tradizionale principio secondo cui le procedure concorsuali "non hanno, in via di principio, alcuna conseguenza

---

avanzate al solo fine di confondere i creditori, contrastare proposte concorrenti di terzi o superare eventuali vizi o profili di inammissibilità cui potrebbe incorrere la proposta originaria del debitore".

1246 "La limitazione della legittimazione serve a funzionalizzare l'istituto alla effettiva soddisfazione dell'interesse della massa dei creditori, attribuendo un ruolo solo a coloro che, essendo creditori con posizioni rilevanti, patiscono maggiormente gli effetti della crisi del debitore" (G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1165).

1247 Rileva G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1165, che "in tal modo, l'istituto contribuisce alla creazione e, comunque, alla maturazione anche nel nostro contesto economico di un effettivo mercato dei crediti deteriorati verso imprese in procedura concordataria, potendo tali posizioni creditorie essere appetibili proprio dagli operatori specializzati interessati alla presentazione di proposte concorrenti".

1248 F. GUERRERA, *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Macario-F. Di Marzio (a cura di), Milano, 2010, 606; F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 79; F. BRUNO-P. CASTAGNA, *La conversione dei crediti bancari in capitale di rischio (*debt for equity swap*) nell'ambito del* restructuring *in Italia, Germania e UK*, cit., 274.

1249 F. BRUNO-P. CASTAGNA, *La conversione dei crediti bancari in capitale di rischio (*debt for equity swap*) nell'ambito del* restructuring *in Italia, Germania e UK*, cit., 275.

sull'assetto organizzativo della società"[1250]. Oltre al monopolio del debitore sulla proposta, si supera anche quello dei soci sulle scelte riguardanti la struttura organizzativa della società[1251], riconoscendosi anche ai creditori il diritto di decidere l'aumento - ma non anche la riduzione[1252] - del capitale sociale[1253]. Diritto dei creditori sottoposto a condizioni persino più favorevoli di quelle stabilite per la proposta della società[1254] e per quelle che intervengono nel concordato fallimentare, cioè in seguito all'accertamento dell'insolvenza[1255].

Tuttavia, non sarebbe corretto affermare che sono i creditori a disporre l'aumento.

[1250] Così alcuni anni fa, e riferendosi sia al concordato che all'amministrazione controllata, A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 336.

[1251] Così F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, cit., 421. Sulla compatibilità tra questa disciplina e quella europea che riserva all'assemblea dei soci le scelte sulla consistenza del capitale e l'esclusione del diritto d'opzione in caso di aumento si soffermano G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 483-484; V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc*., 2017, 119; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 90 ss.; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 791 ss..

[1252] Così sembrano concludere anche A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, cit., 22; F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, cit., 425. Di contrario avviso, Cons. notarile Firenze, *Massima n. 58. Aumento di capitale nel concordato preventivo a seguito del d.l. n. 83/2015*, secondo cui "in caso di proposta di concordato preventivo presentata dai creditori, qualora il patrimonio netto risulti perduto, l'aumento di capitale con esclusione del diritto d'opzione previsto dalla medesima proposta può essere preceduto da un azzeramento del capitale sociale"; N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 390-391; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 121 e 130 ss..

[1253] Per la necessità di sottrarre ai soci il dominio esclusivo sulle scelte riguardanti il capitale sociale, G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014, 98 ss..

[1254] Un ruolo fondamentale in tal senso riveste la possibilità di prescindere dalla volontà dei soci: mentre il concordato proposto dagli amministratori non potrebbe fare a meno del loro consenso per l'aumento e l'esclusione del diritto d'opzione, quello proposto dai creditori potrebbe invece non tenerne conto. Per questa considerazione, G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1169; N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 389, il quale perciò reputa che la volontà dei soci possa essere superata, secondo il meccanismo dell'art. 185, comma 6, l. fall., anche nella proposta redatta dalla società da essi formata; V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 125 ss.; M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. soc*., 2016, 904; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 769 ss.; V. CONFORTINI, *Il concordato preventivo fra legge del concorso e legge del contratto. concordati di riorganizzazione societaria e* status socii, cit., 1317. Come mette in risalto G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., 287, simile vantaggio per le proposte concorrenti dovrebbe essere eliminato in caso di entrata in vigore della riforma proposta dalla Commissione Rordorf, la quale prevede, all'art. 6, comma 2, lett. *b*), l. 19 ottobre 2017, n. 155, l'adozione di un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 185, comma 6, l. fall. a prescindere dall'autore della proposta, se creditore o la stessa società debitrice.

[1255] Mentre la volontà dei soci può essere superata nel concordato preventivo, analoga possibilità non è prevista per quello fallimentare, in cui le modifiche riguardanti la struttura organizzativa richiedono il loro consenso dei soci. Proprio per questa ragione N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 375-376, si interroga sulla possibilità di applicare analogicamente alcune regole sulle proposte concorrenti al concordato fallimentare, optando per la soluzione affermativa.

L'omologazione della proposta concorrente non determina come conseguenza automatica la variazione del capitale[1256]. Essa è costitutiva non direttamente dell'aumento, ma di un obbligo di *facere*[1257] che si impone ai soci e agli amministratori[1258], tenuti a compiere gli atti strumentali a tale aumento (convocazione dell'assemblea ed esercizio del voto). La soluzione prescelta con l'approvazione della proposta e l'omologazione del concordato "conforma [...] direttamente gli interessi dell'organizzazione societaria, tanto da imporsi anche ai soci"[1259].

L'omologazione sostituisce la discrezionalità delle scelte assembleari con l'individuazione di una sola condotta possibile, in quanto doverosa: "a seguito dell'omologazione, l'ordinamento individua *a priori* una sola condotta ammissibile"[1260]. Un fenomeno analogo si registra per gli amministratori: la normale discrezionalità delle loro scelte è abrogata da una nuova fonte di obblighi: "dopo l'omologazione del concordato, statuto sociale (e segnatamente il suo 'oggetto') e piano concordatario veng[o]no a rappresentare due programmi - uno originario e l'altro sopravvenuto, che anzi potrebbe anche pretendere modificazioni del primo - che si trovano a concorrere nel prescrivere agli amministratori l'attività da compiere"[1261]. In caso di inadempimento degli uni o degli altri, l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo[1262] è realizzata mediante la nomina di un amministratore giudiziario, al quale si permette "di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla [...] proposta", non esclusi "la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci" e "l'esercizio del voto" al loro posto (art. 185, comma 6, l. fall.)[1263]. Con questa disciplina la legge del concordato moltiplica le

[1256] V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 115. In questi termini sembra potersi leggere anche l'affermazione di V. CONFORTINI, *Il concordato preventivo fra legge del concorso e legge del contratto. concordati di riorganizzazione societaria e* status socii, cit., 1312, secondo cui "la procedura concorsuale - come il concordato preventivo, così il fallimento - è incapace di spiegare effetti direttamente modificativi o estintivi dei diritti di partecipazione dei soci".

[1257] Un obbligo analogo, ma diversamente disciplinato e sanzionato, è presente nell'ordinamento spagnolo. L'art. 165, comma 2, L.C. presume la responsabilità di soci ed amministratori che senza giusta causa rifiutano la conversione dei crediti in partecipazioni o l'emissione di strumenti finanziari convertibili in capitale qualora la loro scelta impedisca il buon esito di una soluzione concorsuale suscettibile di prevenire l'insolvenza. Per l'esame di questa disciplina, J. PULGAR, *I fattori di successo della ristrutturazione stragiudiziale amichevole (appunti sul modello spagnolo)*, in *Dir. fall*., 2015, I, 105 ss.. Un confronto tra disciplina italiana e spagnola è condotto da L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 742 ss.; M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, cit., 907; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 85 ss..

[1258] In questi termini, G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1169-1170; V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 117.

[1259] G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., 290.

[1260] V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 117.

[1261] M. SCIUTO, *"Adempimento" del concordato e programma societario*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, V. Di Cataldo-V. Meli-R. Pennisi (a cura di), t. 3, Milano, 2015, 1484.

[1262] Una allusione a questa come forma di esecuzione in forma specifica si trova in F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 66.

[1263] Un rimedio simile è previsto da ancora prima nel sistema francese. Con l'Ordonnance n. 2014-326 du 12 mars 2014, art. 52, si è introdotto nel code de commerce l'art. L. 631-9-1. Nell'ambito della procedura di *redressement judiciaire*, la disposizione prevede che "si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter la reconstitution du capital, à concurrence du montant proposé par l'administrateur, à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan". Più recentemente la scelta del legislatore francese si trova ribadita nella Loi n. 2015-990 du 6 août 2015, art. 238, la quale introducendo l'art. L. 631-19-2 all'interno del code de commerce consente per certe categorie

occasioni per la riorganizzazione societaria, offrendole anche all'iniziativa dei creditori, in linea di continuità sia con l'idea della crisi come pericolo di insolvenza - da evitare appunto mediante la ristrutturazione-riorganizzazione[1264] - sia con la prospettiva della crisi e delle procedure concorsuali come fase fisiologica dell'impresa[1265], tale da non determinarne necessariamente la conclusione (par. 71).

Al creditore che formula la proposta è perciò offerta la possibilità non solo di appropriarsi direttamente del patrimonio sociale, mediante un concordato con assunzione[1266], ma anche di aumentare il capitale e convertire i crediti in partecipazioni[1267]. Con la disciplina delle proposte concorrenti si "rende contendibile il controllo societario e non soltanto il patrimonio della società in crisi"[1268], con il vantaggio - secondo una diffusa opinione - di evitare l'applicazione della disciplina delle offerte concorrenti, ossia la possibilità che il tribunale individui un offerente diverso da quello proposto (art. 163 *bis*, comma 1, l. fall.)[1269]. I

---

di imprese non solo la nomina da parte del tribunale di un soggetto incaricato dell'aumento di capitale, ma anche la vendita coattiva delle partecipazioni sociali. Sul confronto tra questa disciplina e quella delle proposte concorrenti nel concordato italiano, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, cit., 107, i quali rivolgono una condivisibile critica al nostro legislatore per "l'importazione di 'brandelli' di sistemi normativi altrui"; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 737 ss.; M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, cit., 906; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 82 ss.. Una disciplina analoga a quella francese, con riguardo alla possibilità del piano di coinvolgere le partecipazioni dei soci oltre al patrimonio della società debitrice, si trova nei §§ 217 e 225a dell'Insolvenzordnung tedesca.

[1264] Il nesso tra i due termini è colto da G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, cit., 753, per il quale "*la ristrutturazione dei debiti* si risolve in una *riorganizzazione del finanziamento dell'attività d'impresa*" (corsivi dell'Autore).

[1265] Secondo G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, cit., 27, "esagerando un po' può anche dirsi che per definizione l'impresa, proprio in quanto attività dinamica, (non solo è istituzionalmente a rischio di insolvenza, ma) è sempre in crisi: solo ciò che è statico non è in crisi, ma ciò che è statico non è impresa".

[1266] Per questo rilievo, F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, cit., 421, a giudizio del quale "il creditore concorsuale, se pur divenuto tale in seguito all'acquisto di crediti esistenti verso il debitore alla data della proposta di concordato secondo l'art. 163, comma 4, legge fallim. (e quindi, in definitiva, qualsiasi 'terzo', essendo poco significativo il riferimento allo *status* di creditore), può programmare non soltanto l'acquisizione del patrimonio dell'imprenditore in crisi o insolvente - come avviene per la proposta di concordato fallimentare con assunzione (art. 124, comma 4, legge fallim.) -, ma anche l'ingresso nel capitale della società in concordato al fine di acquisirne il controllo, eventualmente anche totalitario".

[1267] Secondo F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, cit., 421 "il creditore proponente o il soggetto indicato nella proposta di concordato concorrente dovrebbe, non soltanto 'prevedere' l'aumento del capitale sociale, ma anche impegnarsi a sottoscriverlo e versarlo, con una dichiarazione negoziale avente valore di 'accettazione preventiva' e sia pure subordinata all'omologazione definitiva del concordato stesso. Soltanto a questa condizione (o in presenza di una garanzia equipollente di sottoscrizione o collocamento dei titoli), infatti, si avrebbe la ragionevole certezza della 'fattibilità' del piano concordatario". In maniera simile, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, cit., 98; N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 381.

[1268] M. RANIELI, *Prove di contendibilità nel concordato preventivo e fallimentare*, Padova, 2017, 9.

[1269] Secondo A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, cit., 19-20, è proprio l'inapplicabilità del meccanismo delle offerte concorrenti a rendere conveniente la conversione dei crediti rispetto all'alternativa del concordato con assunzione. Nella stessa direzione, anche Trib. Napoli, 13 giugno 2018, cit., il quale esclude l'applicazione della disciplina in tema di offerte concorrenti sulla base dell'idea che ad essa resterebbe estraneo "[i]l caso in cui la società debitrice realizza un'operazione di modificazione degli assetti proprietari, a mezzo una deliberazione di aumento del capitale sociale, rispetto alla quale i soggetti giuridici titolari dei beni oggetto di atto dispositivo (come la rinuncia al diritto di opzione) sono i soci e soltanto i soci".

creditori sono ammessi a decidere in via unilaterale il proprio ingresso nella compagine sociale, potendo arrivare ad assumere il controllo della società. Come anche nel caso di aumento programmato nella proposta del debitore[1270], non sono da escludere la sottoscrizione riservata ad alcune classi di creditori soltanto, come pure la distribuzione non proporzionale ovvero l'emissione di azioni o quote fornite di diritti particolari.

La disciplina esposta muta in parte i termini del discorso già svolto. Le proposte concorrenti, in considerazione del soggetto che ne è autore, pongono in maniera diversa i problemi dell'ordine orizzontale e verticale di distribuzione. La prima questione riguarda la possibilità per il proponente di assegnare a sé stesso una utilità maggiore in proporzione rispetto a quella offerta agli altri creditori. La seconda, quella di sottrarre utilità non solo al debitore, ma anche ai suoi soci. Il tema investe la funzione stessa del concordato preventivo e, per il suo tramite, quella della responsabilità patrimoniale.

L'esame di questi problemi impone alcune considerazioni preliminari sulle condizioni che consentono la conversione dei debiti in partecipazioni nella disciplina delle proposte concorrenti.

87. Condizioni per l'aumento di capitale

Si è già posto in luce che la possibilità offerta ai creditori di modificare il capitale della società debitrice deroga a due regole generali, rispettivamente nel sistema societario ed in quello concorsuale. La prima è la norma che riserva ai soci le scelte sulla struttura organizzativa e finanziaria della società. La seconda, quella che affida al debitore la predisposizione della proposta concordataria e del piano. Entrambe le eccezioni si pongono sul piano della legittimazione: a decidere la modifica del capitale; a redigere le condizioni da offrire ai creditori.

Si pone allora il problema delle regole secondo cui si può disporre l'aumento di capitale. L'art. 163, commi 4 e 5, l. fall. individua il soggetto che può proporre ai creditori l'aumento, non le sue condizioni. Il problema si pone anzitutto rispetto alla regola stabilita dagli artt. 2438 (per le società azionarie) e 2481, comma 2, cod. civ. (per quelle a responsabilità limitata), i quali vietano di aumentare il capitale fino a quando non siano interamente liberate le partecipazioni precedentemente sottoscritte. Si tratta di una regola volta ad evitare che la società possa ostentare un capitale costituito prevalentemente da crediti verso i soci[1271], per la quale non è prevista alcuna deroga nella disciplina del concordato.

Nonostante un contrario orientamento della dottrina[1272], la conclusione più coerente con questa premessa è che le regole generali, la cui applicazione non trova ostacolo nella

[1270] F. BRUNO-P. CASTAGNA, *La conversione dei crediti bancari in capitale di rischio (*debt for equity swap*) nell'ambito del* restructuring *in Italia, Germania e UK*, cit., 273-274 e 280, i quali mettono in risalto come l'attribuzione di particolari diritti possa risultare utile soprattutto nei casi in cui oltre ai creditori interviene un nuovo investitore a sottoscrivere le nuove partecipazioni.

[1271] F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato Galgano di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. VII, Padova, 1988, 372; M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, cit., 898.

[1272] P. BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Riv. soc*., 2016, 274, per il quale la disciplina delle proposte concorrenti aggiungerebbe a quelle già esistenti "una nuova ipotesi di esclusione o limitazione del diritto d'opzione"; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1170, per il quale "l'aumento di capitale previsto nella proposta concorrente non soggiace ai limiti previsti dall'art.

presenza di una eccezionale, stabiliscono la disciplina per l'aumento del capitale anche nel campo delle proposte concorrenti[1273]. Deve perciò valere anche per queste proposte il divieto di eseguire l'aumento fin quando non sono interamente liberati i conferimenti promessi in precedenza. È bene precisare che questa regola impedisce l'attuazione della decisione d'aumento, ma non la sua adozione. In questi termini si esprimono le disposizioni sopra richiamate: "un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate" (art. 2438, comma 1, cod. civ.); "la decisione di aumentare il capitale sociale non può essere attuata fin quando i conferimenti precedentemente dovuti non sono stati integralmente eseguiti" (art. 2481, comma 2, cod. civ.). Entrambe le regole sono chiare nell'impedire non la decisione, ma solo la sua attuazione[1274]. Nel caso delle proposte concorrenti è perciò possibile programmare l'aumento, rispetto al quale i soci e gli amministratori hanno l'obbligo di compiere ogni atto necessario all'esecuzione. I primi dovranno assumere la relativa delibera ed i secondi agire perché i conferimenti precedenti siano versati, consentendo così la realizzazione l'aumento.

88. Condizioni per l'esclusione del diritto d'opzione

Considerazioni analoghe possono riferirsi alla regola che estende all'autore della proposta concorrente la legittimazione a prevedere l'esclusione del diritto d'opzione sulle nuove partecipazioni. Anche questa norma è eccezionale rispetto alla disciplina societaria ed investe soltanto il profilo soggettivo della legittimazione. Nessuna deroga è invece stabilita per le regole che stabiliscono i casi in cui è possibile aumentare l'importo del capitale offrendone direttamente la sottoscrizione a terzi[1275]. Bisogna allora fare riferimento all'art. 2441, commi

---

2438 e 2481 c.c., potendo essere eseguito anche prima che i conferimenti precedentemente dovuti siano stati integralmente eseguiti; non può, infatti, essere impedita l'attuazione della proposta concorrente omologata da una condotta omissiva dei soci".

[1273] In questi termini M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, cit., 896 ss., il quale però sostiene la possibilità di procedere comunque all'aumento, determinandosi però in tal caso una responsabilità risarcitoria per amministratori e soci. Sembra però difficilmente plausibile che le conseguenze sfavorevoli dell'illecito, consistente in un aumento posto in essere benché vietato, possano essere riversate su soggetti ai quali potrebbe semmai imputarsi la mancata esecuzione di conferimenti precedenti, ma non certo la violazione sulle regole in tema di capitale sociale.

[1274] Così S.A. CERRATO, *Le operazioni di aumento del capitale*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti (diretto da), Bologna, 2009, 845-846; B. PETRAZZINI-M. CALLEGARI-S.A. CERRATO-M. CAVANNA, *Le modificazioni dello statuto nelle s.p.a.*, cit., 350-351.

[1275] In altra direzione si orientano G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1170, per il quale "l'aumento di capitale sociale previsto nella proposta concorrente non è sottoposto, per espressa previsione legislativa, al diritto di opzione dei soci e possessori di obbligazioni convertibili, potendo essere escluso o limitato il diritto di opzione senza il rispetto dei vincoli e delle cautele previste dagli artt. 2441 e 2481 bis c.c., sia sotto il profilo procedimentale, sia sotto il profilo del prezzo di emissione"; R. GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (D.L. 7 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *IlCaso.it*, 12, secondo il quale "c'è oggi [...] una nuova causa di esclusione (o limitazione) del diritto di opzione"; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 754, per il quale "l'art. 163, 5° comma, legge fall. [...] deve essere considerato come un frammento del diritto societario della crisi, che costituisce un sistema normativo a sé stante, da integrare, ove occorra, ricorrendo ai principi a esso propri oppure - secondo una diversa interpretazione - nel quale le forme comuni di organizzazione e di esercizio delle imprese collettive devono essere adattate, in via interpretativa, al nuovo contesto della situazione di crisi o di insolvenza. Entrambe le opinioni inducono [...] a delineare uno statuto speciale della società che versi in situazione di crisi; motivo per cui anche la disciplina sostanziale del diritto di opzione necessita di essere adeguata alle specifiche esigenze e ai peculiari bilanciamenti di interessi

4 e 5, cod. civ. nelle società per azioni e all'art. 2481 *bis*, comma 2, cod. civ. in quelle a responsabilità limitata[1276].

La prima disposizione consente di escludere l'opzione in tre ipotesi: qualora le nuove partecipazioni debbano essere liberate mediante conferimenti in natura; qualora, nelle società quotate, lo statuto consenta di offrire sul mercato una frazione pari a un decimo del capitale secondo il suo valore di scambio; infine, nei casi in cui sia l'interesse della società ad esigerlo.

Per l'art. 2481 *bis*, comma 2, cod. civ., il diritto dei soci a sottoscrivere le nuove quote può essere escluso solamente se lo statuto prevede tale possibilità.

In entrambe le tipologie societarie l'offerta di partecipazioni ai terzi implica che una fattispecie complessa si perfezioni: nelle società per azioni è necessario che sussista uno dei fatti stabiliti dall'art. 2441, comma 4 e 5, cod. civ., insieme con la conforme previsione nella delibera di aumento; in quelle a responsabilità limitata, servono una clausola statutaria che consenta l'offerta di quote a terzi e la conforme decisione nella delibera che dispone l'aumento. Neppure queste regole trovano una deroga nella disciplina delle proposte concorrenti, sicché sembra di poter condividere l'opinione che ammette l'offerta a terzi di quote ed azioni solamente se sussistono le condizioni previste dal diritto societario[1277].

Né convincono i tentativi di segno contrario formulati da una parte della dottrina. Per le società a responsabilità limitata taluno propone di riconoscere alla proposta concorrente la possibilità di modificare lo statuto sociale, inserendo la clausola volta a consentire l'offerta

---

che emergono in quella peculiare situazione. Per queste ragioni, la previsione in esame può essere considerata come «una nuova causa di esclusione o limitazione del diritto di opzione» che si somma a - senza dover essere sussunta in - quelle *ex* art. 2441 c.c.". In prospettiva più moderata si collocano M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, cit., 890 ss., il quale tende a superare l'ostacolo riconoscendo la possibilità che la proposta concorrente modifichi lo statuto nelle società a responsabilità limitata oppure, per quelle azionarie, dilatando il concetto di interesse della società; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 134 ss., il quale sembra affermare la deroga alla regola dettata per le società a responsabilità limitata, ma non a quella che fissa i presupposti per l'esclusione dell'opzione nelle società azionarie.

[1276] In questi termini, A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, cit., 20, al quale pure "sembra che il laconico riferimento all'esclusione del diritto di opzione contenuto nell'art. 163 c. 5° l. fall. non comporti alcuna deroga a quanto prevedono, rispettivamente, l'art. 2441 c.c. per la S.p.A. e l'art. 2481-*bis* c.c. per la s.r.l.. Dunque, l'esclusione (o la limitazione) del diritto di opzione è possibile, nella S.p.A. emittente azioni non quotate, solo se i) le nuove azioni devono essere liberate mediante un conferimento in natura (cfr. art. 2441 c. 4° c.c.); ii) l'interesse sociale lo esige (cfr. art. 2441 c. 5° c.c.); iii) le azioni sono offerte in sottoscrizione ai dipendenti della società debitrice (o di altre società che la controllano o sono dalla prima controllate: cfr. art. 2441 c. 8° c.c.). Per l'esclusione del diritto di sottoscrizione nella s.r.l., invece, la facoltà deve essere prevista dall'atto costitutivo (cfr. art. 2481-*bis* c. 1° c.c.), altrimenti non se ne parla".

[1277] Per A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, cit., 21-22, "poiché l'aumento di capitale sociale previsto nella proposta concorrente del creditore con finalità acquisitive dovrebbe di norma prevedere il versamento di conferimenti in denaro (se del caso, da compensare con le pretese falcidiate dei creditori), è giocoforza ritenere che, con l'unica eccezione di una s.r.l. debitrice che contenga nel suo atto costitutivo una illimitata possibilità di offerta ai terzi delle quote di nuova sottoscrizione (e salvo il problema del recesso dei soci *ex* art. 2481-*bis* c. 1° c.c.), sarà pressoché impossibile sottrarre coattivamente ai vecchi soci il diritto di opzione. Al limite, si potrà immaginare una proposta concorrente con aumento del capitale sociale e con impegno del proponente (o di un terzo designato) alla sottoscrizione dell'aumento sospensivamente condizionato alla preventiva rinuncia all'esercizio del diritto di opzione da parte di tanti soci che consentano comunque al sottoscrittore di conseguire il controllo della società debitrice, salvo ogni dubbio in ordine all'ammissibilità di proposte concordatarie condizionate".

delle quote ai terzi[1278]. Per quelle azionarie si afferma invece che l'esigenza della società all'aumento senza opzione sarebbe *in re ipsa*[1279]. La prima affermazione espande la deroga alla competenza esclusiva dei soci al di là del campo definito dalle norme (eccezionali) contenute nello statuto delle proposte concorrenti. La seconda postula una correlazione tra esigenze della società ed esclusione dell'opzione che rimane indimostrata e che comunque non può essere predicata in termini generali ed astratti, dovendosi valutare in concreto le condizioni e l'interesse della società. La necessità di escludere l'opzione sembra anzi da escludere in tutti i casi in cui la ristrutturazione potrebbe ugualmente realizzarsi offrendo le nuove azioni ai vecchi soci[1280]; anziché attraverso la compensazione del credito, i creditori sarebbero soddisfatti con il pagamento consentito dai nuovi conferimenti[1281].

La mancanza di deroghe al sistema societario non appare né irragionevole né pregiudizievole rispetto alle finalità della procedura. Solo apparentemente la piena vigenza delle regole comuni pregiudica il sistema delle proposte concorrenti. Essa consente di attuare anche durante la crisi il sistema di valori posto alla base della disciplina societaria, il quale deve rimanere fermo in mancanza di una regola di segno contrario[1282]. Nei casi in cui manchino i presupposti per l'offerta diretta delle partecipazioni ai creditori, queste devono essere proposte ai soci; quelle che rimangono inoptate possono essere sottoscritte dai creditori, in linea con quanto dispongono gli artt. 2441, comma 3, e 2481 *bis*, comma 3, cod. civ.. In altre parole, le deroghe consentite sono quelle imposte dalle finalità della procedura; eccezioni ulteriori al sistema societario esprimerebbero una deviazione dalla finalità di soddisfare i creditori[1283], con un sacrificio ingiustificato imposto a soggetti - i soci - estranei al rapporto obbligatorio[1284].

[1278] Per la possibilità di apportare una simile modifica allo statuto, M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, cit., 891.

[1279] Così L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 752. In maniera simile, M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, cit., 890 ss..

[1280] In questa direzione è orientata anche la disciplina concorsuale francese. Pur prevedendosi interventi particolarmente incisivi sulle partecipazioni dei soci, non si esclude il diritto di opzioni se ciò non risulta necessario: l'art. L. 631-19-2, comma 1, n. 1, code de commerce, stabilisce che "si l'augmentation de capital est souscrite par apports en numéraire, les actions émises sont offertes par préférence aux actionnaires, proportionnellement à la partie du capital représentée par leurs actions".

[1281] È la condivisibile obiezione sollevata da A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, cit., 21, per il quale "non sarebbe l'esclusione del diritto di opzione a salvare, se del caso, la società debitrice, ma la sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale, in grado di consegnare a questa le risorse previste come necessarie all'adempimento delle obbligazioni concordatarie. Non è punto comprensibile, dunque, se non in termini di incentivo abnorme alla formulazione di una proposta concorrente ostile, un sacrificio imposto a quei soci che potrebbero ancora manifestare interesse all'operazione di aumento di capitale sociale racchiusa nella proposta concorrente del creditore: l'interesse della massa dei creditori sarebbe comunque soddisfatto a seguito della sottoscrizione del nuovo capitale, a prescindere dall'identità dei sottoscrittori".

[1282] La considerazione sembra porsi in linea con quella sviluppata da G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., 287, secondo la quale non sussistono nel sistema vigente regole da cui possa ricavarsi un principio che affermi "la prevalenza degli interessi astrattamente sottesi a una procedura di risanamento rispetto a quelli della compagine sociale"; e quindi con l'invito a non cancellare in via ermeneutica diritti dei soci e dell'organizzazione societaria che sono invece mantenuti dal legislatore.

[1283] La conferma di quanto affermata sembra ricavarsi dall'affermazione di L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 754, secondo il quale le regole codicistiche sul diritto d'opzione dei

89. Regole distributive e conversione del debito in partecipazioni sociali

Le premesse svolte sulle condizioni per l'aumento di capitale e l'esclusione dell'opzione permettono di intendere nella loro effettiva portata le questioni dell'ordine distributivo orizzontare e verticale nelle proposte concorrenti.

Muovendo dalla prima questione, si intuiscono facilmente le ragioni per cui la previsione di un trattamento "asimmetrico" tra creditori dello stesso grado può porsi soprattutto per le proposte concorrenti, e più raramente per quelle del debitore.

Il creditore-proponente assume un duplice ruolo nella procedura. Egli prima predispone e poi concorre ad approvare la soluzione negoziale. Tale circostanza è presa in considerazione dal legislatore con esclusivo riferimento alla disciplina del voto; non invece per il contenuto della proposta: seguendo il suggerimento formulato in dottrina per le ipotesi di conflitto di interessi[1285], l'art. 163, comma 6, l. fall., stabilisce che "i creditori che presentano una proposta di concordato concorrente hanno diritto di voto sulla medesima solo se collocati in una autonoma classe"[1286]; si riduce - senza eliminarlo - il peso del proponente nell'approvazione[1287].

Rinviando più avanti il discorso da svolgere con riguardo al *surplus* concordatario (par. 96) si può ribadire che nessuna disposizione deroga alle regole sulla distribuzione del ricavato tra i creditori in concorso, alla quale perciò si applicano le regole generali.

I problemi particolari connessi alla conversione del debito in capitale possono essere illustrati richiamando la definizione delle frazioni in cui questo si divide quali partecipazioni e beni di secondo grado (par. 84). Quella premessa giustifica l'affermazione secondo cui il loro valore

---

soci non dovrebbero essere applicate nel contesto della crisi, per una deroga "la cui giustificazione va individuata, fra l'altro, nella funzione propria delle procedure concorsuali di traslare il controllo dell'impresa insolvente dai soci ai creditori". Diversa è l'impostazione seguita nel testo, per la quale il trasferimento del controllo può essere conseguenza del concordato, ma non ne individua la funzione. Logico, dunque, che diverse siano anche le conclusioni.

[1284] Sembra di poter leggere in senso conforme l'affermazione di G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., 291, il quale riferendosi ai soci rileva che "la procedura concorsuale implica alcune diminuzioni delle loro prerogative, ma non le elimina né le funzionalizza a interessi diversi da quelli individuali proprietari".

[1285] Per la possibilità di suddividere i creditori in classi, al fine di separare quelli in conflitto dagli altri, R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall*., 2009, 33 ss.; R. SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall*., 2009, 1068 ss.; S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. Fauceglia-L. Panzani (diretto da), vol. II, Torino, 2009, 1446; M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, cit., 441 ss.; G. D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi tra creditori nei concordati*, cit. 419 ss.; G. D'ATTORRE, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, cit., 766.

[1286] Nessun divieto sussiste invece per i soggetti collegati a coloro che formulano la proposta concorrente e che, per le stesse connessioni rispetto al debitore, sarebbero invece esclusi dal voto; così G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, cit., 1413.

[1287] Secondo F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, cit., 423, quella escogitata dal legislatore del concordato preventivo sarebbe "una soluzione di compromesso, volta a 'isolare' e 'limitare' la partecipazione del creditore, autore della proposta concorrente, alla formazione del consenso collettivo necessario alla sua approvazione. Grazie ad essa, infatti, chi è intenzionato 'dall'esterno' ad acquisire la società e, se del caso, a salvarla ricapitalizzandola, può contribuire direttamente al raggiungimento della 'doppia maggioranza' (per crediti ammessi alla votazione e per classi), richiesta dall'art. 177 legge fallim. E questo agevola la ricapitalizzazione 'forzosa' (o etero-determinata) della società in crisi".

"costituisce sempre una *grandezza derivata*"[1288]: "azioni o quote [...] valgono o apportano utilità non per se stesse, ma in quanto consentono di partecipare ad una impresa societaria dalla quale il titolare delle quote o azioni potrà trarre le proprie utilità finali"[1289].

Si spiega allora la ragione per cui il valore attribuito nel mercato varia in relazione ai diritti e poteri di fatto che ciascuna partecipazione incorpora, i quali a loro volta sono condizionati da una serie di variabili, prime fra tutte la sua consistenza, l'ammontare complessivo del capitale ed il modo in cui esso è ripartito tra i soci[1290]. Certe partecipazioni, alle quali sono connessi diritti particolari o, più spesso, una certa misura di capitale attribuiscono diritti (per modo d'esempio, quello ad impugnare le deliberazioni assembleari ai sensi dell'art. 2377, comma 3, cod. civ.) o consentono poteri di fatto (come quello di esercitare tanti voti nell'assemblea ordinaria da nominare gli amministratori) di cui altre sono prive. La loro circolazione trasferisce anche il presupposto per l'esercizio di quei diritti e di quei poteri[1291] e perciò lo scambio avviene per un corrispettivo diverso dalla misura del capitale o del patrimonio sociale che sono rappresentati. La maggior evidenza di queste considerazioni si ha nel trasferimento di partecipazioni di controllo; è tanto risalente quanto attuale l'affermazione secondo cui "il valore commerciale di un pacchetto azionario, tale da assicurare il controllo della società non si riduce a quello delle azioni che lo compongono, appunto perché… esso assicura il controllo della società"[1292].

Senza dilungarsi oltre su dati che appartengono ormai alla comune esperienza, occorre notare che la divergenza tra valore di mercato e valore nominale delle partecipazioni pone un problema distributivo ulteriore rispetto all'ipotesi del pagamento in denaro. Bisogna stabilire se le partecipazioni vadano assegnate considerando o meno il plusvalore che alcune di esse incorporano: "potrebbe verificarsi che ai creditori siano attribuite azioni o quote che abbiano ciascuna un valore nominale uguale e, quindi, complessivamente proporzionale all'ammontare del proprio credito, ma che, allo stesso tempo, abbiano un valore di mercato differente, tale da attribuire al complesso della partecipazione sociale assegnata al creditore un valore non proporzionale all'ammontare del proprio credito"[1293]. Sulla stessa linea, la

[1288] G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale soluzione da Vienna?*, cit. 2015, 1492 (corsivo dell'Autore).

[1289] G. D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra* par condicio creditorum *e principio di eguaglianza tra soci*, cit., 854.

[1290] G. D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra* par condicio creditorum *e principio di eguaglianza tra soci*, cit., 854-855 "la perimetrazione dello *status* di socio, inteso come espressione riassuntiva dei suoi diritti ed obblighi, si può tracciare solo all'esito di un'operazione di tipo relazionale, che guardi ai diritti attribuiti al singolo socio in relazione a tutti gli altri diritti attribuiti agli altri soci. Per quanto banale, può essere utile un esempio: l'affermazione che il socio Tizio è titolare di n. 10 azioni che attribuiscono n. 10 voti è priva di ogni effettivo significato cognitivo se non si accompagna alla ulteriore specificazione in ordine al numero totale di azioni ed al numero totale di voti che a dette azioni sono attribuite; la 'potenza di voto' di n. 10 azioni su un totale di n. 15 azioni è ben diverso da quella delle stesse 10 azioni rispetto ad un totale di 1000".

[1291] Può essere generalizzata l'affermazione di M. STELLA RICHTER JR., *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, Milano, 1996, 100, secondo cui ad essere oggetto di possibile scambio non è il controllo, il quale consiste in una mera attività, ma i presupposti per il suo esercizio.

[1292] T. ASCARELLI, *In tema di vendita di pacchetto di azioni*, in ID., *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 63. Sulle ragioni economiche che inducono a valutare il pacchetto di controllo più del valore dato alla somma delle partecipazioni che lo compongono, J.D. COX-T.L. HAZEN, *Cox & Hazen on coporations*, vol. II, New York, 2003, 620 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, cit., 117 ss..

[1293] G. D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra* par condicio creditorum *e principio di eguaglianza tra soci*, cit., 870, il quale nella stessa pagina conclude che "dal riconoscimento dell'esistenza di

dottrina statunitense rileva che "creditors with large debts could obtain a block of stock sufficient to control the reorganized firm", e perciò che "even if the extrapolation of enterprise value from the sale price is arithmetically correct, the sale price and hence the compensation given creditors could be distorced"[1294].

Il problema si pone sia se il titolare di un consistente ammontare di crediti programma la distribuzione delle nuove partecipazioni secondo un criterio di stretta proporzionalità (ad esempio, il titolare del 60 % dei crediti chirografari propone di distribuire a sé il 60 % del nuovo capitale, nel caso specifico sufficiente ad esercitare il controllo sulla società, ed il restante 40 % agli altri); sia se il titolare di una frazione ridotta dei crediti assegna a sé una quota maggiore delle azioni per compensare il plusvalore attribuito ai creditori destinatari del pacchetto di controllo (per modo d'esempio, il titolare del 10 % dei crediti chirografari riserva per sé il 20 % dell'aumento di capitale al fine di compensare il plusvalore che assume la partecipazione dell'altro creditore). Ammissibile può risultare solo una delle due proposte: la prima, che prevede la distribuzione secondo il valore nominale oppure quella che tiene conto del valore effettivo.

Il problema non può essere accantonato ricorrendo all'orientamento della giurisprudenza di legittimità[1295] stando al quale le regole del riparto, e con esse anche quella sulla distribuzione simmetrica tra creditori dello stesso grado, non vincolerebbero il creditore-proponente.

Secondo la tesi favorevole a questa soluzione, maturata rispetto al concordato fallimentare, "la possibilità che la proposta sia presentata da un terzo presuppone l'accettazione del principio che il proponente si prospetti un guadagno dal suo intervento non essendo razionalmente presumibile che chi si accolla l'onere e il rischio dell'esecuzione del concordato agisca per puro spirito di liberalità nei confronti del fallito"[1296]. Da questa considerazione si ricava che il creditore potrebbe riservare a sé un'utilità addirittura maggiore rispetto al credito: "poiché nessuno può pensare, come non è pensabile per il terzo, che questi [i creditori] siano normalmente mossi da intenti non speculativi è evidente che il proponente può legittimamente perseguire un risultato ulteriore rispetto a quello che gli competerebbe per tale sola sua qualità, non fosse altro che per compensare il rischio insito nell'operazione"[1297]. A queste affermazioni si associa un'ulteriore parte della giurisprudenza[1298].

Il corollario, nel suo rigore, svela l'equivoco della soluzione e delle sue premesse. Anzitutto, appare infondato il postulato secondo cui la proposta del creditore non sarebbe vincolata dai criteri di riparto imposti al debitore; nessuna indicazione in tal senso si ricava dalle disposizioni sul concordato[1299]. Soprattutto, non sembra convincente la possibilità di una

---

un premio di controllo, e della conseguente diversità di valore di mercato delle azioni o quote, all'affermazione della violazione della *par condicio creditorum* il passo è breve".

[1294] Così M.J. ROE, *Bankruptcy and debt: a new model for corporate* reorganization, in 83 *Columbia Law Review* 1983, 575.

[1295] Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, cit.; Cass. civ., Sez. VI-1, 22 febbraio 2012, n. 2674, in *IlCaso.it*.

[1296] Cass. civ., Sez. VI-1, 22 febbraio 2012, n. 2674, cit..

[1297] Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, cit..

[1298] Sebbene con affermazioni non sempre univoche, sembrano orientarsi in questa direzione Cass. civ., Sez. I, 22 marzo 2010, n. 6904, cit.; Cass. civ., Sez. I, 29 luglio 2011, n. 16738, in *Foro it*., 2011, I, 2983; Trib. Milano, 15 dicembre 2016, cit..

[1299] Rileva anzi V. CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, cit., 1239, che nella procedura di concordato "la *par condicio creditorum* costituisce invalicabile limite al (lecito) perseguimento dell'interesse particolare del singolo".

deviazione causale del concordato dal suo scopo tipico. Tanto la procedura concorsuale quanto l'accordo hanno una funzione satisfattiva e non speculativa, stabilita per legge (art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall.). Sembra che sia proprio tale funzione a giustificare il sistema del concordato preventivo, e segnatamente la sua peculiare efficacia. La garanzia patrimoniale e la disciplina concorsuale tutelano l'interesse del creditore a conseguire l'utilità che gli spetta; non mirano a consentire occasioni di lucro ai creditori. La distribuzione delle risorse incontra perciò due limiti: la consistenza del credito, quale soglia massima[1300]; il rispetto delle regole distributive, quale canone di equità imposto *ex lege*.

Né indicazioni di segno contrario si ricavano dalla possibilità di suddividere i creditori in classi e dalla necessità di inserire il creditore-proponente in una autonoma. L'art. 163, comma 6, l. fall. considera la formazione di tale classe come un onere strumentale all'esercizio del voto[1301], senza eccezioni alla regola secondo cui solamente una posizione giuridica ed interessi differenziati giustificano trattamenti differenti tra i creditori. Quella formata dal solo proponente si configura come una classe anomala, poiché non esercita alcuna influenza sul trattamento di tale creditore, ma serve unicamente a ridurne l'influenza nella approvazione; la peculiare condizione del proponente deriva dal fatto che egli non accetta l'offerta negoziale che egli stesso formula, ma concorre soltanto alla realizzazione della *condicio iuris* consistente nel conseguimento della maggioranza[1302]. La previsione di un diverso trattamento trova invece la propria giustificazione nella diversità di posizione giuridica ed interessi economici presi in considerazione dall'art. 160, comma 1, lett. *c*), l. fall.[1303]. Sembra di poter condividere l'orientamento della giurisprudenza secondo cui i due presupposti per la formazione delle classi attengono rispettivamente alla disciplina del credito e all'interesse concreto del creditore[1304], senza che si possa tenere conto di circostanze contingenti riferibili a singoli soggetti[1305] oppure di fatti, quale la predisposizione di una proposta concorrente, successivi all'apertura della procedura[1306]. La giurisprudenza di legittimità più recente ricostruisce il giudizio relativo alla posizione giuridica rilevante per la formazione delle classi rilevando che esso "riguarda la natura oggettiva del credito e concerne le qualità intrinseche delle pretese creditorie, tenendo conto dei loro tratti giuridici caratterizzanti, del carattere chirografario o privilegiato, della eventuale esistenza di contestazioni nella misura o nella qualità del credito, della presenza di un eventuale titolo esecutivo provvisorio"[1307]. La valutazione relativa agli interessi economici, invece, "ha riguardo alla fonte e alla tipologia

[1300] Una vicenda in cui ai creditori si è invece attribuito un valore superiore alla utilità attesa dal rapporto obbligatorio è riportato da L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 216, richiamando il risanamento delle società in crisi del gruppo Parmalat, conseguito proprio mediante la conversione dei crediti in partecipazioni.

[1301] Sulla collocazione del proponente in una classe autonoma come oggetto di un onere, F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, cit., 423.

[1302] V. nt. 807.

[1303] La funzione della divisione in classi è universalmente riconosciuta in quella di consentire "al debitore in stato di crisi di calibrare la proposta concordataria sulle esigenze dei singoli gruppi di creditori e, conseguentemente, di concordare una ristrutturazione del proprio debito che soddisfi i diversi interessi di cui sono portatori singoli creditori" (P. CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall*., 2009, 583).

[1304] Il carattere astratto del primo giudizio ed invece concreto del secondo è messo in risalto da Trib. Milano, 4 dicembre 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, 332, con nota di D. Galletti, *Classi obbligatorie? No, grazie!*.

[1305] Trib. Perugia, 16 luglio 2012, in *IlCaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, cit..

[1306] G. D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra* par condicio creditorum *e principio di eguaglianza tra soci*, cit., 874.

[1307] Cass. civ., Sez. I, 16 aprile 2018, n. 9378, in banca dati *Iusexplorer on line.*

socio-economica del credito (banche, fornitori, lavoratori dipendenti, ecc.) e al peculiare tornaconto vantato dal suo titolare (in ragione ad esempio dell'entità del credito rispetto all'indebitamento complessivo, della presenza di coobbligati o dell'eventuale interesse a proseguire il rapporto con l'imprenditore in crisi), al fine di garantire secondo canoni di ragionevolezza una maggiore adeguatezza distributiva"[1308].

La soluzione del problema può invece reggersi sul criterio già utilizzato in precedenza, quando si è affermata la necessità di considerare il valore nominale ai fini della formazione del nuovo capitale ed invece quello effettivo per la disciplina concorsuale. Anora una volta occorre considerare le diverse funzioni perseguite dalle regole del diritto societario e dal sistema concorsuale. Il secondo mira al soddisfacimento dei crediti, il quale impone di considerare in termini oggettivi[1309] il valore che viene assegnato a ciascun creditore[1310]. Le regole distributive - sull'ordine orizzontale come su quello verticale - vanno perciò applicate tenendo conto del valore effettivo. Si determina allora la necessità di complicate valutazioni di carattere economico, che difficilmente possono essere svolte autonomamente dal tribunale[1311]. Nei casi in cui la ripartizione proporzionale delle partecipazioni determina violazioni della parità tra i creditori è perciò necessario intervenire sulle modalità del riparto, escludendo il criterio proporzionale, oppure ristabilire la parità di trattamento con l'attribuzione di categorie particolari di azioni o il riconoscimento di diritti particolari al socio, almeno nei casi in cui ciò non implica una modifica dello statuto sottratta alle decisioni dei creditori[1312].

Sotto questo profilo si osserva un'ulteriore implicazione dell'idea che intende il concordato come una operazione economica unitaria. Guardando a ciascun atto - aumento del capitale, sottoscrizione dei creditori e compensazione tra il debito così costituito e il loro diritto verso la società - sarebbe oltremodo complicato argomentare che la conversione debba tenere conto dell'effettivo soddisfacimento dei creditori. In questa prospettiva, ogni atto andrebbe considerato nella sua individualità, e dunque per quella che è la sua funzione; la compensazione altro non sarebbe quindi che una modalità estintiva del rapporto. Le conclusioni possono invece essere quelle appena proposte - e dunque la necessità di assumere quale parametro il valore effettivo delle partecipazioni - se si considera la strumentalità che

[1308] Cass. civ., Sez. I, 16 aprile 2018, n. 9378, cit..

[1309] Come sottolinea G. D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra* par condicio creditorum *e principio di eguaglianza tra soci*, cit., 874-875, rimane invece irrilevante la maggiore o minore utilità che il nuovo socio, per ragioni soggettive, sia in grado di ricavare dalla partecipazione.

[1310] Così G. D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra* par condicio creditorum *e principio di eguaglianza tra soci*, cit., 872, per il quale "la valutazione del rispetto della *par condicio creditorum* deve essere compiuta non già con riferimento al numero delle azioni o alla misura della quota attribuita al socio, ma in relazione all'effettivo valore economico delle azioni o della quota, tenendo presente che esso dipende anche dall'entità della partecipazione sociale complessiva del socio e dagli assetti proprietari della società".

[1311] Sembra questa la ragione per cui, forzando forse il testo dell'art. 173, comma 1, l. fall., G. D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra* par condicio creditorum *e principio di eguaglianza tra soci*, cit., 873, afferma che "il commissario giudiziale, [...] ove ravvisi una violazione della regola di eguaglianza, dovrà farne oggetto di relazione ai sensi dell'art. 173 l.fall., configurandosi il rispetto della regola di eguaglianza quale condizione per l'ammissibilità del concordato".

[1312] Alla possibilità di proporre modifiche statutarie fa riferimento G. D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra* par condicio creditorum *e principio di eguaglianza tra soci*, cit., 874. L'ipotesi risulta però problematica perché simili decisioni non possono essere prese dal proponente, essendo invece necessario il voto conforme (e non vincolato dal concordato) dei vecchi soci.

unisce ciascun atto alla esecuzione di un piano[1313], il quale è volto appunto al soddisfacimento e alla ristrutturazione dei rapporti.

90. Proposte concorrenti e partecipazioni dei soci

La questione si presenta ancora più delicata con riguardo ai soci. Le proposte concorrenti possono programmare l'aumento del capitale sociale, ma non la sua riduzione (par. 86). Non è dunque consentito l'annullamento delle partecipazioni precedenti. Questo non basta ad escludere il problema di una sottrazione di valore ai soci.

Per prima cosa l'esclusione dell'opzione può determinare la "diluizione" delle partecipazioni precedenti ed una conseguente perdita di valore per i loro titolari. Già si è detto che certe frazioni del capitale incorporano un valore diverso dalla corrispondente misura del patrimonio sociale, per la possibilità di esercitare taluni diritti o poteri di fatto (par. precedente). L'aumento di capitale incluso nella proposta concorrente potrebbe determinare il trasferimento del controllo (*rectius*, del suo presupposto) a un creditore e privarne il socio precedente. Questo perde il plusvalore che era incorporato nella sua partecipazione, il quale passa al nuovo sottoscrittore. Quel maggior valore, che di regola sul mercato spetterebbe al socio, va a vantaggio della società[1314]: di esso si tiene conto nello stabilire il valore effettivo attribuito al creditore, e quindi la misura in cui la società è liberata dai suoi impegni. Potrebbe però non andare a beneficio nemmeno della società debitrice, come nel caso in cui il controllo sia sottratto al soggetto precedente senza essere attribuito a uno nuovo; è il caso in cui la variazione del capitale non assegna a nessuno il presupposto per esercitare tale potere. Le stesse considerazioni possono valere pure in relazione a posizioni diverse da quella di controllo, come la perdita per uno dei vecchi soci della legittimazione ad impugnare le deliberazioni assembleari ai sensi dell'art. 2377, comma 3, cod. civ. (par. precedente).

A proposito di questi problemi è opportuno considerare che l'aumento di capitale nelle proposte concorrenti può servire a soddisfare i creditori secondo due modalità diverse.

Può anzitutto determinarne il soddisfacimento in via immediata, come nel caso della conversione dei crediti in partecipazioni. Il concordato può però anche prevedere la variazione del capitale come strumento di soddisfacimento indiretto, utile a far conseguire al debitore le risorse finanziarie per il pagamento. È il caso in cui uno dei creditori compensa il proprio diritto per sottoscrivere parte dell'aumento e per l'altra parte versa denaro da destinare in pagamento agli altri creditori[1315]. Se l'interesse economico - e cioè uno dei

[1313] Proprio la presenza di un piano precedente da attuare rispetto alla costituzione dei reciproci rapporti giustifica la distinzione, richiamata da E. GANDÍA, *Aumento di capitale mediante compensazione di crediti nel diritto spagnolo*, cit., 555, tra la compensazione circostanziale, ossia appunto non pianificata dalle parti, e quella invece programmata, nella quale almeno uno dei rapporti viene costituito proprio in funzione della compensazione.

[1314] Per la tesi secondo cui il "premio" che normalmente il socio di controllo riceve in caso di alienazione delle partecipazioni apparterrebbe alla società e a tutti i soci, A.A. BERLE-G.C. MEANS, *The modern corporation & private property*, New York, 1932 244; A.A. BERLE JR., *"Control" in corporate law*, in 58 *Columbia law review* 1958, 1220 ss., per il quale "any identifiable portion of the consideration paid for the power-position over and above the value of stock ex the control-power element belongs not to the control-seller but to the corporation of (perhaps) to all the shareolders ratably" (1220); R.W. JENNINGS, *Trading in corporate control*, in 44 *California law review* 1956, 9 ss..

[1315] Un'ipotesi ulteriore può essere quella della conversione che soddisfa parte dei creditori direttamente ed altri in maniera indiretta. È il caso, per modo d'esempio, del concordato che attribuisca partecipazioni liberate con la compensazione a certi creditori, liberando così le risorse dell'attivo per pagare quelli rimanenti.

presupposti per la formazione di classi diverse - lo giustifica, il proponente può allora riservare a sé la sottoscrizione del capitale sociale, da liberare in parte per compensazione ed in parte mediante nuovi versamenti, da utilizzare per soddisfare gli altri creditori. È possibile immaginare il caso della proposta concorrente formulata da un investitore professionale, il quale abbia acquistato i crediti precedenti proprio per realizzare l'operazione: questo soggetto potrebbe offrire a sé la sottoscrizione, promettendo un pagamento in denaro al ceto bancario e ai fornitori. Il diverso trattamento si giustifica per i diversi interessi di ciascuna classe.

La duplice funzione del capitale, utilizzabile sia per il soddisfacimento diretto che per l'acquisizione delle risorse da trasferire ai creditori, aumenta le possibilità per chi intende assumere il controllo di conseguire il proprio obiettivo. Il proponente può infatti sottoscrivere partecipazioni anche oltre l'importo del proprio credito e fino alla misura complessiva delle obbligazioni da soddisfare, potendo più facilmente assumere il controllo della società. Nemmeno è detto dalla legge che l'aumento del capitale debba essere sottoscritto da uno dei creditori: nulla impedisce che la proposta concorrente preveda l'impegno di un terzo a sottoscrivere e rilevare le nuove partecipazioni, soddisfacendo con il corrispettivo i creditori.

L'operazione potrebbe essere strutturata in maniera ancora più conveniente per i creditori e svantaggiosa per i soci. Anziché procedere subito con la sottoscrizione del capitale, la proposta concorrente potrebbe prevedere l'attribuzione ai creditori di obbligazioni convertibili. Così facendo, questi avrebbero la possibilità di attendere come titolari di un credito, e cioè senza partecipare al rischio d'impresa[1316], l'esito della ristrutturazione per poi decidere se convertirsi in soci. Pensando ancora al caso della società che attende il risultato dei costi di ricerca sostenuti, i creditori potrebbero incorporare i loro debiti in obbligazioni, con il progetto di esercitare il diritto di conversione in azioni (secondo il rapporto di cambio determinato *ex ante*) solamente se la ristrutturazione va a buon fine, acquisendo così il diritto di concorrere come soci ai nuovi utili e, in ipotesi, lo stesso controllo sulla società risanata.

Allo stesso modo, nulla all'interno della disciplina concorsuale preclude che il proponente sia mosso dall'intento di impedire la ripresa dell'attività sociale. Il caso realmente verificatosi[1317] è quello di un concorrente interessato all'eliminazione della società in crisi dal mercato[1318]. Tuttavia, nessuna importanza assume nel concordato il motivo unilaterale di chi formula la proposta o si impegna ad intervenire nella realizzazione del piano, che potrebbe non emergere neppure per tutta la durata della procedura. Perciò l'eventuale intento abusivo potrebbe rilevare solo nella fase successiva; per modo d'esempio, rispetto alla delibera di liquidazione[1319] assunta in pregiudizio della società e degli altri soci, senza perciò eliminare gli effetti già consumati dal concordato.

Una prima soluzione per questi problemi può essere tentata riprendendo il discorso già svolto sui criteri da considerare nel determinare la misura in cui il concordato soddisfa i creditori. Il

[1316] Questa ragione di preferenza per la conversione in titoli rappresentativi di un credito verso la società, anziché di una partecipazione, è messa in risalto da V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, cit., 2610.

[1317] Un caso di acquisizione del controllo nella società concorrente volto proprio a deciderne la liquidazione è riportato da M. STELLA RICHTER JR., *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, cit., 54-55.

[1318] Tra i vantaggi di questa operazione vi è quello di costi con probabilmente contenuti per il proponente: lo scarso valore dei c.d. crediti deteriorati ne consente l'acquisto per cifre contenute e per la legittimazione alla proposta è sufficiente acquisire anche solo un decimo dei crediti considerati dall'art. 163, comma 4, l. fall..

[1319] Qualche dubbio sull'utilità di rimedi a carattere impugnatorio per ipotesi del genere mostra M. STELLA RICHTER JR., *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, cit., 342-343, il quale perciò propone di ricavare dal dovere di correttezza nei rapporti tra soci un diritto in capo a quelli di minoranza di acquistare al prezzo di liquidazione le quote del socio di maggioranza interessato allo scioglimento dell'ente.

problema centrale riguarda ancora il valore delle partecipazioni o dei diversi strumenti ad essi assegnati. Si è già rilevato che nei casi in cui il valore nominale risulta diverso da quello effettivo, le finalità della procedura concorsuale impongono di considerare l'utilità che i creditori ricevono. Le stesse considerazioni e conclusioni si sono poi adottate per la soluzione del problema riguardante i problemi di distribuzione, e dunque i rapporti interni al ceto creditorio. Questa stessa prospettiva sembra poter risolvere almeno in parte anche i problemi collegati all'interesse dei soci.

Il discorso sulle partecipazioni coinvolge anche i temi del soprapprezzo e del recesso, da svolgere nel paragrafo seguente. Pare perciò utile muovere dall'operazione che tra quelle accennate sembra determinare i maggiori pregiudizi per i soci, e cioè dall'ipotesi di una conversione del credito in titoli obbligazionari che offrono la possibilità di convertire il credito in partecipazioni. Come si è detto, l'operazione può servire a lasciare in capo ai soci il rischio d'impresa, al quale i creditori possono decidere di associarsi se e quando il risanamento della società si realizza. La considerazione del valore effettivo di tali strumenti realizza una prima forma di tutela per i soci. Se infatti le obbligazioni offerte presentano un valore maggiore del credito in esse incorporato, come pare ragionevole reputare per quelle che in aggiunta prevedono il diritto di conversione, è a tale misura che occorre fare riferimento nell'applicazione della disciplina concorsuale. Questo significa che se il valore effettivo supera l'importo del credito, la proposta non può essere ammessa, perché determina una attribuzione di valore maggiore di quelle che la finalità satisfattiva della procedura può giustificare. Decisiva in tal senso appare la considerazione della causa del concordatario (da intendere qui sia come funzione della procedura che dell'accordo in essa raggiunto). Lo stesso esito vale, perciò, se una simile offerta è contenuta non da quella concorrente, ma dalla proposta del creditore. Se invece il valore delle obbligazioni è inferiore all'ammontare del credito, l'operazione trova la propria ragione nel soddisfacimento dei crediti cui il concordato è rivolto.

91. Proposte concorrenti e regime societario dell'aumento di capitale senza diritto d'opzione

Come si è già visto ad altro proposito, la disciplina concorsuale delle proposte concorrenti non regola le modalità dell'eventuale aumento di capitale, che perciò seguono le regole generali[1320].

Per il caso delle partecipazioni, oltre al valore effettivo, bisogna tenere conto delle regole che nel sistema societario presiedono all'aumento di capitale con esclusione del diritto d'opzione.

Vanno separatamente considerate la disciplina delle società per azioni e di quelle a responsabilità limitata.

Per le prime si prevede che in caso di emissione senza diritto d'opzione, il prezzo di sottoscrizione deve essere determinato tenendo conto "del valore del patrimonio netto" e, "per le azioni quotate in mercati regolamentati, anche dell'andamento delle quotazioni nell'ultimo semestre" (art. 2441, comma 5, cod. civ.). Entrambi i criteri possono non dare

[1320] L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 758 ss.. Diversamente sembrano orientarsi G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1170; M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, cit., 890.

conto di una serie di valori presenti nella società e, di riflesso, nelle singole partecipazioni. Può darsi il caso della società con una cattiva gestione finanziaria che, pur esponendo un passivo smisurato, sia però capace di generare reddito oppure di quella fortemente indebitata per costi di ricerca ormai prossimi a generare l'utile atteso[1321]. In entrambe le ipotesi, l'andamento delle quotazioni, e ancora di più il valore del patrimonio netto, possono dare conto di un valore inferiore a quello effettivo. Allo stesso modo, nell'ipotesi già considerata di attribuzione del controllo a seguito della conversione dei crediti (par. 89), il valore delle azioni verrebbe determinato secondo criteri che non considerano il "premio" associato proprio a tale controllo[1322].

Emerge allora la necessità di svolgere tre valutazioni distinte per la simultanea convergenza di discipline con finalità diverse. Nella stessa operazione devono applicarsi le norme che proteggono l'integrità del capitale sociale e la società (in materia di aumento di capitale e conferimenti); quelle che proteggono l'interesse dei soci (in materia di emissione senza diritto d'opzione e di soprapprezzo)[1323]; infine, le norme a tutela dei creditori (in materia concorsuale). Si determina per questa ragione la necessità di valutazioni distinte, ciascuna secondo i parametri stabiliti da sistemi normativi diversi. Si può immaginare il caso di un soggetto titolare di un credito pari a 1200, al quale vengono assegnate azioni che sul mercato varrebbero la stessa cifra, ma con un valore nominale ed una imputazione a capitale di 1000 ed una a titolo di soprapprezzo per 100.

Passando alla disciplina delle società a responsabilità limitata, si è già detto che l'art. 2481 *bis*, comma 1, cod. civ., attribuisce ai soci il diritto di sottoscrivere l'aumento di capitale a pagamento. Nei casi in cui atto costitutivo e decisione di aumento escludano tale diritto, "spetta ai soci che non hanno consentito alla decisione il diritto di recesso a norma dell'articolo 2473" (art. 2481 *bis*, comma 2, cod. civ.). Tale diritto secondo la letteratura

---

[1321] Per F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 348 "anche in caso di assoggettamento ad una procedura concorsuale, nonostante la crisi o l'insolvenza, la partecipazione sociale resta, in linea di principio, espressione di un interesse correlato alla produzione di utili futuri".

[1322] Sulla possibilità di includere il valore connesso al controllo della società nel calcolo del soprapprezzo si sofferma, orientandosi invece per la soluzione affermativa, M. STELLA RICHTER JR., *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, cit., 111 ss..

[1323] La funzione protettiva del soprapprezzo è riconosciuta in giurisprudenza. Si può richiamare un passaggio di Cass. civ., Sez. I, 13 luglio 2001, n. 9523, in banca dati *Iusexplorer on line*: "il sovrapprezzo imposto in sede di aumento di capitale trova la sua giustificazione nella differenza che esiste tra consistenza patrimoniale e capitale della società, rappresentando ciascuna azione una porzione del capitale sociale, senza una relazione immediata con il patrimonio della emittente. E poiché l'azione è anche la misura della partecipazione economica di ciascun socio al netto patrimoniale, se il patrimonio della società si è incrementato per l'accumulo di riserve realizzate con utili non ripartiti ovvero per valori di avviamento conseguiti dall'impresa societaria, chi sottoscrive le nuove azioni non può non contribuire all'incremento del patrimonio, con un apporto ulteriore rispetto alla quota del capitale sociale, così come avevano già fatto i soci, destinando a riserva utili di loro spettanza". Questa funzione del sovrapprezzo si trova affermata anche sotto il vigore del codice di commercio del 1882, il quale non ne prevedeva l'obbligatorietà: "ove si tratti [...] di aggregare nuovi socî a società che già sia nella pienezza del suo esercizio, col quale abbia anche aumentato il suo patrimonio iniziale, ogni legge di eguaglianza e di giustizia sarebbe rotta se l'ammessibilità del nuovo socio dipendesse dal versamento di una quota corrispondente al solo valore nominale dell'azione originaria. Ognuno comprende che a questo modo i secondi socî diventerebbero, non altrimenti che i primi, comproprietarî di un patrimonio alla cui formazione non avrebbero in egual maniera cooperato. Il premio adunque che in simili contingenze si riscuote al di là del prezzo dell'azione, in sostanza non è che una quota speciale per cui, senza alterare il valor nominale delle azioni, si riesce ad introdurre tra i vecchi e i nuovi socî quella eguaglianza di oneri e di sacrifizî che giustifica la parità dei diritti degli uni e degli altri sull'unico patrimonio sociale" (Cass. Roma, 18 agosto 1891, in *Foro it.*, 1891, I, 1170, con nota redazionale di G. Boggio).

prevalente assume un'importanza di sistema all'interno del regime societario[1324]. Nessuna regola sul recesso è contenuta tra le disposizioni della legge fallimentare[1325]. Occorre stabilire se questa causa di recesso trovi applicazione anche nell'aumento riservato a terzi dalla proposta concorrente[1326]. La soluzione affermativa potrebbe forse costituire un ostacolo difficilmente superabile per la realizzazione di operazioni di conversione concepite senza il sostegno dei soci precedenti: esercitando il recesso, questi potrebbero imporre alla società in concordato la liquidazione della loro quota, aggiungendo il proprio credito a quelli precedenti[1327].

La soluzione del problema può passare attraverso la considerazione della fattispecie costitutiva del diritto di recedere. Questa descrive due fatti, i quali devono ricorrere congiuntamente: anzitutto, la decisione di offrire le quote a terzi; in secondo luogo, la mancanza di una dichiarazione di consenso da parte del socio.

Il profilo del consenso impone di prendere nuovamente in considerazione il meccanismo stabilito dall'art. 185 l. fall.. La disposizione prevede l'obbligo per la società - e quindi per i suoi organi - di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta concorrente approvata ed omologata[1328]. I soci hanno l'obbligo di disporre l'aumento di capitale programmato dal creditore-proponente. In caso di inerzia, provvede un amministratore giudiziario, al quale è riconosciuto il potere di sostituirli nell'esercizio del voto (par. 86). Queste complicazioni apparentemente superflue hanno come unica giustificazione quella di mantenere formalmente in vigore la regola che riserva ed imputa ai soci le decisioni riguardanti il capitale. Il sistema giuridico finge - imponendola - una volontà che nella sfera interna dei soci manca; la tecnica escogitata è quella di una dichiarazione conforme resa obbligatoria oppure prestata da un altro soggetto. Si determina una dissociazione tra la volontà effettiva dei soci e quella giuridicamente rilevante. Ai fini giuridici esiste solo la seconda. È come se essi dichiarino il consenso all'aumento e all'esclusione del diritto di sottoscrizione, con una serie di implicazioni suscettibile di estendersi all'intero regime

[1324] In questi termini M. TANZI, *Sub art. 2473*, in *Società di capitali. Commentario*, G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres (a cura di), vol. III, Napoli, 2004, 1529 ss.; M. VENTORUZZO, *Recesso e valore della partecipazione nelle società di capitali*, Milano, 2012, 184-185; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, cit., 227-228.

[1325] Opportuno segnalare come il Progetto Rordorf intenda risolvere i problemi connessi al recesso dei soci con l'indicazione secondo cui "non spetti ai soci il diritto di recesso in conseguenza di operazioni incidenti sull'organizzazione o sulla struttura finanziaria della società" (art. 6, comma 2, lett. *c*), n. 3).

[1326] Per la soluzione negativa, e cioè per l'esclusione del diritto di recesso, sembrano esprimersi N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 392-393; G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, cit., 1407. In direzione opposta, riconoscendo al socio di società a responsabilità limitata il diritto di recedere, F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 135.

[1327] Credito dei soci che sembrerebbe dover essere annoverato tra quelli prededucibili, in considerazione della regola stabilita dall'art. 111, comma 2, l. fall., ai sensi del quale "sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge". In direzione opposta, N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 399, il quale desume dalla disciplina dei contratti pendenti nel concordato, e quindi dall'art. 169 *bis*, l. fall., l'esclusione della prededucibilità.

[1328] In questi termini, sottolineando che l'obbligo di amministratori e soci è il riflesso di quello della società, N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 386.

giuridico della decisione[1329]; per modo d'esempio, i soci, non risultando dissenzienti, non possono agire per domandarne l'annullamento, anche se presa con il voto esercitato dall'amministratore giudiziario[1330].

Da queste considerazioni, deriva la mancanza del secondo dei due fatti costitutivi del diritto di recedere, ossia la mancanza del consenso dei soci. La loro tutela nel regime della società a responsabilità limitata sembra perciò affidato unicamente alle regole concorsuali. Nel diritto societario comune, poiché in quelle a responsabilità limitata non sono previste regole particolari sul valore delle nuove quote[1331], è il recesso a tutelare la posizione dei soci[1332], assumendo una funzione protettiva simile a quella svolta dal soprapprezzo nelle società azionarie. Nel sistema concorsuale la tutela dei soci risulta invece affidata ai criteri di valutazione delle nuove quote, mercé i quali si impedisce la sottrazione di utilità nei loro riguardi che si determinerebbe nell'ipotesi in cui le quote di nuova emissione avessero un valore superiore all'importo del credito.

92. Proposte concorrenti e tutela dei soci

La dottrina prevalente individua percorsi alternativi rispetto a quello del valore effettivo per risolvere il problema delle tutele riservate ai soci in presenza di proposte concorrenti che prevedano variazioni nella struttura organizzativa della società.

[1329] Secondo una tesi largamente prevalente e che però muove da premesse che non sembrano pienamente compatibili rispetto alla linea metodologica di queste pagine, nelle società a responsabilità limitata la mancanza di una clausola nell'atto costitutivo che consenta l'offerta delle quote a terzi potrebbe essere superata da una decisione presa dai soci all'unanimità; così M. NOTARI, *Il diritto di opzione e la sua esclusione*, in *S.r.l. Commentario*, A.A. Dolmetta-G. Presti (a cura di), Milano, 2011, 918; F. MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, C. Caccavale-F. Magliulo-M. Maltoni-F. Tassinari, Milano, 2007, 593. Assumendo questa prospettiva si nota come il meccanismo dell'art. 185, comma 6, l. fall., simulando la volontà dei soci, potrebbe superare l'ostacolo all'offerta delle azioni ai terzi rappresentato dalla mancanza di una clausola statutaria in tal senso o, in ipotesi, perfino dalla presenza di una clausola espressamente contraria.

[1330] Questa considerazione induce anche ad escludere il diritto di impugnare la delibera di aumento presa con il voto esercitato dall'amministratore giudiziario in sostituzione dei soci; per questa soluzione, anche L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 779-780.

[1331] Sembra rimasta minoritaria la dottrina che predica l'obbligatorietà del sovrapprezzo in caso di aumento riservato ai terzi, per la quale, S.A. CERRATO, *Aumenti di capitale e diritti del socio di s.r.l.*, in *Le nuove s.r.l.*, M. Sarale (a cura di), Bologna, 2008, 808. Per la tesi prevalente, quella della facoltatività del sovrapprezzo, L. BENATTI, *Delle modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna, 2014, 717-718.

[1332] Così E. FAZZUTTI, *Sub art. 2481*-bis, in *La riforma delle società*, M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), vol. III, Torino, 2003, 188; M. SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella s.r.l.*, Torino, 2012, 143; G. RACUGNO, *Le modificazioni del capitale sociale nella nuova s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2003, 823; A. BARTALENA, *Sub art. 2481*-bis, in *Società di capitali. Commentario*, G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres (a cura di), vol. III, Napoli, 2004, 1665; L. ENRIQUES-S. SCIOLLA-A. VAUDANO, *Il recesso del socio di s.r.l.: una mina vagante nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 756.; M. VENTORUZZO, *Recesso e valore della partecipazione nelle società di capitali*, cit., 193; F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, cit., 426.

L'analisi è imposta allo stesso tempo dalla necessità di non trascurare una questione peculiare delle crisi societarie e dalla scarsa attenzione rivolta al problema dal legislatore fallimentare[1333].

Un primo strumento di tutela individuato in letteratura passa attraverso il diritto dei soci ad essere informati della crisi e partecipare alle decisioni per il suo superamento. Tale diritto viene ricavato dalle norme che impongono la convocazione dei soci se il capitale si riduce al di sotto di una certa misura[1334].

Il rimedio proposto risulta parziale se si considera che la crisi prescinde dalla consistenza di tale voce del patrimonio netto. In letteratura si osserva che "la presenza di un patrimonio netto anche largamente superiore al capitale sociale può convivere con l'esistenza di una grave crisi finanziaria"[1335]. È possibile pensare al caso di una società con un attivo e un passivo di svariati milioni di euro ed un capitale fissato alla soglia minima di legge; in circostanze simili risulta inverosimile l'idea di un collegamento necessario - quasi un nesso causale - tra la perdita del capitale e la crisi[1336]. In tutte queste ipotesi non sussisterebbe alcun obbligo di informare i soci, rimanendo la relativa scelta affidata a considerazioni di opportunità demandate agli stessi gestori[1337].

Le difficoltà nel configurare un diritto ad essere informati della crisi rendono poco praticabile anche la soluzione che pensa alla possibilità per i soci di opporsi all'omologa denunciando la violazione di questo loro diritto quale vizio della procedura. L'irregolarità consisterebbe proprio nella mancata informazione[1338]. Il rimedio anzitutto non può funzionare nei casi in cui invece prima del concordato i soci vengano informati della crisi. Inoltre, non sembra di poter includere nella valutazione sulla regolarità della procedura fatti precedenti ed estranei alla sequenza procedimentale[1339].

[1333] Maggiori attese possono nutrirsi sotto questo profilo dai lavori della Commissione Rordorf. La legge delega (l. 19 ottobre 2017, n. 155) escludendo taluni diritti dei soci, come quello di recesso in caso di operazioni che coinvolgono l'organizzazione e la struttura finanziaria della società (art. 6, comma 2, lett. *c*), n. 3,), propone l'introduzione di "adeguati strumenti d'informazione e di tutela, in sede concorsuale, dei soci" (art. 6, comma 2, lett. *b*)). Per l'esame di queste linee di riforma in ordine alla disciplina attuale ed alle critiche ad essa rivolte, G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., 286 ss..

[1334] Così F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 228 ss.; F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 352 ss.; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 755 ss..

[1335] Così V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, cit., 2599.

[1336] In questa prospettiva sembra orientarsi anche V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, cit., 343, nell'affermare che l'"impianto di disciplina dell'effettività del capitale sociale, si colloca troppo a valle del fenomeno della crisi, entrando in operatività quando questa ha forse già assunto i contorni dell'insolvenza e le perdite hanno eroso il capitale". Sembra perciò da condividere anche l'idea di F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014, 75, secondo cui proprio l'autonomia logica di perdita del capitale e crisi consentirebbe, insieme con i doveri gestori imposti agli organi sociali e alla possibilità di concordati "in bianco", interventi anticipati rispetto all'erosione del capitale reale.

[1337] Così A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, cit., 131 ss..

[1338] F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 356.

[1339] È lo stesso F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 356, ad ammettere l'ostacolo.

Soprattutto, anche una volta informati della crisi, i soci non avrebbero la possibilità né di individuare proprie soluzioni (concorsuali o meno)[1340], né di sostituirsi agli amministratori nel confezionare la proposta. Si tratta di scelte gestorie riservate agli amministratori[1341] e protette con la loro responsabilità[1342]. L'art. 161, comma 4, l. fall. stabilisce che "per la società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 152", il quale a sua volta prevede che nelle società di capitali[1343] "la proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto"[1344], sono decise dagli amministratori[1345]. Anche se può avanzarsi qualche dubbio sulla opportunità della soluzione in un sistema aperto a proposte concorrenti suscettibili di coinvolgere i soci oltre che il debitore[1346], la scelta del legislatore risulta coerente rispetto alla impostazione che tende a liberare le iniziative per il risanamento dal pericolo di interventi ostruzionistici dei soci[1347].

[1340] La possibilità per i soci di decidere il ricorso al concordato potrebbe forse essere argomentata muovendo dall'orientamento, che non pare condivisibile, secondo cui tra gli opportuni provvedimenti che i soci possono assumere in presenza di perdite di capitale superiori a un terzo rientrerebbero anche scelte di carattere gestorio; così, invece, V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 117-118; G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), vol. II, Torino, 2006, 27.

[1341] Non sembra perciò persuasiva l'opinione di F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 309, secondo cui prima di essere presentati al tribunale "proposta e piano devono essere sottoposti, ad onta della disciplina della competenza degli amministratori, all'attenzione dei soci".

[1342] Nell'escludere la possibilità di una delega delle proprie funzioni dagli amministratori ai soci, C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, cit., 352, rileva che contro questa ipotesi milita l'impossibilità di "un trasferimento di poteri da chi ha il dovere di esercitarli, e non nel proprio interesse, ad altri, come gli azionisti, che non soltanto non hanno tale dovere, ma sono in via di principio legittimati a perseguire il proprio interesse individuale".

[1343] Sembra opportuno specificare che la regola vale nei termini esposti anche per le società a responsabilità limitata. Oltre alla specifica menzione che ad esse rivolge l'art. 152, comma 2, lett. *b*), l. fall., è decisiva la considerazione che una competenza dei soci non può essere argomentata sulla base della regola che ad essi riserva "la decisione di compiere operazioni che comportano [...] una rilevante modificazione dei diritti dei soci" (art. 2479, comma 2, n. 5, cod. civ.), dal momento che non è il concordato in sé a comportare in via diretta una simile conseguenza. In tal senso, M. SCIUTO, *"Adempimento" del concordato e programma societario*, cit., 1511-1512; in senso parzialmente difforme, invece, F. GUERRERA, *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, cit., 585-586; F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, cit., 84-85; F. GUERRERA-M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc*., 2008, 35-36, per i quali la deliberazione dei soci in ordine alla domanda di concordato potrebbe rendersi necessario in ragion del suo specifico contenuto.

[1344] Una maggiore attenzione era riservata ai soci dalla disciplina originaria del concordato preventivo: l'art. 1, commi 2 e 3, l. 24 maggio 1903, n. 197, stabiliva che "le società commerciali costituite possono, con ricorso al tribunale nella cui giurisdizione la società ha la propria sede, proporre un concordato preventivo a mezzo di coloro che hanno la firma sociale. I patti e le condizioni del concordato devono però prima dell'adunanza dei creditori essere approvati nel modo stabilito dallo statuto sociale o dalla legge per lo scioglimento anticipato della società debitrice".

[1345] Per questa ragione F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 355, osserva che il concordato potrebbe essere strumentalizzato dal gruppo di controllo e dagli amministratori per penalizzare il gruppo di minoranza.

[1346] Il fatto che le proposte concorrenti possano coinvolgere l'organizzazione societaria, modificando la posizione dei soci ed il valore delle loro partecipazioni, suggerisce l'opportunità di una regola simile a quella originaria della legge fallimentare. Nel testo iniziale - come in quello attuale - l'art. 161, ult. comma, rinviava alla disciplina stabilita per il concordato fallimentare dall'art. 152, il quale disponeva: "la proposta di concordato per la società fallita è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale. La proposta e le condizioni del concordato nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice devono essere approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale, e nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative devono essere approvate dall'assemblea straordinaria, salvo che tali poteri siano stati delegati agli amministratori". La mancanza della deliberazione assembleare nelle

Le disposizioni richiamate affidano agli amministratori le scelte relative alla regolazione negoziale della crisi e la determinazione del suo contenuto[1348], senza la necessità di una deliberazione assembleare[1349]. I soci, se lo vogliono, hanno la possibilità e l'onere di estendere la propria competenza in questo campo attraverso una clausola statutaria[1350]; se non lo fanno, la regola è quella stabilita dalla legge[1351].

---

società di capitali comportava l'inammissibilità della domanda; così Trib. Roma, 15 giugno 1985, in *Dir. fall*., 1986, II, 426; Trib. Terni, 26 aprile 1986, in *Dir. fall*., 1986, II, 939, con nota di D. Di Gravio, *I poteri del liquidatore giudiziario nel concordato fallimentare*.

[1347] Questa tendenza è messa in risalto soprattutto da G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., 295.

[1348] Così, ricavando da quella dettata per il concordato una regola generale per le soluzioni negoziali, R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit., 115-116.

[1349] Una simile deliberazione potrebbe rendersi necessaria per l'approvazione di singoli atti messi in programma dal piano: l'esempio può essere proprio quello di un aumento del capitale con esclusione del diritto d'opzione. Non sembra però di poter ricavare da tale competenza poteri dell'assemblea che vadano oltre la decisione del singolo atto e si estendano al contenuto stesso del piano. Il tema incrocia quello delle "competenze implicite" dell'assemblea. Muovendo dalle affermazioni di una parte della dottrina (P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 44) e poi da un remoto precedente della Corte Federale tedesca (Bundesgerichtshof, 25 febbraio 1982, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 1983, 122), seguito negli anni successivi da numerose decisioni di merito, un orientamento sostiene l'esistenza di decisioni che pur formalmente devolute agli amministratori, presentano implicazioni tali per i diritti sociali da non poter essere prese senza coinvolgere l'assemblea; così G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., 116 ss.; G.B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, M. Campobasso-V. Carriello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), vol. I, Torino, 2014, 23 ss.; M. MAUGERI, *Sulle competenze "implicite" dell'assemblea nella società per azioni*, in *Riv. dir. soc*., 2007, II, 92 ss.. Contro il riconoscimento di poteri impliciti, invece, M.S. SPOLIDORO, *Tutela dei soci della capogruppo in Germania (con uno sguardo all'Italia)*, in *Riv. soc*., 1986, 1314 ss.; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, cit., 221-222; C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, cit., 354 ss.. Sulla stessa questione sembra utile il richiamo anche a una decisione successiva a quella già richiamata della stessa Corte Federale tedesca (Bundesgerichtshof, 26 aprile 2004, in *Riv. dir. soc*., 2007, II, 81, con nota di M. Maugeri, *Sulle competenze "implicite" dell'assemblea nella società per azioni*), nella cui massima si legge che "in relazione ad operazioni che la legge rimette al consiglio di gestione in quanto rientranti nella direzione dell'impresa, possono riconoscersi competenze assembleari implicite solo in via eccezionale ed entro ristretti limiti. Tali competenze vanno affermate quando il consiglio di gestione persegue un'operazione di ristrutturazione, che tocca il cuore del potere assembleare di deliberare sulla struttura societaria, implicando mutamenti per lo meno simi a quelli che possono prodursi solo in forza di una modificazione dello statuto". Il ragionamento della Corte Federale, fondato sull'esistenza di una lacuna, non sembra riferibile alla domanda di concordato, per la quale è invece prevista una regola diretta a regolare la proposta di concordato (art. 161, comma 4, l. fall.).

[1350] L'inserimento di una simile deroga sarà di regola nell'interesse della minoranza. Proprio a riguardo di questi soci, la regola secondo cui la proposta e il piano sono redatti dagli amministratori e poi l'iniziativa può essere presa dai creditori rivela un ulteriore profilo problematico nella disciplina delle proposte concorrenti. Potrebbe darsi il caso in cui la società sia in crisi, ma uno dei soci (verosimilmente proprio appartenente alla minoranza) sia disposto a finanziarla, sottoscrivendo il capitale ed assumendo i rischi conseguenti. La mancanza di legittimazione alla proposta impedisce a questo socio ogni l'iniziativa, nonostante il programma confezionato da altri (gli amministratori o i creditori) possa avere ripercussioni nel valore della sua partecipazione; la tutela sembra in questo caso risolversi nella responsabilità degli amministratori.

[1351] Risulta su questo piano inattaccabile la tesi di M. SCIUTO, *"Adempimento" del concordato e programma societario*, cit., 1512, il quale nell'opporsi alla diffusa opinione secondo cui sarebbe quanto meno opportuna una consultazione preventiva tra amministratori e soci rileva che si tratta di valutazioni di opportunità "assai meno scontate di quanto potrebbe apparire secondo la facile logica del *melius abundare quam deficere*, se soltanto si ponga attenzione alla circostanza che all'autonomia dei soci viene ben dato modo, *ex ante*, di riservarsi una competenza in tal senso. Così che, se essa non l'abbia fatto, una tale scelta dovrebbe piuttosto, almeno in principio, indurre a ritenere che si è voluto appositamente rendere (o, se si preferisce: mantenere) pienamente

Nonostante le forzature imposte al sistema normativo, non si va va oltre una forma di tutela tutto sommato debole, che viene a risolversi nel mero diritto ad essere informati e nel corrispettivo obbligo di informare, peraltro solo in certe circostanze particolari.

Strettamente connesso alla individuazione dell'organo legittimato a predisporre la proposta di concordato si presenta il tema della rinunzia alla domanda. Una parte della dottrina[1352] ipotizza che i soci possano pretendere dagli amministratori tale rinunzia. In seguito ad essa verrebbe meno il presupposto del concordato, rappresentato appunto dalla domanda del creditore, e quindi anche quello per le proposte concorrenti[1353]. In mancanza di una regola come quella sulla legittimazione alla proposta (art. 161, comma 4, l. fall.), la maggior controversia investe il carattere vincolante della richiesta di rinunzia[1354].

Numerosi argomenti militano contro la vincolatività. Anzitutto si potrebbe addurre l'esigenza di simmetria tra il potere di optare per il concordato e quello di rinunziare all'iniziativa. In questa prospettiva, l'attribuzione esclusiva agli amministratori del potere-dovere di ricorrere al concordato e stabilirne il contenuto dovrebbe essere replicata sul terreno della rinunzia alla domanda.

Nelle società azionarie, l'obbligo degli amministratori di rinunziare al concordato su richiesta dei soci sembra testualmente smentito dall'art. 2380 *bis*, comma 1, cod. civ., il quale riserva

---

gestorie le 'scelte concordatarie', e come tali rientranti nella competenza e nella responsabilità *esclusive* dell'organo amministrativo" (corsivo dell'Autore).

[1352] F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 101 ss., il quale per la verità propone di ammettere la rinunzia alla domanda nei soli casi in cui essa risponda all'interesse della società e non risulti perciò arbitraria (103).

[1353] Che la rinunzia del debitore alla domanda determini la caducazione delle proposte concorrenti è affermato da S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, 99-100, per il quale "la proposta concorrente sta e cade con la domanda del debitore, nel senso che può nascere solo grazie ad essa e con il venir meno di quest'ultima è destinata fatalmente a essere caducata"; S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, cit., 21; M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, cit., 13-14; M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi d'impresa*, cit., 30; N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 379 e 381; A.M. PERRINO, *Sub art. 163*, in *Codice commentato del fallimento*, G. Lo Cascio (diretto da), Milano, 2017, 2099; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1173-1174; M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, cit., 1028-1029; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, cit., 3369-3370; G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, cit., 1410-1411 e 1423; F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 354. Per la tesi secondo cui le proposte concorrenti impedirebbero la rinunzia alla domanda paiono invece orientarsi A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, cit., 101-102, secondo i quali più esattamente la rinunzia non determinerebbe il venir meno della proposta concorrente; L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. n. 83/2015*, cit., 3137 ss.; P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, cit., 26-27, considerando la domanda come una condizione di proponibilità, ma non di procedibilità delle proposte concorrenti; L. GALANTI, *«Misure urgenti» in tema di concordato preventivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 980-981; F. LAMANNA, *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: concordato preventivo - "Proposte/piani" ed "offerte" concorrenti*, in *IlFallimentarista.it*, 6; P.D. BELTRAMI, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, cit., 33 ss., secondo il quale "alla luce dell'art. 185 l. fall., non pare irragionevole sostenere che, se il debitore potesse sottrarsi alla competizione semplicemente rinunciando in qualsivoglia momento alla domanda, allora non avrebbe avuto senso la previsione di una procedura volta a prevenire comportamenti da parte dell'imprenditore riottoso ad eseguire la proposta di concordato vincitrice" (35).

[1354] Dubbi sulla consistenza di un simile obbligo sono espressi dallo stesso F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 102 ss..

ai primi la gestione dell'impresa[1355]. Perfino nel caso delle autorizzazioni assembleari imposte dallo statuto ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5, cod. civ., la dottrina tende ad escludere la forza vincolante verso gli amministratori[1356]. Il criterio che presiede alla divisione dei poteri tra i soci riuniti in assemblea e gli amministratori affida ai primi le scelte con cui si risolvono i conflitti interni alla compagine sociale, rimettendo invece agli amministratori (e accompagnando con la loro responsabilità) quelle che, come la domanda e la rinunzia al concordato, coinvolgono i terzi[1357]. Poteri e responsabilità si concentrano in capo all'organo la cui attività è legata da un vincolo funzionale agli interessi dell'ente e, nel contesto della crisi, al risanamento[1358]. Mentre le scelte dei soci sono di regola libere[1359], l'attività degli amministratori si compone di obblighi e corrispondenti responsabilità.

Non è secondario il rilievo per cui dando esecuzione alla volontà di rinunziare al concordato, gli amministratori esporrebbero loro stessi alla responsabilità per i pregiudizi ai creditori[1360] e alle sanzioni, anche penali (art. 217, comma 1, nn. 3 e 4, l. fall.), previste per l'aggravamento del dissesto, poiché - come testualmente previsto dall'art. 2364, comma 1, n. 5, cod. civ. - la volontà dei soci non esclude la loro responsabilità.

La decisione dei soci, per vincolare i gestori dovrebbe liberarli da tali responsabilità[1361]. È invece replicabile sul piano della rinunzia l'affermazione secondo cui "la responsabilità degli amministratori per i danni derivanti dalle scelte compiute nella selezione dello strumento di composizione della crisi e nella configurazione del suo contenuto non può essere esclusa dal fatto che queste scelte siano state condivise dai soci, neppure quando siano state approvate da tutti i soci"[1362].

Considerazioni analoghe possono valere per le società a responsabilità limitata, nonostante la mancanza di una separazione altrettanto netta tra amministratori e soci e di disposizioni che

[1355] La stretta connessione logica tra art. 161, comma 4, l. fall. ed art. 2380 *bis*, comma 1, cod. civ. è messa in risalto da F. GUERRERA, *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, cit., 585.

[1356] Ci si riferisce alla possibilità di imporre l'esecuzione di specifiche scelte gestorie; in questa direzione, G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., 25-26; C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, cit., 351.

[1357] Rivolgendosi alla disciplina delle società azionarie, C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, cit., 105, nota che "quando si tratta di (quello che l'ordinamento considera come) un conflitto interno al gruppo degli azionisti, potremmo dire di un conflitto endosocietario, la soluzione viene affidata alla sede assembleare che è il luogo in cui tipicamente si esprime il loro «potere» nella società sicché il tema giuridico si risolve nel corretto esercizio di tale «potere» ed in definitiva nella possibilità, in base al principio maggioritario, di vincolare con esso anche chi non ha consentito. Mentre, quando emerge la possibile rilevanza di interessi ulteriori, il problema è impostato sul piano della gestione imprenditoriale, e richiede allora di essere risolto sulla base dei criteri utilizzabili per valutare l'assolvimento da parte degli amministratori del relativo compito".

[1358] Osserva G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., 290, che la scelta di affidare agli amministratori l'iniziativa concordataria discende da quella di "far entrare le deliberazioni - altrimenti deontologicamente libere - nel cono d'ombra dei doveri di corretta gestione che presiedono ai comportamenti dell'organo amministrativo, vincolando l'azione di quest'ultimo all'interesse protetto o incentivato dalla disposizione legislativa"

[1359] È G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., 289, a precisare, contro il diffuso orientamento contrario, che i soci "non hanno mai l'obbligo, semmai l'onere, di decidere".

[1360] Così N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 378-379; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 102.

[1361] In tal caso si sostituirebbe una tutela impugnatoria a quella risarcitoria, la quale, come pone in risalto C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, cit., 362-363, riduce la protezione per i soci di minoranza.

[1362] R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit., 117 e poi anche 133.

riservino espressamente la gestione ai primi. Il problema si pone anzitutto per coloro che non partecipano alla gestione. Ai sensi dell'art. 2479, commi 1 e 2, n. 5, cod. civ., "i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione"; sono poi ad essi riservate "la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci". In queste ipotesi, ai sensi dell'art. 2476, comma 7, cod. civ. i soci rispondono in solido con gli amministratori per le decisioni pregiudizievoli nei confronti della società, di altri soci oppure di terzi. Anche in questo caso la decisione dei soci non elimina la responsabilità, e dunque il potere, degli amministratori. Già questa ragione sembra sufficiente ad escludere la possibilità di costringere gli amministratori alla rinunzia per impedire l'approvazione della proposta concorrente in tutti i casi - che si possono presumere la maggioranza - in cui tale scelta possa determinare un danno alla società o ai terzi e, di riflesso, una loro responsabilità[1363]. A queste considerazioni si deve aggiungere che anche attribuendo ai soci il potere di chiedere a maggioranza la rinunzia alla domanda, rimarrebbe senza risposta il tema della tutela per le minoranze.

Le stesse incertezze scontano le ipotesi di modifiche alla proposta originaria[1364] oppure della presentazione di una nuova da parte della società, sostitutiva di quella originaria e volta a superare l'iniziativa concorrente[1365]. Insuperabile si dimostra il rilievo per cui si tratterebbe di rimedi che potrebbero tutelare il debitore, ma non i suoi soci, i quali non sono legittimati né alla modifica né alla formulazione di una nuova proposta.

Certamente ammissibile è invece l'opposizione all'omologa da parte dei soci, alla quale sono legittimati in qualità di interessati[1366] e a prescindere dalla frazione di capitale posseduta[1367]. Anche questa tutela si rivela però poco utile considerando che le uniche contestazioni proponibili riguardano "la regolarità della procedura e l'esito della votazione", ossia profili di cui il tribunale deve già tenere conto ai sensi dell'art. 180, comma 3, l. fall.. Non sembra

[1363] Sulla possibilità di ignorare direttive dei soci suscettibili di coinvolgere la responsabilità degli amministratori, G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., 10.

[1364] Per questo rimedio, L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 780

[1365] Ammettono una simile ulteriore proposta M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi d'impresa*, cit., 30; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 120.

[1366] Per la legittimazione dei soci all'opposizione, G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 488; G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 104; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1171; N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 388; G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, cit., 1409 e 1416; F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 355; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 776 ss.; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 106 ss., il quale afferma che l'accoglimento dell'opposizione determina il respingimento della proposta approvata dei creditori, e non della domanda, con la conseguente possibilità di mantenere aperta la procedura per le altre proposte già presenti.

[1367] L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 778.

infatti che i soci possano far valere la non convenienza nei loro riguardi del concordato[1368] e neppure per i creditori, avendo questi una legittimazione esclusiva per tale contestazione[1369]: l'art. 180, comma 4, l. fall., è chiaro nel prevedere che il giudizio del tribunale si rivolge alla convenienza per i creditori, qualora essi lo chiedano.

La tutela dei soci sembra allora potersi spostare nel risarcimento del danno direttamente provocato dagli amministratori confezionando una proposta di concordato suscettibile di far prevalere quella concorrente dei creditori[1370].

La possibilità di simili azioni mette però in luce la problematica coesistenza di obblighi potenzialmente in conflitto: da una parte, gli amministratori dovrebbero fare quanto è in loro potere per "salvare" parte del patrimonio sociale, sottraendolo al concorso dei creditori[1371]; dall'altra, proporre loro un soddisfacimento tanto elevato da impedire le proposte concorrenti[1372] o permettere a quella da essi predisposta di prevalere[1373]. Il rimprovero agli amministratori sarebbe non più soltanto quello consueto di non aver predisposto gli strumenti per l'emersione della crisi[1374] o non aver preso provvedimenti tempestivi[1375], ma proprio di

[1368] Di quest'opinione parrebbe F. DI MARZIO, *'Contratto' e 'deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 121. Sembrano invece affermare la possibilità di opposizione fondate sull'interesse dei soci G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 488; F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 105-106 e 134; G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, cit., 1409; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 777.

[1369] Per la soluzione escogitata dal legislatore tedesco, articolata su diversi livelli di tutela e fondata su una valutazione di convenienza riferita ai soci oltre che ai creditori (§§ 251 e 253, Insolvenzordnung), L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, cit., 734 ss.. A sua volta, anche la disciplina delle crisi bancarie impone un giudizio di convenienza esteso alla condizione dei soci; in tal senso F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, cit., 95-96.

[1370] F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, cit., 356. Non pare invece convincente l'opinione secondo cui la proposta dei creditori potrebbe programmare una azione *ex* artt. 2392 e 2393 contro amministratori e sindaci per il danno cagionato ai vecchi soci dalla stessa proposta concorrente, utilizzando il ricavato di tale iniziativa giudiziale a beneficio dei creditori in concorso; così, invece, G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, cit., 1420-1421.

[1371] Tale dovere è riconosciuto da F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 308: "non solo deve ritenersi lecito, ma appare anche doveroso per gli amministratori elaborare una proposta che contempli il mantenimento in capo ai soci di parte del patrimonio".

[1372] Sembra condivisibile l'opinione secondo cui qualora il concordato proposto dalla società non preveda il trasferimento ai creditori di una somma di denaro, ma ad esempio proprio con l'attribuzione di azioni, si debba procedere ad una stima volta ad accertare la percentuale offerta ai creditori e, quindi, la sussistenza del presupposto oggettivo per le proposte concorrenti; così G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1168.

[1373] A questo si aggiunge un contrasto meno evidente negli obblighi dei gestori, il quale investe argomenti più complessi dell'organismo societario e si determina tutte le volte in cui il risanamento può essere conseguito solo "a spese" dei soci e delle loro partecipazioni. Sembrerebbe in linea di principio perfino doveroso il sostegno dei gestori a proposte concorrenti capaci di ristrutturare la società o di farlo meglio della loro proposta, ad esempio per la promessa di finanza esterna. Il tema è quello dei canoni di scelta nei casi in cui gli interessi dei soci e della società entano in conflitto.

[1374] Come rilevano M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, cit., 1006; P. MONTALENTI, *I doveri degli amministratori degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014, 37 ss.; A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'*emerging insolvency*)*, cit., 52; N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., 3031-3032; L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. n. 83/2015*, cit., 3149; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, cit., 313 ss., l'obbligo di predisporre simili strumenti di controllo è correlato a quello di dotare la società di un

aver preferito il concordato e i suoi rischi alle diverse soluzioni possibili. La responsabilità finirebbe per riguardare più che le cause, le scelte compiute per rispondere alla crisi[1376] e, soprattutto, sconsigliare il concordato anche nei casi in cui risulti lo strumento più utile al risanamento[1377].

Nessuna delle soluzioni prospettate sembra in definitiva apprestare un rimedio pienamente convincente oppure in grado di offrire una tutela costante, come si può invece dire con riguardo alla valutazione del soddisfacimento effettivo dei creditori, la quale fissa il punto d'equilibrio tra l'interesse creditorio ad evitare soluzioni solo apparentemente soddisfacenti e a quello dei soci ad evitare una sottrazione di valori non giustificata dalla responsabilità patrimoniale della società per i suoi debiti.

adeguato sistema amministrativo e contabile, testualmente previsto dall'art. 2381, commi 3 e 5, cod. civ., e sul quale si esplica il controllo del collegio sindacale ai sensi dell'art. 2403, comma 1, cod. civ..

[1375] Sul dovere dei gestori di reagire per tempo alla crisi si soffermano soprattutto N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 377-378; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., 194 ss..

[1376] In questi termini - tenendo presente la sottile distinzione che A. NIGRO, *"Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., 472, formula tra responsabilità per aver determinato la crisi e responsabilità per il comportamento tenuto durante la crisi - si ricadrebbe nella seconda ipotesi.

[1377] Si possono determinare conseguenze contrapposte e potenzialmente pregiudizievoli per tutti i soggetti coinvolti: da una parte, i gestori potrebbero ricorrere troppo presto al concordato, finché la società è in grado di pagare le percentuali che impediscono le proposte concorrenti ed un pregiudizio ai soci da pagare con la loro responsabilità; dall'altro, non chiedere il concordato di società incapaci di pagare quelle stesse percentuali, peggiorandone il dissesto.

CAPITOLO VIII

I problemi della responsabilità patrimoniale

nel concordato preventivo proposto da ATAC s.p.a.

93. Responsabilità patrimoniale e ristrutturazione societaria nel concordato preventivo proposto da ATAC s.p.a.

Alcuni dei temi esposti nei paragrafi precedenti rispetto alla problematica relazione tra responsabilità patrimoniale ed operazioni di ristrutturazione societaria, ricorrono nella recente proposta concordataria di ATAC s.p.a., la società *in house* titolare del contratto di servizio per il trasporto pubblico locale nella città di Roma.

In questa sede non interessa soffermarsi su tutte le questioni implicate nella procedura, connesse soprattutto alla peculiare natura giuridica della società debitrice, del servizio pubblico ad essa affidato ed alla composizione del suo patrimonio.

Per quanto riguarda i temi della responsabilità patrimoniale, occorre considerare due profili in particolare: il soddisfacimento dei creditori chirografari mediante l'attribuzione di strumenti finanziari partecipativi e l'esclusione dalla proposta dei crediti postergati vantati dal socio unico nei confronti della società.

Il concordato preventivo con continuità proposto da ATAC s.p.a. prevede il pagamento entro un anno delle spese prededucibili e dei creditori privilegiati. Per i chirografari si programma invece: il pagamento entro tre anni dall'omologa del 31 % dell'importo nominale dei crediti; l'attribuzione, per la frazione rimanente, di strumenti finanziari partecipativi di due diverse categorie, da emettere e sottoscrivere subito dopo l'omologazione, rispettivamente contenenti il diritto di ricevere in futuro una parte degli utili d'esercizio e il corrispettivo della cessione di alcuni beni.

Con riguardo al credito postergato del socio unico, invece, nessuna forma di soddisfacimento è prevista nel piano e nella proposta, dalla quale tale rapporto risulta escluso.

I temi da affrontare, come si è anticipato, riguardano il valore da assegnare agli strumenti finanziari partecipativi e la posizione dei creditori subordinati.

94. Il valore degli strumenti finanziari partecipativi attribuiti ai creditori

Il primo tema pone minori problemi nella prospettiva di queste pagine e sembra confermare conclusioni già raggiunte.

L'operazione richiamata è di quelle illustrate in precedenza. Ai chirografari si offre di sottoscrivere strumenti finanziari, estinguendo con il proprio credito quello della società a ricevere il pagamento per tale sottoscrizione.

La questione pone i problemi già visti del criterio secondo cui misurare il soddisfacimento dei creditori.

Su questo tema sofferma l'attenzione il Tribunale di Roma nel decreto *ex* art. 162, commi 1 e 2, l. fall.. Dalla lettura del testo risulta che la proposta originaria assegna agli strumenti finanziari un valore esattamente equivalente ai crediti incorporati: poiché essi contengono

l'impegno della società a pagare ai chirografari il 69 % del credito complessivo negli esercizi futuri, il loro valore viene stimato in una misura corrispondente a quell'importo. Secondo questa logica, il titolo che attribuisca il diritto a ricevere successivamente una certa somma di denaro varrebbe esattamente quella cifra. Aggiungendo al pagamento promesso in denaro (per il 31 % dell'importo) il valore di tali strumenti (considerato pari al rimanente 69 %, e cioè alla stessa cifra in essi incorporata) si avrebbe perciò il risultato di un soddisfacimento integrale, senza alcuna falcidia per i chirografari.

Considerazioni diverse si leggono nel provvedimento del Tribunale di Roma. Nel quale si afferma la necessità di una valutazione effettiva degli strumenti finanziari, reputata "indispensabile, al fine di attribuire concretezza a[l] diritto"[1378].

Il Tribunale esclude di poter considerare interamente soddisfatti i creditori che, in luogo del pagamento dell'importo numerario, ricevano strumenti finanziari con un valore nominale pari a quella cifra, ma uno effettivo per forza di cose più basso. Nel determinare quest'importo si devono infatti considerare il rischio di inadempimento e la dilazione nel pagamento, che non consentono di equiparare l'utilità conseguente al versamento immediato di una somma di denaro all'attesa di ricevere in futuro il medesimo importo[1379]. Con diverse parole: altro è una somma di denaro, altro sono i titoli che offrono il diritto di conseguirla in futuro.

Nel provvedimento successivo, e cioè nel decreto di ammissione[1380], si legge che il profilo di inammissibilità esposto, ossia appunto l'indicazione di un soddisfacimento diverso da quello effettivo, è superato dalla società proponente incaricando un professionista di stimare il valore effettivo degli strumenti da emettere.

Nello stesso documento è anche riportato il valore individuato dalla perizia, fissato in una misura inferiore a quella del credito contenuto da ciascuno strumento finanziario. La conseguenza, di primaria importanza anche rispetto al problema esaminato nel paragrafo che segue, è che diversamente da quanto prospettato dalla società in un primo momento, la proposta di concordato offre ai chirografari non un pagamento integrale, ma il soddisfacimento parziale del credito e la falcidia per la parte rimanente[1381].

[1378] Trib. Roma, 21 marzo 2018, in banca dai *Iusexplorer on line*.

[1379] Proprio l'esattezza di questi rilievi induce a dubitare di quello, sollevato dal tribunale (sempre Trib. Roma, 21 marzo 2018, cit.), secondo cui non sarebbe ammissibile remunerare gli strumenti finanziari e pagare i creditori postergati in contemporanea. Ferme le riflessioni da svolgere in questo paragrafo e più avanti con riguardo alla postergazione, i crediti chirografari sono soddisfatti con l'esecuzione del concordato, e dunque con la sottoscrizione degli strumenti finanziari, sicché il debito nei loro riguardi è estinto in quel momento e non in quello successivo della loro remunerazione.

[1380] Trib. Roma, 27 luglio 2018, in banca dai *Iusexplorer on line*.

[1381] Trib. Roma, 27 luglio 2018, cit.: "riguardo agli strumenti finanziari partecipativi, il Tribunale aveva rilevato la necessità che essi fossero oggetto di specifico apprezzamento; la proponente ha quindi incaricato un esperto di stimarne il valore nei tre differenti scenari prospettati nell'ambito del concordato (affidamento in house/proroga di fatto, affidamento ad ATAC s.p.a. del servizio accompagnato da gara a doppio oggetto e affidamento a terzi del servizio di trasporto pubblico locale). La valutazione dell'esperto, effettuata secondo il metodo del *Discounted Cash Flow*, è stata rivista e condivisa dall'attestatore. Essa si fonda su un procedimento logico corretto e su argomentazioni persuasive, di cui oltre si dirà. Il valore attuale degli strumenti finanziari partecipativi, all'inizio del 2019, secondo il perito è pari al: - 53% che, sommato al 31% oggetto di pagamento nel periodo di piano (2020-2021), conduce a una soddisfazione globale dell'84% (affidamento in house proroga di fatto); - 56% che, aggiunto all'anzidetto 31% determina un livello di recupero del credito dell'87% (affidamento ad ATAC del servizio, accompagnato da gara a doppio oggetto); - 68% che, addizionato al 31%, porta a un grado di soddisfazione del 99% (affidamento a terzi del servizio di trasporto pubblico locale)".

95. Crediti subordinati e concordato preventivo

L'altro tema da prendere in considerazione riguarda il trattamento riservato ai creditori subordinati nella procedura di concordato preventivo. L'analisi consente di completare nello stesso tempo il discorso iniziato sul sistema distributivo e quello sulle condizioni di meritevolezza per le limitazioni della responsabilità inserite nell'accordo di concordato.

Il problema dei postergati, come molti altri di quelli visti nel capitolo precedente non riguarda solo le società, ma si presenta più raramente nelle crisi di imprenditori individuali.

La stretta relazione tra il trattamento dei creditori subordinati e la responsabilità patrimoniale emerge tornando all'affermazione secondo cui il meccanismo della postergazione si presta alla descrizione nei termini di una limitazione quantitativa della responsabilità, determinata sul piano aritmetico: la garanzia di questi creditori è circoscritta al valore ulteriore rispetto a quello necessario a soddisfare altre obbligazioni (par. 31).

L'esame del problema può muovere dall'esame del concordato proposto da ATAC s.p.a., per poi tentare considerazioni più generali.

Come si è già rilevato, la proposta di ATAC s.p.a. non coinvolge alcuni rapporti (quelli postergati del socio unico), rispetto ai quali la procedura concorsuale non programma alcuna modifica e alcun pagamento. Pur prospettando un soddisfacimento solo parziale per i chirografari, il concordato non contempla alcun intervento sui crediti subordinati. Questi rapporti proseguono perciò nel loro regime precedente.

Il profilo da affrontare in linea preliminare riguarda la possibilità di escludere alcuni creditori dal concordato, escludendoli nella proposta.

Occorre muovere dalla regola stabilita dall'art. 184, comma 1, l. fall.. La disposizione fissa l'obbligatorietà del concordato per tutti i titolari di crediti precedenti al ricorso, negando al debitore di poter selezionare i destinatari della proposta[1382]. La logica della norma si collega direttamente alla funzione del concordato, la quale impone una gestione globale dei rapporti, e alla chiara finalità di evitare scelte arbitrarie del debitore, suscettibili di incidere sulla approvazione e, oggi, anche sulla possibilità di avanzare proposte concorrenti: senza il concorso necessario di tutti i creditori, l'imprenditore in crisi potrebbe escludere quelli che sa essere ostili al concordato oppure interessati a formulare proposte concorrenti. La disposizione stabilisce quali sono le parti necessarie dell'accordo di concordato: il debitore e tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso. Proprio dalla regola che stabilisce a chi deve indirizzarsi la proposta, la giurisprudenza - nonostante gli inconvenienti implicati da tale soluzione[1383] - ricava la soggezione *ex lege* di ogni credito anteriore agli effetti del

[1382] Secondo un orientamento i postergati dovrebbero essere comunque compresi nella proposta ed inseriti in un'autonoma classe senza diritto di voto, non essendo destinatari di alcun pagamento. Per questa soluzione sembrano orientarsi L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, cit., 808; Cass. civ., Sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2706, cit.; Trib. Firenze, 26 aprile 2010, cit.; Trib. Messina, 4 marzo 2009, cit.; Trib. Perugia, 22 giugno 2012, in *Fall*., 2013, 882, con nota di E. Frascaroli Santi, *Limiti di modificabilità della proposta di concordato preventivo, variazione delle classi dei creditori e soci finanziatori postergati*, che adotta per quella dei postergati l'ambigua formula di "classe solamente descrittiva".

[1383] Inconvenienti segnalati da D. DI GRAVIO, *La falcidia concordataria anche ai creditori rimasti fuori della procedura: l'art. 184 legge fallim*, in *Dir. Fall*., 1989, II, 758-759, nell'estensione dell'efficacia al creditore che non abbia avuto l'opportunità di partecipare alla procedura (in ipotesi anche per un abuso del debitore) e, poi,

concordato; anche nei casi in cui il titolare rimanga estraneo alla procedura concorsuale, e perfino ne ignori l'esistenza[1384].

Né l'esclusione dei subordinati dal concordato potrebbe fondarsi nell'idea secondo cui essi sarebbero assimilabili ai soci, e come questi esclusi dal concorso[1385]. Questa affermazione si scontra con la titolarità del diritto a ricevere una prestazione patrimoniale predeterminata che nei soci manca (par. 83).

Si può allora concludere che quelli postergati non sono creditori estranei alla procedura, ma anzi tra i suoi destinatari necessari[1386].

Tale supposta estraneità si traduce allora nel contenuto di una proposta per essi "indifferente". Tornando a quello di ATAC s.p.a., tale presunta indifferenza si risolve in un concordato che, mentre propone una falcidia parziale dei rapporti chirografari, conserva per intero il credito dei subordinati, i quali sembrerebbero poter essere liberamente soddisfatti dopo l'esecuzione dell'accordo[1387].

Si pone allora il tema del trattamento da riservare ai postergati, e soprattutto della sorte del rapporto dopo il concordato. Il problema - si rileva in dottrina - "non concerne un aspetto marginale dell'istituto (il trattamento da riservare a una classe di creditori presente solo in un numero ridotto di procedure), ma ne coinvolge il fondamento e la funzione"[1388].

Si può muovere dall'analisi delle soluzioni già proposte.

---

nei riflessi della soluzione sugli altri creditori, avendo essi fondato il proprio giudizio su di un patrimonio in garanzia coinvolto da una minore esposizione debitoria.

[1384] Cass. civ., Sez. III, 21 giugno 1969, n. 2240, in *Dir. fall*., 1970, II, 118, considerando però onere del debitore eccepire la falcidia concordataria nel giudizio di cognizione successivo al concordato; Cass. civ., Sez. I, 4 febbraio 1980, n. 770, in *Giur. comm*., 1981, II, 262, con nota di P.F. Censoni, *Omologazione del concordato preventivo ed accertamento dei crediti concorsuali*, che invece estende la falcidia finanche al credito accertato per intero in un successivo giudizio di cognizione, nel quale il debitore ometta di far valere gli effetti del concordato nei confronti del creditore, consentendo anche in sede di esecuzione l'opposizione fondata su tale motivo; Trib. Velletri, 2 novembre 1988, cit..

[1385] In tal senso, invece, Trib. Firenze, 26 aprile 2010, cit., ove si legge che i prestiti postergati "debbono essere trattati [...] come i conferimenti effettuati dai soci in occasione della costituzione o della ricapitalizzazione di una società, in quanto necessari alla sua costituzione o alla sua sopravvivenza (nelle forme prescelte). Questo non significa che detti finanziamenti siano da equiparare, in tutto e per tutto, ai conferimenti, in quanto conservano la loro natura di capitale di credito e sono certamente inidonei a superare tutte le questioni poste dalla sottocapitalizzazione della società, ma comporta [...] che ai postergati non possono essere riconosciuti tutti i diritti e le prerogative degli altri creditori, tra cui il diritto di voto nel concordato preventivo. Essi, infatti, seppur creditori della società, sono tuttavia creditori *sui generis*, che possono, per legge, vantare pretese verso la società solo all'esito della liquidazione, allorché, risolte tutte le pendenze e soddisfatti interamente tutti gli altri creditori (salvo rinuncia da parte di costoro), resti qualcosa da distribuire loro. Sono quindi equiparati, sotto questo profilo, ai soci per i conferimenti; e come i soci conferenti (oltre a restare estranei al concorso finché dura la liquidazione) non possono incidere, con la loro volontà, sull'esito della proposta concordataria".

[1386] Così A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 341, secondo il quale "l'art. 184 l. fall., nel sancire che il concordato omologato è 'obbligatorio per tutti i creditori', non sembra consentire deroghe *unilaterali* da parte del debitore" (corsivo dell'Autore).

[1387] Contro la supposta indifferenza del concordato, Trib. Perugia, 16 luglio 2012, cit., rileva che la sua esecuzione, soddisfacendo e falcidiando i rapporti chirografari, "libera" risorse che potrebbero essere successivamente attribuite al creditore postergato. Per A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, cit., 341, il concordato potrebbe lasciare intatto il credito dei postergati, ai quali andrebbero però preferiti anche i creditori successivi alla sua esecuzione, proseguendo così il rapporto nel suo statuto giuridico precedente.

[1388] G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, cit., 223-224.

Una prima tesi postula quale effetto *ex lege* del concordato la falcidia dei rapporti postergati nella stessa misura in cui essa viene prevista dalle parti per i chirografari[1389]. La differenza tra le due categorie si risolverebbe nella necessità di pagare i primi in esecuzione della procedura ed i secondi al di fuori di essa, in maniera tale che l'inadempimento dell'obbligo nei confronti dei postergati non determina alcuna conseguenza sul concordato già eseguito. In questo modo "la postergazione si attua non già, come accade in linea normale, per l'intero importo dei crediti, ma soltanto per la percentuale concordataria"[1390]. La tesi mira a bilanciare "l'esigenza che il concordato non finisca per annullare il contenuto della clausola di postergazione, ponendo sullo stesso piano creditori normali e creditori postergati" e quella "di assicurare ai creditori postergati quella possibilità di soddisfarsi sull'*id quod superest* che è connaturale al patto di postergazione"[1391].

Questa soluzione si trova accolta nell'ordinamento spagnolo. Nella procedura di *convenio*, l'art. 134, comma 1, L.C., stabilisce prima che "el contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos". Poi, che "los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos". I creditori subordinati sono vincolati dalla stessa proposta rivolta ai creditori chirografari, rispetto alla quale sono però esclusi dal voto[1392]: "los titulares de créditos subordinados quedan vinculados por el contenido del convenio en los mismos términos que los titulares de los créditos ordinarios, a pesar de que los titulares de esos créditos no tengan derecho de adhesión ni de voto respecto de esos creditos"[1393]. Se la proposta prevede un pagamento in percentuale, i subordinati sono pagati nella stessa misura dei chirografari, ma dopo; se invece è prevista una dilazione nei pagamenti, sono pagati nello stesso termine, calcolato però ponendo come *dies a quo* quello del pagamento ai chirografari[1394]. Questa regola si colloca nella prospettiva secondo cui la postergazione riguarderebbe il solo profilo temporale, e più esattamente il tempo della prestazione[1395].

[1389] A. MAFFEI ALBERTI, *Nuovi strumenti di finanziamento e liquidazione coatta amministrativa*, cit., 482 ss., il quale elabora la tesi per il concordato nella liquidazione coatta amministrativa, ma poi ne estende le conclusioni a quello preventivo (490).

[1390] A. MAFFEI ALBERTI, *Nuovi strumenti di finanziamento e liquidazione coatta amministrativa*, cit., 483.

[1391] A. MAFFEI ALBERTI, *Nuovi strumenti di finanziamento e liquidazione coatta amministrativa*, cit., 482.

[1392] L'art. 122, comma 1, Ley concursal, stabilisce che "no tendrán derecho de voto en la junta los titulares de créditos subordinados incluidas, en particular, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso".

[1393] J.M. GARRIDO, *Sub art. 134*, in *Comentario de la Ley Concursal*, A. Rojo-E. Beltrán (dirs.), t. 2, Madrid, 2004, 2225.

[1394] Il meccanismo è così illustrato da J.M. GARRIDO, *Sub art. 134*, cit., 2228. Diversamente, secondo A. CARRASCO, *Sub art. 134*, in *Comentarios a la Ley Concursal*, R. Bercovitz (coord.), vol. II, Madrid, 2004, 1476, sarebbe addirittura possibile un pagamento simultaneo di chirografari e postergati.

[1395] Così J.M. GARRIDO, *Sub art. 134*, cit., 2228. Pur manifestando numerose perplessità verso la disposizione, D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 336 ss., ne individua la giustificazione nell'efficacia novatoria che il *convenio* ha nel sistema spagnolo: estinte per novazione le obbligazioni da preferire, viene meno il termine di relazione per la postergazione e anche i subordinati possono ricevere il pagamento.

Una spiegazione diversa è stata già proposta nel testo, rilevando che il meccanismo della postergazione non riguarda il momento del pagamento, imponendo l'adempimento di certi crediti e non altri, ma anzitutto la misura della garanzia, che viene esclusa per taluni rapporti se il valore del patrimonio non basta a soddisfare interamente gli altri (par. 31). Si postula inoltre un effetto che oltre a non essere testualmente previsto dalle disposizioni della legge fallimentare, non sembra conforme alla regola che affida a debitore e creditori di programmare le vicende dei loro rapporti attraverso il concordato. Inoltre, difficoltà insuperabili si determinano nel caso di divisione dei creditori chirografari in classi da soddisfare in misura diversa, mancando in questa ipotesi il termine di riferimento unitario invece postulato dalla tesi esposta e dal legislatore spagnolo per individuare gli effetti della procedura rispetto ai subordinati[1396].

Altri ordinamenti - come quello portoghese[1397] e tedesco[1398] - optano per l'estinzione dei rapporti subordinati non soddisfatti dal concorso.

Anche questa soluzione appare incoerente rispetto alla disciplina domestica del concordato, che per le considerazioni già svolte attua una modificazione convenzionale dei rapporti circoscritta alla sfera della responsabilità, senza coinvolgere il rapporto di debito. Perciò: da una parte, eventuali garanzie per i creditori subordinati non sono estinte dalla procedura concorsuale; dall'altra, la risoluzione dell'accordo riporta i crediti (anche postergati) nella condizione precedente (cap. 5).

Nei casi in cui si prevede una limitazione della responsabilità sia nei confronti dei creditori chirografari che dei subordinati, il regime dei rapporti successivi al concordato appare lo stesso, segnato da un debito che prosegue senza una concomitante responsabilità. Mentre per i chirografari si introduce una limitazione della garanzia che prima mancava, per i subordinati la limitazione già in essere viene estesa all'intero patrimonio, anziché alla frazione strumentale agli interessi altrui. Si può fare l'esempio del concordato il quale offra un soddisfacimento parziale e la limitazione della responsabilità patrimoniale ai chirografari. Una simile iniziativa, per poter essere ammessa, dovrebbe prevedere la falcidia integrale anche dei rapporti postergati. Questi creditori, che in simili casi non possono votare sulla proposta, sono comunque coinvolti dal concorso e dai suoi effetti per via dell'efficacia estensiva dell'accordo.

[1396] Il problema del regime da applicare nel caso in cui l'accordo preveda diversi trattamenti tra i chirografari è risolto da J.M. GARRIDO, *Sub art. 134*, cit., 2228-2229, con l'affermazione secondo cui si applicherebbe il trattamento migliore e, in caso di trattamenti equivalenti, sarebbero gli stessi creditori subordinati a poter compiere una scelta. Questa soluzione incontra a sua volta ostacoli di ordine pratico: il debitore, che di regola determina il contenuto della proposta sulla base delle proprie condizioni patrimoniali e finanziarie, può ritrovarsi esposto all'incertezza della decisione dei subordinati, la quale risulta incompatibile rispetto alla necessità di determinare *ex ante* il contenuto del piano.

[1397] L'art. 197, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, stabilisce che "na ausência de estatuição expressa em sentido diverso constante do plano de insolvência: *a*) Os direitos decorrentes de garantias reais e de privilégios creditórios não são afectados pelo plano; *b*) Os créditos subordinados consideram-se objecto de perdão total; *c*) O cumprimento do plano exonera o devedor e os responsáveis legais da totalidade das dívidas da insolvência remanescentes".

[1398] Sebbene la parte non soddisfatta del rapporto sia di regola resa inesigibile dal concorso, il § 255, comma 1, Insolvenzordnung stabilisce "Die Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger gelten, wenn im Insolvenzplan nichts anderes bestimmt ist, als erlassen" ("se non diversamente stabilito dal piano, i crediti postergati si considerano rimessi").

Le conseguenze del concordato per i postergati sono sempre negoziali: stabilite dalle parti invece di fondarsi in un'efficacia *ex lege* che non si trova nella disciplina del concordato, né in un potere correttivo del giudice che la giurisprudenza tende ad escludere[1399].

96. Libera disponibilità del surplus *concordatario e ordine distributivo*

Le considerazioni appena svolte sul rigore dell'ordine distributivo - esteso all'intera compagine dei creditori e senza possibilità di selezione al suo interno - impongono l'esame delle tesi che predicano la libera disponibilità di alcune risorse, ossia quelle che non potrebbero conseguirsi in mancanza del concordato. Un'espressione oramai diffusa nella letteratura di diritto concorsuale designa tali utilità come "*surplus* concordatario".

L'idea di fondo che anima queste tesi ammette la possibilità di programmare liberamente - da parte del debitore oppure oggi anche del creditore proponente - la distribuzione della ricchezza che non si otterrebbe senza il concordato; vale a dire, appunto, il *surplus* che la procedura può assegnare rispetto alle alternative coattive. La tesi riduce la portata delle regole distributive, che in precedenza si sono recepite nella versione denominata "forte" (par. 82), a una parte soltanto dell'attivo[1400].

Quella della libera disponibilità del *surplus* è una tesi diffusa con varietà di accenti sia in dottrina[1401] sia in giurisprudenza[1402]. I due plusvalori che si richiamano più frequentemente sono costituiti dai risultati della continuità aziendale e dalle risorse messe a disposizione da

---

[1399] La giurisprudenza risulta concorde nell'escludere ogni potere correttivo del giudice: Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, cit., correttamente osserva che "il giudice, sia esso il tribunale o la corte d'appello in sede di reclamo, non può omologare una proposta di concordato apportandovi modifiche sostanziali".

[1400] Esplicitamente per la concezione "forte" delle cause di prelazione e per quella della libera disponibilità del *surplus*, Trib. Rovereto, 13 ottobre 2014, in *IlCaso.it*; Trib. Pordenone, 21 ottobre 2009, cit..

[1401] Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., 178, per il quale "nulla sembra vietare che la differenza tra l'attivo concordatario e quello fallimentare sia utilizzata per soddisfare i chirografari (inclusa la quota di privilegiati scaduta al chirografo), senza necessità di un *quid pluris* esterno"; G. PERACIN, *Concordato preventivo e* cessio bonorum *con classi: trattamento dei creditori privilegiati generali e inquadramento giuridico del «vantaggio differenziale»*, in *Dir. fall*., 2011, I, 54, il quale definisce il *surplus* come "il premio del sistema liberamente disponibile in quanto generato in ambito diverso da quello che caratterizza la procedura atomistica liquidatoria del fallimento"; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 229-230; S. BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, M. Campobasso-V. Carriello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), vol. III, San Mauro Torinese, 2014, 2999-3000; G. JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, cit., 1609; G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm*., 2016, I, 52; G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, cit., 1017 ss..

[1402] Trib. Rovereto, 13 ottobre 2014, cit.; Trib. Milano, 8 novembre 2016, in *IlCaso.it*, secondo cui "la regola generale del 160 comma 2 del rispetto dell'ordine delle prelazioni, che è indefettibile nel concordato liquidatorio, salvo l'apporto di nuova finanza che può essere utilizzata anche in apparente violazione di tale ordine, proprio perché non promana dal patrimonio del debitore e non è vincolata a garantirne le obbligazioni, de[ve] essere intesa nel concordato in continuità come operativamente limitata, nel tempo, alla data della presentazione della domanda di concordato e nella 'dimensione applicativa' al patrimonio della concordataria esistente a quella data. Il parametro che costituisce il limite di riferibilità per appurare se vi sia violazione o meno dell'ordine della prelazione o se la stessa sia degradata e, quindi venuta meno e incorporata nei chirografi, è il momento della presentazione della domanda perché ciò che è valutabile ai fini della capienza in sede di redazione del piano è solo il patrimonio attuale della società e solo esso sarebbe passibile di azioni esecutive o di collocazione sul mercato"; Trib. Treviso, 25 marzo 2015, in *IlCaso.it*; Trib. Monza, 22 Dicembre 2011, in *IlCaso.it*; Trib. Padova, 16 maggio 2011, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2012, II, 222; Trib. Pordenone, 21 ottobre 2009, cit.; Trib. Messina, 4 marzo 2009, cit..

terzi. In termini più generali si afferma che tale *surplus* comprende "tutto l'apporto finanziario che deriva dal concordato, quale che ne sia la fonte, diverso da quello ricavabile dalla liquidazione del patrimonio a valore di mercato"[1403].

A fondamento della conclusione si invoca il testo dell'art. 160, comma 2, l. fall.. Stabilendo che la proposta non può attribuire ai privilegiati, agli ipotecari e ai creditori pignoratizi meno di quanto essi riceverebbero nell'ipotesi liquidatoria, questa disposizione individuerebbe la nozione stessa di *surplus* - formato appunto dalle utilità che non possono essere conseguire che dal concordato -, assoggettando questa porzione dell'attivo al regime della libera disponibilità.

La stessa disposizione è però richiamata anche per sostenere la tesi contraria. Si afferma che "tale regola [quella che vieta di soddisfare i creditori di un grado se non dopo aver estinto le obbligazioni di rango poziore] dovrebbe [...] trovare applicazione non soltanto rispetto al presumibile valore di realizzo che il patrimonio del debitore avrebbe in caso di apertura del fallimento, ma anche sull'eventuale *surplus*, rispetto a quel valore, generato dalla soluzione concordataria"[1404]. In questa direzione si colloca un precedente di legittimità[1405], seguito da numerose pronunce di merito[1406] e parte della dottrina[1407], che confina la libertà di scelta per il debitore alle risorse che non transitano per il suo patrimonio[1408]. Sebbene non sia espressamente affermato, alla base dell'orientamento si pone l'idea stando alla quale tutto ciò che entra in quel patrimonio confluisce anche nella garanzia dei creditori, secondo la diversa posizione di ciascuno nell'ordine di prelazione. Perciò alle regole del concorso si sottrae solo ciò che resta estraneo a quella massa.

Le affermazioni appena riportate si reggono su un postulato che sembra inattaccabile, dato dalla automatica estensione della responsabilità e delle sue regole a tutto ciò che rientra nel patrimonio del debitore.

[1403] Trib. Rovereto, 13 ottobre 2014, cit..

[1404] D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, absolute priority rule *e* new value exception, cit., 342-343. Affermazioni analoghe si possono leggere pure in D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 429-430.

[1405] Nel principio di diritto affermato da Cass. civ., Sez. I, 8 giugno 2012, n. 9373, cit., si espone che "ai fini dell'ammissibilità della proposta di concordato preventivo, la L. Fall., art. 160, comma 2, [...] deve essere interpretato nel senso che l'apporto del terzo si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati solo allorché risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società, non comportando né un incremento dell'attivo patrimoniale della società debitrice, sul quale i crediti privilegiati dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado, né un aggravio del passivo della medesima, con il riconoscimento di ragioni di credito a favore del terzo, indipendentemente dalla circostanza che tale credito sia stato postergato o no".

[1406] Trib. Reggio Emilia, 11 agosto 2014, in *Fall.*, 2015, 698, con nota di G. Bozza, I *criteri per la distribuzione delle prededuzioni tra il ricavato dei beni messi a disposizione dei creditori del debitore concordatario*; App. Venezia, 12 maggio 2016, in *IlCaso.it*, affermando che "l'apporto esterno può non essere allocato secondo il rispetto delle cause di prelazione solo quanto, da un lato, non confluisca (e perciò si confonda) col patrimonio del debitore, dall'altro, non provochi l'insorgere di un credito da regresso che determini un aggravamento della massa passiva"; Trib. Milano, 15 dicembre 2016, cit., ove si conclude che "non è, pertanto, normativamente prospettabile una distribuzione del ricavato delle procedure competitive di liquidazione concordataria diverso da quello conseguibile in sede fallimentare, stante in entrambi i casi il rispetto della cause legittime di prelazione".

[1407] M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo. Il concordato preventivo*, cit., 248; L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, cit., 807-808; M. ZAPPALÀ, *Nuova finanza e cause di prelazione nei concordati preventivi*, cit., 464.

[1408] Sembra rimasta isolata la posizione, ancora più sfavorevole verso i postergati, di App. Venezia, 23 febbraio 2012, cit., secondo cui le risorse provenienti da terzi, pur liberamente utilizzabili nel concordato, non potrebbero essere utilizzate per pagare ai soci postergati il loro credito, in quanto estranei al concorso.

Il tema, la cui analisi può essere compiuta proprio muovendo dall'art. 160, comma 2, l. fall., investe un profilo centrale per la legittimità della proposta e la meritevolezza dell'accordo limitativo della responsabilità.

La seconda parte della disposizione pone la regola secondo cui "il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione". Insieme a questa è necessario leggere la prima parte dello stesso comma, stando alla quale "la proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera *d*)". Il testo attribuisce ai creditori titolari di privilegio, pegno o ipoteca il diritto soggettivo di ottenere prima degli altri la distribuzione di quanto potrebbe ricavarsi dai beni in garanzia[1409], ricevendo così almeno ciò che darebbe loro l'ipotesi alternativa della liquidazione secondo la stima dei beni. In linea con la struttura delle situazioni giuridiche soggettive, a questo diritto corrisponde un obbligo per l'autore della proposta di non promettere una somma inferiore a questo importo[1410], sanzionato con l'inammissibilità.

Così interpretato, l'art. 160, comma 2, l. fall. sembra stabilire una disciplina delle prelazioni diversa da quella prevista nel diritto comune e dalle norme in materia di fallimento[1411]. La disposizione dettata per il concordato riferisce infatti la preferenza non al valore realizzato dal bene, ma a quello realizzabile secondo il giudizio reso da un professionista[1412]. La regola fissata in chiusura di questo comma, per la quale non è possibile "alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione", va allora posta in relazione a tale importo e non a quello effettivamente conseguito durante la fase esecutiva del piano, e cioè in un momento successivo all'omologazione dell'accordo e al prodursi dei suoi effetti riduttivi sulle obbligazioni. Perciò se dal bene in garanzia oppure oggetto del privilegio si ricava una somma maggiore di quella stimata, l'eccedenza non deve essere attribuita necessariamente a quei creditori, che per la parte ulteriore del credito non hanno alcun privilegio e sono

[1409] Per D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 417, "gli artt. 124, comma 3 e 160, comma 2, non fanno che separare la parte del credito 'garantita' da quella 'chirografaria', consentendo, in definitiva, di agire solo su quest'ultima, posta sullo stesso piano degli altri crediti del medesimo rango".

[1410] Secondo S. BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, cit., 3013, all'art. 160, comma 2, l. fall., "non va [...] attribuito il solo effetto di *vietare* un trattamento (economico e/o finanziario) dei crediti privilegiati *deteriore* a quello che essi riceverebbero 'in caso di liquidazione'; deve invece essere attribuito anche l'effetto di *vietare* un trattamento (economico e/o finanziario) dei crediti privilegiati *disancorato* da quello che essi riceverebbero 'in caso di liquidazione'" (corsivi dell'Autore).

[1411] Dagli artt. 111 ss., l. fall., emerge chiaramente che la prelazione nel fallimento è relativa al prezzo ricavato dai beni in garanzia. In termini analoghi, G. PERACIN, *Concordato preventivo e* cessio bonorum *con classi: trattamento dei creditori privilegiati generali e inquadramento giuridico del «vantaggio differenziale»*, cit., 52, rileva che "nell'ambito del procedimento tradizionale del concorso il diritto tutelato dal privilegio si esercita in fase di vendita del bene gravato dal vincolo prelatizio e si misura con il ricavato della stessa; nel concordato preventivo post Riforma sembra invece possibile [...] proporre ai creditori un valore di soddisfacimento sulla base di una stima di realizzo del proponente riferita al bene al momento di inizio della procedura, con l'unico limite minimo individuato dall'attestatore *ex* art. 160, comma 2, legge fallim.".

[1412] Nella stessa direzione si orientano alcune delle disposizioni di recente introduzione, richiamate nel par. 22, che riferiscono la garanzia non a quanto ricavato dal bene, ma a un valore di stima.

degradati al rango successivo[1413]. Tale somma - che non necessariamente si potrebbe conseguire anche al di fuori del concordato e senza la collaborazione del debitore - è sottratta alla regola del diritto privato, la quale assegnerebbe invece il ricavato al garantito fino al suo completo soddisfacimento[1414].

A sostegno della conclusione va il rilievo secondo cui il valore dichiarato dall'esperto conforma il contenuto e gli effetti della proposta, la quale individua l'importo da assegnare in via preferenziale proprio sulla base della stima. La ricchezza ricavabile dal bene allo stesso tempo definisce il limite negativo per l'autonomia privata e - poiché riportata nell'accordo omologato - ne definisce una porzione degli effetti: fino all'omologa l'intero ricavato del bene spetterebbe al creditore garantito; dopo l'omologa, la prelazione è definita dall'importo indicato dal professionista. La conferma di quanto affermato sembra ricavarsi dalla disciplina delle offerte concorrenti, le quali possono individuare un valore diverso da quello riportato nel piano solo in un momento precedente all'approvazione e all'omologa: l'importo determinato con la procedura di gara non modifica dall'esterno il contenuto di un accordo già raggiunto, ma impone al proponente di indicare quest'altro valore nella proposta e nel piano (art. 163 *bis*, comma 4, l. fall.). Si tratta infatti di utilità conseguibili anche senza il concordato, e che perciò concorrono a definire il risultato minimo della procedura (*infra*, in questo stesso paragrafo).

Dall'art. 160, comma 2, l. fall. sembra di poter trovare una regola generale suscettibile di espandersi oltre il novero dei soggetti espressamente richiamati[1415]. Con riguardo ai titolari di

---

[1413] Una chiara affermazione in tal senso si legge in Trib. Treviso, 25 marzo 2015, cit., secondo cui "la degradazione del credito privilegiato a chirografo, una volta che sia sorretta dalla rituale relazione dell'esperto, diventa definitiva, nel senso che, in sede di esecuzione del concordato, qualunque sia l'esito della liquidazione del bene su cui grava la causa di prelazione, il creditore prelatizio non potrà ricevere di più, e neppure di meno, di quanto la proposta e la relazione medesima hanno indicato, fatta salva la possibilità da parte del debitore di modulare diversamente la proposta, prevedendo, ad es. che l'eventuale *surplus* ricavabile dalla liquidazione vada ugualmente destinato al creditore privilegiato". Allo stesso modo, G. PERACIN, *Concordato preventivo e* cessio bonorum *con classi: trattamento dei creditori privilegiati generali e inquadramento giuridico del «vantaggio differenziale»*, cit., 51-52, nell'affermare che "con riguardo ai privilegi (non solo quelli speciali) il valore «promesso» al creditore nella proposta concordataria, necessariamente non inferiore a quello di liquidazione stimato ai sensi dell'art. 160, comma 2, legge fallim. sarà il riferimento in sede di esecuzione del concordato a prescindere dall'effettivo realizzo successivo in corso di procedura"; S. BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, cit., 3013, per il quale "una volta determinato nella proposta concordataria lo 'stralcio' praticato sui crediti privilegiati (sorretto dalla valutazione comparativa dell'esperto stimatore *ex* art. 160, 2° co., l. fall.), *il risultato proposto va 'garantito' al creditore privilegiato 'stralciato'*, anche nelle ipotesi nelle quali *il bene oggetto della garanzia fosse liquidato a condizioni e/o in tempi diversi da quelli immaginati*. In ciò si annida, *per un verso*, un residuo del regime previgente [...]; e, *per un altro verso*, un possibile effetto distorsivo, per l'ipotesi nella quale il bene interessato da una collocazione prelatizia 'stralciata' di crediti prelatizi relativi, sia *liquidato a condizioni ed in tempi più favorevoli* di quelli immaginati, originando in tal senso un 'plusvalore' rispetto alla porzione di credito ammessa al passivo come privilegiata" (corsivi dell'Autore).

[1414] Il meccanismo sembra poter essere quello descritto da D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 418, il quale nel caso in cui un terzo metta proprie risorse a disposizione del concordato ravvisa la necessità di stimare il patrimonio dell'imprenditore, da distribuire secondo il rispetto delle regole distributive, ed utilizzare invece liberamente la ricchezza fornita dal terzo.

[1415] Riferendosi all'art. 160, comma 2, l. fall., Trib. Messina, 4 marzo 2009, cit., rileva come "detta norma assuma la valenza di principio generale per la regolamentazione dei crediti postergati, in quanto i creditori chirografari rispetto ai privilegiati altro non sono che dei creditori postergati. La norma è pertanto applicabile anche ai rapporti tra i chirografari ed i soci creditori. A ben vedere, infatti, in virtù dell'art. 2467 c.c., tra i chirografari ed i soci creditori si instaura, sotto il profilo strutturale, lo stesso rapporto esistente tra i privilegiati ed i chirografari; nel senso che i chirografari, rispetto ai soci creditori hanno un diritto di prelazione sul

garanzia reale o privilegio speciale, il valore minimo da riconoscere corrisponde a quello ricavabile dal bene. Per i privilegiati mobiliari generali, risulta dalla considerazione di tutti i beni mobili o, se il titolo di prelazione gode di collocazione sussidiaria sugli immobili, da quella estesa all'intero patrimonio[1416]. Il diritto dei chirografari e dei subordinati, invece, è di ottenere almeno il valore realizzabile dall'intero patrimonio, al netto delle pretese da preferire. La tutela prevista per i creditori che, come di regola i privilegiati e i postergati, non votano poggia proprio sull'inammissibilità di iniziative che offrano loro meno di quanto potrebbero ottenere nelle ipotesi alternative. Nel caso di un patrimonio in garanzia che senza concordato sarebbe capace di soddisfare tutti i creditori di grado poziore e, almeno in parte, quelli subordinati, dovrebbe essere previsto anche il loro pagamento ed essergli riconosciuta la possibilità di votare, trattandosi dei soli soggetti che subiscono la falcidia e che sono realmente coinvolti dal concordato[1417].

Una espansione analoga a quella affermata sul piano soggettivo sembra riguardare il canone secondo cui svolgere il giudizio di ammissibilità. L'art. 160, comma 2, l. fall. per valutare l'ammissibilità della proposta e, suo tramite, dell'accordo concorsuale fa riferimento al "ricavato in caso di liquidazione" e, subito dopo, al "valore di mercato dei beni o diritti". Tuttavia, dal sistema della legge fallimentare - oltre che dalla necessità di assumere una prospettiva coerente alla tutela costituzionale del credito - emerge la necessità di estendere il riferimento al vantaggio conseguibile dalle soluzioni alternative più in generale, e quindi anche dallo sfruttamento produttivo del patrimonio. In questa direzione orientano gli artt.. 180, comma 4, e 186 *bis*, comma 2, lett. *b*), l. fall., i quali svolgono una comparazione estesa all'intero spettro delle soluzioni alternative al concordato proposto dal debitore ed attuabili a prescindere dalla sua volontà[1418].

L'affermazione che precede non viola il testo dell'art. 160, comma 2, l. fall., limitandosi alla lettura estensiva di una sua parte. Il richiamo a quanto "ricavato in caso di liquidazione" non restringe necessariamente il proprio senso a quanto potrebbe ottenersi nell'ipotesi della vendita coattiva, potendo invece comprendere in linea più generale ogni forma di conversione dei beni in unità monetarie, che nel caso dell'azienda include la prosecuzione coattiva dell'esercizio. La necessità di simili valutazioni complica il giudizio affidato all'esperto, ma risulta la sola coerente rispetto ad un sistema che accanto alla cessione dell'intero patrimonio

---

patrimonio sociale, così come i privilegiati hanno un diritto di prelazione rispetto ai chirografari sui beni gravati da prelazione".

[1416] In questi termini, M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo. Il concordato preventivo*, cit., 243-244; G. PERACIN, *Concordato preventivo e* cessio bonorum *con classi: trattamento dei creditori privilegiati generali e inquadramento giuridico del «vantaggio differenziale»*, cit., 52.

[1417] La conferma di quanto si va dicendo sembra trovarsi appunto nelle regole in tema di voto. Si rileva in dottrina che la *ratio* di quelle che escludono i privilegiati e subordinati dal voto risiedono nella mancanza di interesse che rispettivamente negli uni e negli altri è determinata dalla presunzione che essi possano ricevere l'intero pagamento sia nel concordato che nelle ipotesi alternative (nel caso dei privilegiati) ovvero non riceverne comunque alcuno (ed è questo il caso dei postergati). In questa direzione, D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 420 ss. e 433; Trib. Perugia, 16 luglio 2012, cit., che proprio da tali riflessioni ricava che "alla previsione della falcidia del credito deve [...] far da corollario il diritto del creditore ad esprimersi sulla proposta". Il risultato di queste premesse è che sarebbe in ogni caso necessaria una stima del patrimonio al valore di liquidazione. Ad esempio, nell'ipotesi in cui esso basti a pagare tutti i creditori per intero e i postergati in parte, di ciò dovrebbe tenersi conto in sede di approvazione, lasciando il diritto di voto solo ai creditori destinati alla falcidia, ossia proprio ai postergati.

[1418] La corrispondenza tra il giudizio da svolgere secondo l'art. 160, comma 2, l. fall., e quello richiesto dall'art. 180, comma 4, l. fall., sembra affermata anche da G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, cit., 55.

conosce istituti concorsuali che pur prescindendo dalla volontà del debitore prevedono la prosecuzione dell'impresa. In questi termini, il *surplus* non tanto è rappresentato dalle utilità che superano il valore di mercato del bene, ma da tutte quelle che non potrebbero essere ricavate secondo un diverso impiego di quello stesso bene.

Leggendo l'art. 160, comma 2, l. fall. nel suo complesso si ricavano allora non più due regole separate - necessità di soddisfare i privilegiati e i titolari di garanzie reali almeno in una certa misura e necessità di rispettare l'ordine delle cause di prelazione -, ma una sola: obbligo per il proponente di attribuire a ciascun creditore non meno di quanto egli riceverebbe in base al rango del credito e al valore ricavabile dal bene nelle ipotesi alternative al concordato. Il divieto così ricavato riguarda il trattamento minimo da riservare ai creditori[1419], senza configurare alcun limite massimo, come sarebbe se si vietasse di pagare qualcuno tra loro[1420]. La regola è strumentale ad evitare che l'accordo perfezionato con il consenso dei creditori di rango inferiore possa togliere qualcosa a quelli del livello superiore[1421], ma non vieta che i primi ricevano più di quanto potrebbero attendere dalle ipotesi alternative[1422]. In questi termini, il concordato impedisce di pregiudicare uno qualsiasi dei creditori, ma non di riservare a qualcuno di essi un trattamento vantaggioso rispetto alle ipotesi alternative[1423].

[1419] Così G. PERACIN, *Concordato preventivo e* cessio bonorum *con classi: trattamento dei creditori privilegiati generali e inquadramento giuridico del «vantaggio differenziale»*, cit., 50, il quale ricava dall'art. 160, comma 2, l. fall. "il limite massimo rispetto al sacrificio richiedibile ai creditori"; M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 177 ss..

[1420] Un limite può ricavarsi, almeno con rispetto a certi crediti, dall'art. 182 *ter*, comma 1, l. fall., il quale sembra però confermare la lettura che si va proponendo. Questa disposizione disciplina i rapporti tributari nel concordato attraverso due regole. La prima ribadisce quanto affermato dall'art. 160, comma 2, l. fall. stabilendo che la proposta del debitore può "proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)". La seconda regola prevede che "se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie". Questa seconda parte della disposizione sembra assumere un senso solo ammettendo la possibilità di attribuire un pagamento in violazione del criterio "forte" delle cause prelazione, la quale deve essere esclusa per i beni che sussistono nel patrimonio al momento della domanda e perciò non può che riguardare gli altri, ossia il *surplus*.

[1421] In questi termini si esprime G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 487, il quale afferma che l'art. 160, comma 2, l. fall., "risulta volto [...] a tutelare la posizione patrimoniale di taluni creditori, quelli cioè che, come i privilegiati, risultano collocati in una posizione superiore, dai potenziali pregiudizi derivanti da una proposta approvata da parte, o comunque con il concorso, di creditori di rango inferiore".

[1422] Afferma G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, cit., 55, che "la distribuzione selettiva in favore di taluni creditori chirografari di risorse che non sarebbero state presumibilmente acquisite (e conseguentemente distribuite) nel fallimento non pregiudica [...], la posizione dei privilegiati e, quindi, non si traduce necessariamente in una violazione della regola dell'ordine delle cause di prelazione, nella misura in cui nessuno dei creditori anteriori subisce un trattamento deteriore rispetto a quello che avrebbe ottenuto in sede fallimentare".

[1423] G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, cit., 56. Diversamente concludono D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 429-430; L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, cit., 807, il quale dalla estraneità dei subordinati al concorso ricava l'affermazione secondo cui "deve escludersi che essi possano ricevere soddisfazione tramite il concordato, anche quando ciò non comporti un trattamento deteriore per i creditori chirografari concorrenti".

La conclusione risulta coerente rispetto a quanto affermato per la meritevolezza delle convenzioni riduttive in generale (par. 29) e di quelle concorsuali più nello specifico (par. 64), poiché la falcidia del rapporto - e dunque la limitazione della garanzia patrimoniale - è circoscritta al valore che già non può più essere conseguito per effetto della crisi[1424]. Questo criterio è appunto quello già trovato trattando delle condizioni di ammissibilità per la convenzione concordataria che introduca una limitazione della responsabilità. Procedendo da queste affermazioni, l'art. 160, comma 2, l. fall. conferma allora che la meritevolezza dell'accordo va misurata ponendo a confronto il risultato del concordato e quello delle altre soluzioni possibili.

In questa prospettiva si comprende il richiamo fatto in letteratura al canone dell'ottimo paretiano per spiegare la procedura di concordato[1425]: questa può migliorare la condizione di uno o più soggetti a patto di non pregiudicare quella di nessun altro.

Per tale ragione non è ammissibile la proposta che preveda di assegnare a qualche creditore meno di quanto potrebbe conseguire secondo il grado del proprio credito in caso di liquidazione del patrimonio esistente. Al di sotto di quel valore, simili accordi non sono ammissibili; oltre tale misura, risultano invece meritevoli di tutela.

Il contenuto e le condizioni di ammissibilità di queste convenzioni sembrano perciò rimanere i medesimi se il patrimonio "liberato" dalla garanzia viene lasciato nel patrimonio del debitore, con una limitazione della responsabilità in suo favore, oppure invece impiegato a beneficio di altri creditori, con una limitazione stavolta a loro beneficio.

Tornando al concordato di ATAC s.p.a., sembra allora di poter trovare una giustificazione per il provvedimento di ammissione, nonostante l'apparente violazione delle regole distributive. Il vincolo dato da tali norme si riferisce infatti al valore ricavabile dal patrimonio esistente al momento della domanda. Per la parte eccedente tale valore, il concordato può proporre ai creditori la limitazione della responsabilità, sia per lasciare beni alla società che per soddisfare creditori che nelle ipotesi alternative riceverebbero meno.

Rispetto alla specifica vicenda concorsuale si nota come la massa destinata ai creditori possa considerarsi composta in larga parte da utilità non conseguibili al di fuori del concordato, e quindi liberamente distribuibili. Quanto all'ipotesi della prosecuzione dell'esercizio, per la necessità di valutare come scenario alternativo quello di una procedura - l'amministrazione straordinaria - che non è pensata con lo scopo principale di soddisfare i creditori, ma per altri fini. Nel determinare il maggior attivo del concordato rispetto all'amministrazione straordinaria dovrebbe inoltre considerarsi che in tal caso verrebbero meno le risorse finanziarie promesse dal socio unico per l'esecuzione del piano[1426]; tale finanziamento, spontaneamente deciso dall'ente pubblico, potrebbe infatti non essere conseguito nelle altre ipotesi, per la quali non risulta alcun analogo impegno del Comune di Roma, con le inevitabili conseguenze che questo comporta per la formazione della massa attiva. Quanto all'ipotesi della cessione del patrimonio, bisogna considerare che numerosi problemi si pongono per tale soluzione nel caso di quei debitori, come ATAC s.p.a. e le società *in house*

[1424] In questi termini, anche M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, cit., 177 ss., secondo il quale la crisi riduce l'utilità effettivamente conseguibile dal creditore a un importo - quello che potrebbe ricavarsi anche senza il concordato - che l'accordo concorsuale non può ulteriormente ridurre, pena la sottrazione ingiustificata di ricchezza spettante ai creditori.
[1425] G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, cit., 56.
[1426] Di tale finanziamento dà conto il decreto Trib. Roma, 21 marzo 2018, cit..

più in generale, con un patrimonio prevalentemente costituito da beni difficilmente cedibili ed utilizzabili per la maggior parte solo per la gestione del servizio pubblico, esercitato non in regime di libera concorrenza ma secondo le regole del diritto amministrativo; la natura di quei beni e di questo servizio rende problematica l'individuazione di possibili acquirenti e, quindi, di un valore di mercato. L'applicazione delle stesse regole può dunque offrire risultati molto diversi in considerazione del soggetto, del suo patrimonio e della sua attività. La questione riguarda del resto anche l'applicazione di altre norme del sistema concorsuale. Si può richiamare il meccanismo delle proposte concorrenti, la cui operatività risulta fortemente ridimensionata in ipotesi nelle quali l'acquisizione di partecipazioni da parte di privati, facendo perdere la qualifica di ente *in house*, determinerebbe anche la cessazione dell'affidamento pubblico, così impedendo l'assegnazione di partecipazioni insieme con la prosecuzione dell'attività.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Commencement of insolvency proceedings*, D. Faber-N. Vermunt-J. Kilborn-T. Richter (a cura di), Oxford, 2012

F. ABATE, *I gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, in *Fall*., 1993

P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975

P. ABBADESSA, *L'insolvenza del consumatore*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa. Atti del Convegno, Torino, 23-24 maggio 2008*, A. Jorio (a cura di), Milano, 2009

N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1971

L. ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fall*., 2008

N. ABRIANI, *Il sistema delle procedure concorsuali*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Aa. Vv., Milano, 2013

N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in *Giust. civ*., 2016

N. ABRIANI, *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, in *Riv. dir. imp*., 2017

N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 2, Milano, 2016

M. ALBALADEJO, *Derecho civil. Derecho de las obligaciones*, vol. II, Madrid, 2004

G. ALESSI, *Il caso Efim*, in *Fall*., 1993

M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950

M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, Torino, 1958

G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993

S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato Cottino*, vol. XI, t. 1, Padova, 2008

S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, F. Vassalli-F.P. Luiso-E. Gabrielli (diretto da), vol. IV, Torino, 2014

S. AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 3, Milano, 2016

S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016

S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nei confronti di imprese in difficoltà: pegno non possessorio e patto marciano,* in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. V, Milano, 2017

S. AMBROSINI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione*, in *Fallimentiesocieta.it*

S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *IlCaso.it*

S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *IlCaso.it*

V. ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile. Processi di cognizione e di esecuzione forzata*, Napoli, 1962

C. ANGELICI, *Appunti sull'art. 2346 c.c., con particolare riguardo al conferimento mediante compensazione*, in *Giur. comm*., 1988, I

C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato Colombo-Portale*, vol. II, t. 1, Torino, 1991

C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012

G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645* ter *cod. civ*., in *Nuova giur. civ. comm*., 2007, II

M. ARATO, *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 3, Milano, 2016

M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 3, Milano, 2016

A. ARENA, *Spunti sul concordato delle aziende di credito e sulla concessione dei benefici di legge*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1940, I

C. ARIJA SOUTULLO, *El adquirente de bienes hipotecados*, Valencia, 2002,

T. ASCARELLI, *Sulla derogabilità delle forme d cui all'art. 363 cod. comm.*, in *Riv. dir. prov. civ.*, 1927, I

T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Aa. Vv., vol. II, Roma, 1931

T. ASCARELLI, *In tema di vendita di pacchetto di azioni*, in ID., *Studi in tema di società*, Milano, 1952

G. ASHE, *The corporate entity in bankruptcy: subordination-consolidation-merger*, in 46 *American Bankruptcy Law Journal* 1972

C. AUBRY-C.F. RAU, *Cours de droit civil francais par C.S. Zachariae*, t. 1, Bruxelles, 1842

C. AUBRY-C. F. RAU, *Cours de droit civil francais par C.S. Zachariae*, t. 2, Bruxelles, 1842

G. AULETTA, *Revocatoria civile e fallimentare*, Milano, 1939

A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*, Napoli, 1957

R.P. AUSTIN, *Corporate groups*, in *Corporate personality in the 20th century*, R. GranthamC. Ricket (a cura di), Oxford, 1998

A. AZARA, *Il concordato preventivo*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, M. Nuzzo (a cura di), vol. II, Torino, 2014

A.M. AZZARO, *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fall*., 2007

A.M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall*., 2008

D.G. BAIRD, *Substantive consolidation today*, in 47 *Boston college law review* 2005

D.G. BAIRD-T.H. JACKSON, *Bargaining after the fall and the contours of the absolute priority rule*, in *Corporate Bankruptcy. Economic and legal perspectives*, J.S. Bhandari-L.A. Weiss (a cura di), Cambridge, 1996

L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2004

L. BARASSI, *Le obbligazioni. Con speciale riguardo ai contratti*, Milano, 1934

L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1945

L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1946

L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, 1946

L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1948

V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ*., 2016

L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971

L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991

J.F. BARBIÈRI, *Portée du cautionnement des dettes d'une société au sein d'un groupe: autonomie de la personne morale débitrice au regard du droit de cautionnement ed ouverture d'une procédure collective commune à la débitrice et à d'autres sociétés*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 1998

E. BARCELLONA, *Concordato con continuità aziendale: quale il* quid *dell'istituto?*, in *Orizzontideldirittocommerciale.it*

A. BARTALENA, *Sub art. 2481*-bis, in *Società di capitali. Commentario*, G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres (a cura di), vol. III, Napoli, 2004

S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001

M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2014

A. BASSI, *Il concordato preventivo tra* cessio bonorum *e* datio in solutum. *Il caso "S. Raffaele"*, in *Giur. comm*., 2012, I

G. BAVETTA, *Liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1974

L.A. BEBCHUK, *Chapter 11, Discussion Paper n. 227*, in *Harvard Law School* 1997

A. BELLVER CANO, *La prescripción de las acciones hipotecarias*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1934

P.D. BELTRAMI, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in *IlCaso.it*

P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, *La obligación. Concepto, estructura y fuentes*, Madrid, 1989

A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977

A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ*., vol. XI, Torino, 1994

U. BELVISO, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, Napoli, 1973

U. BELVISO, *La liquidazione coatta amministrativa nel quadro di una riforma delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm*., 1979, I

F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971

L. BENATTI, *Delle modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna, 2014

P. BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Riv. soc*., 2016

G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969

G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997

L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs– o Duldungspflicht)?*, in *Riv. dir. soc*., 2017

A.A. BERLE JR., *The theory of enterprise entity*, in 47 *Columbia Law Review* 1947

A.A. BERLE JR., *"Control" in corporate law*, in 58 *Columbia law review* 1958

A.A. BERLE-G.C. MEANS, *The modern corporation & private property*, New York, 1932

C.G. BERRY, *Consolidation in bankruptcy*, in 50 *American Bankruptcy Law Journal* 1976

E. BERTACCHINI, *La conversione dei crediti in azioni negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei piani attestati di risanamento nel quadro della legge fallimentare riformata*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2014, I

E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, in *Annuario della Università degli studi di Camerino*, Camerino, 1919

E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1928

E. BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Padova, 1929

E. BETTI, *Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I

E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, Padova, 1942

E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, vol. II, Milano, 1953

E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Vicende dell'obbligazione - Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, vol. III-IV, Milano, 1955

E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1962

E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002

E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006

C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. L'obbligazione*, Milano, 1998

C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993

C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 2012

M. BIANCA, *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003

M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645*-ter *c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II

M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007

E. BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, Napoli-Torino, 1907

L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982

B. BIONDI, *Ricognizione e novazione dell'obbligazione naturale*, in *Foro pad.*, 1961, I

P.I. BLUMBERG-K.A. STRASSER-N.L. GEORGAKOPOULOS-E.J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, vol. I, New York, 2014

P.I. BLUMBERG-K.A. STRASSER-N.L. GEORGAKOPOULOS-E.J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, vol. II, New York, 2014

N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, in *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993

G. BOCCUZZI, *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. V, Milano, 2017

F. BOLCHINI, *La vendita per autorità del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1908

G. BONELLI, *Nota a Cass. Torino, 12 maggio 1898*, in *Foro it.*, 1898, I

G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910

G. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, E. Bensa-A. Bruschettini-G. Bonelli-L. Franchi-P. Manfredi-U. Navarrini-C. Pagani-G. Segrè-A. Sraffa (redatto da), vol. VIII, pt. 1, Milano, 1923

G. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, E. Bensa-A. Bruschettini-G. Bonelli-L. Franchi-P. Manfredi-U. Navarrini-C. Pagani-G. Segrè-A. Sraffa (redatto da), vol. VIII, pt. 2, Milano, 1923

P. BONFANTE, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, in *Scritti giuridici vari*, vol. III, Roma, 1921

S. BONFATTI, *Il gruppo di imprese*, in *Fallimento e amministrazione straordinaria. Atti del convegno S.I.S.CO.*, Aa. Vv., Milano, 1999

S. BONFATTI, *Strumenti «ibridi» di patrimonializzazione, prestiti subordinati e crisi dell'impresa bancaria*, in *L'innovazione finanziaria*, Aa. Vv., Milano, 2003

S. BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, M. Campobasso-V. Carriello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), vol. III, San Mauro Torinese, 2014

S. BONFATTI, *La prededuzione dei crediti verso l'impresa in crisi tra natura della procedura e "consecutio" di procedimenti*, in *Riv. dir. banc.*, 2017

GIR. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984

A. BONSIGNORI, *Del concordato*, in *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1977

A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1990

A. BONSIGNORI, *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. comm.*, vol. IX, Torino, 1993

A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori: concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta, e amministrazione straordinaria*, in *Trattato Galgano di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIII, Padova, 1997

G. BOZZA, *Effetti per i creditori*, in *Fall.*, 1992

G. BOZZA, *L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Fall.*, 2009

P. BRACCAGNI, *Sulla natura del concordato delle imprese sottoposte a liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. fall.*, 1964, I

U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1991

A. BREGOLI, *Effetti e natura della revocatoria*, Milano, 2001

A. BRINZ, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, Erlangen, 1873

A. BRINZ, *Lehrbuch des Pandektenrechts. Das Zweckvermögen*, vol. III, pt. 2, Erlangen, 1888

F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015

F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e "governance" dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2017, I

G. BROGGINI, Trust *e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I

A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932

G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906

G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Napoli, 1979

F. BRUNO-P. CASTAGNA, *La conversione dei crediti bancari in capitale di rischio (*debt for equity swap*) nell'ambito del* restructuring *in Italia, Germania e UK*, in *Soc*., 2015

O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968

V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960

A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987

O. CAGNASSO-M. IRRERA, *Società a responsabilità limitata*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. comm*., vol. XIV, Torino, 1997

A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008

V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985

V. CALANDRA BUONAURA, *Concordato preventivo*, in *Enc. dir.. Annali*, vol. II, t. 2, Milano, 2008

V. CALANDRA BUONAURA, *Il concordato preventivo (tavola rotonda)*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, A. Jorio (a cura di), Milano, 2009

V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, M. Campobasso-V. Carriello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), vol. III, San Mauro Torinese, 2014

D.M. CALLIGAR, *Subordination agreements*, in *Yale Law Journal*, 70, 1961

E. CAMILLERI, *Ancora in tema di concordato preventivo di gruppo*, in *Giust. civ*., 2000, I

M.F. CAMPAGNA, *Insolvenza e crisi nella vigente legge fallimentare*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, M. Nuzzo (a cura di), vol. II, Torino, 2014

G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. comm*., 1983, I

M. CAMPOBASSO, N*uovi principi e vecchi problemi nel concordato preventivo con "continuità aziendale"*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, F. Barachini (a cura di), Torino, 2014

A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937

J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La obligación natural*, Barcelona, 1990

A. CAPUTO, *La novazione*, in *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, P. Fava (a cura di), t. 2, Milano, 2008

J. CARBONNIER, *Droit civil. Les Biens. Les obligations*, vol. II, Paris, 2004

L. CÁRDENAS HERNÁNDEZ, *El pacto de exclusion de la acción personal en la hipoteca*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1945

E. CARIA, *Giudizio di omologazione*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. Fauceglia-L. Panzani (diretto da), vol. III, Milano, 2009

L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936

R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, M. Nuzzo (a cura di), vol. I, Torino, 2014

T. CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936

F. CARNELUTTI, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nelle società e nella comunione*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I

F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I

F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. I, Padova, 1929

F. CARNELUTTI, *Azione revocatoria e trascrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I

F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992

F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, 1998

F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006

F. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Napoli, 2016

R. CARPI MARTÍN, *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Madrid, 2002

A. CARRASCO, *Sub art. 134*, in *Comentarios a la Ley Concursal*, R. Bercovitz (coord.), vol. II, Madrid, 2004

F. CARRESI, *Obbligazioni naturali e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1959, I

M. CASANOVA, *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I

B. CASSANDRO, *Sull'estinzione per compensazione del debito di conferimento del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II

J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil Español, común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 2008

A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Società controllate dell'Efim e sospensione del pagamento dei debiti*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1995, I

A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La chiusura della liquidazione e il concordato*, in *Le procedure concorsuali. Le procedure minori*, G. Ragusa Maggiore-C. Costa (diretto da), Torino, 2001

M. CASTILLA CUBILLAS, *La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios*, in *Actualidad civil*, 2011

C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989

C. CASTRONOVO, *Il* trust *e «sostiene Lupoi»*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I

C. CASTRONOVO, Trust *e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, I

C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015

C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007

P. CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2009

X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Valencia, 1996

P.F. CENSONI, *Omologazione del concordato preventivo ed accertamento dei crediti concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1981, II

P.F. CENSONI, *La nuova disciplina del concordato preventivo. Requisiti e procedimento di ammissione (artt. 160-176 l.f.)*, in *La riforma della legge fallimentare*, S. Bonfatti-G. Falcone (a cura di), Milano, 2005

P.F. CENSONI, *Gli effetti sostanziali del concordato preventivo dopo la riforma del diritto fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I

P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. IV, Milano, 2016

S.A. CERRATO, *Aumenti di capitale e diritti del socio di s.r.l.*, in *Le nuove s.r.l.*, M. Sarale (a cura di), Bologna, 2008

S.A. CERRATO, *Le operazioni di aumento del capitale*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti (diretto da), Bologna, 2009

A. CHIANALE, *Ipoteca*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ.*, vol. X, Torino, 1993

J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, t. 2, Madrid, 1994

F. CHIOMENTI, *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo fra imprese*, in *Riv. dir. comm.* 1983, I

G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928

G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in ID, *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1930

G. CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, in ID, *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Roma, 1930

G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1933

G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Roma-Torino-Firenze, 1884

G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1962

F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, Firenze, 1940

S. CICCARELLO, *Pegno (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982

A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948

A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Trattato Cicu-Messineo*, vol. XLII, Milano, 1961

V. COLESANTI, *Sub art. 1*, in *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Commentario*, V. Colesanti-A. Mafferi Alberti-P. Schlesinger (a cura di), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979

G.E. COLOMBO, *Associazione in partecipazione, prestiti subordinati ed iscrizione in bilancio*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, G.B. Portale (a cura di), Milano, 1983

M. CONFORTINI, *Vincoli di destinazione*, in *Dizionario del diritto privato. Diritto civile*, Milano, 1980

V. CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013

V. CONFORTINI, *Il concordato preventivo fra legge del concorso e legge del contratto. concordati di riorganizzazione societaria e* status socii, in *Riv. dir. civ.*, 2018

F. CORDÓN, *Proceso concursal*, Pamplona, 2013

F. CORSI, *Soppressione dell'Efim: la sorte delle società controllate*, in *Giur. comm.*, 1993, I

L. COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, 1950

C. COSSU, *Revocatoria ordinaria (Azione)*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998

C. COSTA, *Il concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, F. Barachini (a cura di), Torino, 2014

R. COSTI, *La riforma delle Casse di Risparmio: problemi giuridici*, in *Giur. comm.*, 1982, I

T.B. COURTNEY, *Realisation and distribution of assets in a winding up*, in *The law of companies*, T.B. Courtney (a cura di), Dublin, 2016

L. COVIELLO, *L'ipoteca è un diritto reale?*, in *Riv. dir. civ.*, 1936

L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Napoli, 1931

N. COVIELLO, *Della trascrizione*, vol. I, Napoli-Torino, 1914

N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano, 1929

J.D. COX-T.L. HAZEN, *Cox & Hazen on coporations*, vol. II, New York, 2003

F. CRISCUOLO, *Azioni di garanzia e autonomia del debitore*, in *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, R. Di Raimo (a cura di), Napoli, 2006

B. CROCE, *Filosofia della pratica*, Bari, 1915

F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Aa. Vv., Milano, 1969

F. D'ALESSANDRO, *Politica della crisi d'impresa: risanamento o liquidazione dell'azienda?*, in *Fall*., 1980

F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. Comm*., 1984

F. D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, in *Fall*., 1990, II

F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. Comm*., 2001, I

F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ*., 2006, II

F. D'ALESSANDRO, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Giur. comm*., 2008, I

G. D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, in *Riv. dir. civ*., 2014

G. D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi tra creditori nei concordati*, in *Giur. comm*., 2010, I

G. D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra* par condicio creditorum *e principio di eguaglianza tra soci*, in *Riv. soc*., 2011

G. D'ATTORRE, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in *Fall*., 2012

G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II

G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall*., 2015

G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm*., 2016, I

G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in *Fall*. 2017

G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in *Fall*., 2017

G. D'ATTORRE, *Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo*, in *Riv. Soc*., 2018

M.J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2006

R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Sub art. 1911*, in *Comentario del código civil*, I. Sierra (coordinator), t. 10, Barcelona, 2006

N. DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, Napoli, 1869

A. DE CUPIS, *Il problema giuridico del «quantum respondeatur»*, in *Riv. dir. civ.*, 1967

A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1979

A. DE DONATO, *Destinazione di beni e opponibilità ai terzi*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003

A. DE DONATO, *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

C. DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999

M. DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO, *Sub art. 3*, in *Comentarios a la Ley Concursal*, R. Bercovitz (coordinator), vol. I, Madrid, 2004

A. DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RAIDO, *La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria*, in *Revista de derecho notarial*, 1958

R. DE LA RICA Y ARENAL, *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, in *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 4, 1948

P. DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procedures collectives: confusion de patrimoines et responsabilité des members du groupe*, in *Revue des procédures collectives*, 1998

J.M. DELENEUVILLE, *Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques ou, le fabuleux destin de l'article L. 621-5 du Code de commerce*, in *Revue des procédures collectives*, 2002

P. DE LIMA-A. VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, Coimbra, 2010

E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008

N. DE LUCA, *Prevenire è meglio che curare. (Proposte per «curare» il concordato preventivo che non «previene»)*, in *Dir. fall.*, 2010, I

F. DEL VECCHIO, *Il divieto di azioni esecutive nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1995

P.G. DEMARCHI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato*, in *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, S. Ambrosini-P.G. Demarchi-M. Vitiello (a cura di), Bologna, 2009

P.G. DEMARCHI ALBENGO, *Il concordato delle società*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 2, Milano, 2016

J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, Coimbra, 1990

L.M.T. DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, 2003

F. DENOZZA, *A che serve il capitale?*, in *Giur. comm*., 2002, I

D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, 2007

M. D'ERRICO, Trust *e destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo*. *Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003

F. DERRIDA, *L'unité d'entreprise est-elle una cause autonme d'extension de la procédure de redressement judiciaire? Ètude de la jurisprudence*, in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offert à Jean Derruppé*, Paris, 1991

F. DERRIDA, *A propos de l'extension des procedures de redressement ou de liquidation judiciaires*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, 1999

R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. III, Messina-Milano, 1933

E. DESDENTADO, *Grupo de sociedades y concurso de acreedores. Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de julio de 2014*, in *Anuario de derecho concursal*, 2015

G. DE SEMO, *Teoria della condizione legale e sue applicazioni in diritto fallimentare*, in *Dir. fall*., 1960, I

V. DE SENSI, *La nuova disciplina delle crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. dir. comm*., 2013, I

V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc*., 2017

L. DESIDERIO-P. ZAMBONI, *Brevi note sui prestiti subordinati*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, G.B. Portale (a cura di), Milano, 1983

M.A. DE TERESA COLINA, *La responsabilidad patrimonial universal*, in *Revista de Derecho UNED*, 2015

A. DÍAZ MORENO, *Sobre el aumento de capital por compensación (reflexiones al hilo de la disposición adicional 4° de la Ley Concursal)*, in *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2015

L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, Pamplona, 2008

L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Instituciones de derecho civil*, vol. II, t. 2, Madrid, 1998

L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. III, t. 2, Madrid, 2012

L. DÍEZ-PICAZO-L. PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003

D. DI GRAVIO, *La falcidia concordataria anche ai creditori rimasti fuori della procedura: l'art. 184 legge fallim*, in *Dir. Fall*., 1989, II

D. DI GRAVIO, *Procedura unica per i concordati delle società del gruppo?*, in *Dir. fall*., 1998, II

A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1988

A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005

A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

F. DI MARZIO, *La Crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010

F. DI MARZIO, *'Contratto' e 'deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Macario-F. Di Marzio (a cura di), Milano, 2010

F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018

F. DI MARZIO, *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, in *GiustiziaCivile.com*

F. DI MARZIO, *I contratti non sono concordati; i concordati non sono contratti*, in *IlFallimentarista.it*

F. DI MARZIO-F. MACARIO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. V, Milano, 2017

A. DIMUNDO, *La deliberazione dei creditori*, in *Fall*., 1992

N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato Rescigno*, vol. IX, Torino, 1999

R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645-ter: considerazioni sulla fattispecie*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008

A. DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter cc*, in *Dir. Fam. Pers*., 2007, I

N. DISTASO, *Natura giuridica dell'ipoteca. Contributo allo studio dei diritti reali di garanzia*, Milano, 1953

F.M. DOMINEDÒ, *La costituzione fittizia delle anonime*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Aa. Vv., vol. II, Roma, 1931

L. D'ORAZIO, *Dall'omologazione all'esecuzione*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 2, Milano, 2016

G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012

P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Paris, 2005

J. DUQUE, *El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal*, in *Comentarios a la Ley Concursal*, J. Pulgar-C. Alonso-A. Alonso-G. Alcover (dirs.), t. 1, Madrid, 2004

J.M. EMBID, *Grupos de sociedades y derecho concursal*, in *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Aa. Vv., t. 2, Madrid, 2005

L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per una analisi economica*, in *Giur. comm*., 1997, I

L. ENRIQUES-S. SCIOLLA-A. VAUDANO, *Il recesso del socio di s.r.l.: una mina vagante nella riforma*, in *Giur. comm*., 2004, I

G. EÖRSI, *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability*, Budapest, 1974

A. FABBI, *Sovraindebitamento*, consumer bankruptcy, *discrezionalità del giudice civile*, *Riv. esec. forz*., 2014

M. FABIANI, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, in *Riv. soc*., 1998

M. FABIANI, *Il gruppo di imprese nella sentenza di omologazione del concordato preventivo*, in *Fall*., 1998

M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009

M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall*., 2009

M. FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Giur. comm*., 2012, II

M. FABIANI, *Postergazione, circolazione del credito e diritto di voto*, in *Fall*., 2012

M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo. Il concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna, 2014

M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2016

M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. IV, Milano, 2016

M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in *IlCaso.it*

M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *IlCaso.it*

C. FADDA-P.E. BENSA, *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, vol. I, pt. 1, Milano-Roma-Napoli, 1902

C. FADDA-P.E. BENSA, *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, vol. IV, Milano-Roma-Napoli, 1926

A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939

A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir*., vol. XIV, Milano, 1965

A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003

A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

L. FARENGA, *La compensazione del credito del socio verso la società con il debito da conferimento al vaglio della Cassazione: un'occasione mancata*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II

J.H. FARRAR, *Legal issues involving corporate groups*, in 16 *Company and securities Law Journal* 1998

G. FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, in *Dir. fall*., 2011, II

E. FAZZUTTI, *Sub art. 2481*-bis, in *La riforma delle società*, M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), vol. III, Torino, 2003

P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, P. Perlingieri-F. Casucci (a cura di), Napoli, 2004

F. FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911

F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921

F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Trattato Vassalli*, vol. II, t. 2, Roma, 1921

F. FERRARA, *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961

F. FERRARA JR.-A. BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995

M. FERRARA SANTAMARIA, *Il potere di disposizione*, Napoli, 1937

J. FERRÉ, *El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal*, in *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Aa. Vv., t. 2, Madrid, 2005

G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I

G. FERRI, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, vol. X, t. 3, Torino, 1987

G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I

G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I

G. FERRI JR., *Il presupposto oggettivo del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I

G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc*., 2012

G. FERRI JR., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Aa. Vv., Milano, 2013

G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014

L. FERRI, *Delle successioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1997

C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1904

P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc*., 2002

L. FERRONI, *Il termine nei contratti ad effetti obbligatori*, Napoli, 1989

D. FICO, *Le operazioni sul capitale sociale nella s.p.a. e nella s.r.l.*, Milano, 2010

F.S. FILOCAMO, *Sub art. 167*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, M. Ferro (a cura di), Padova, 2014

F.S. FILOCAMO, *Sub art. 168*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, M. Ferro (a cura di), Padova, 2014

F.S. FILOCAMO, *Sub art. 182*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, M. Ferro (a cura di), Padova, 2014

F.S. FILOCAMO, *Sub art. 184*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, M. Ferro (a cura di), Padova, 2014

F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, in *Giur. comm*., 2008, I

F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc*., 2010

E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968

M. FLORES, *La consolidación de los patrimonios de varios deudores en la Ley Concursal española*, Pamplona, 2014

M. FLORES, *La conclusión parcial del concurso*, in *Anuario de derecho concrursal*, 2015

L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016

R. FRANCESCHELLI, *Introduzione*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Aa. Vv., Milano, 1987

V. FRANCESCHELLI-M. LEHMANN, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Aa. Vv., Milano, 1987

M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale*, E. Gabrielli (a cura di), t. 2, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2006

E. FRASCAROLI SANTI, *L'adunanza dei creditori e la votazione nei procedimenti concorsuali (Aspetti sostanziali e processuali)*, Padova, 1989

E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ*., 2003

G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ*., 2007

L. GALANTI, *«Misure urgenti» in tema di concordato preventivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016

F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato Galgano di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. VII, Padova, 1988

F. GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1996

F. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001

F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007

F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2010

F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010

F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. IV, Padova, 2010

F. GALGANO-G. SBISÀ, *Introduzione. L'impresa di gruppo*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna, 2014

D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2006

D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare fra diritto ed economia*, Bologna, 2006

P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1996

A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1990

A. GAMBARO, *Trust*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999

B. GAMBINERI, *Garanzia e processo. I. Fattispecie e struttura*, Milano, 2002

AGO. GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm*., 1979, I

AGO. GAMBINO, *I gruppi nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm*., 1993, I

F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato Sacco*, Milano, 2015

E. GANDÍA, *Aumento di capitale mediante compensazione di crediti nel diritto spagnolo*, in *Giur. comm*., 2014, I

C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, in *Scritti giuridici vari*, vol. I, Padova, 1933

C. GANGI, *Debito e responsabilità nell'antico diritto germanico e nel vigente diritto tedesco*, in *Scritti giuridici vari*, vol. I, Padova, 1933

C. GANGI, *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, in *Scritti giuridici vari*, vol. I, Padova, 1933

C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, in *Scritti giuridici vari*, vol. I, Padova, 1933

C. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951

E. GARBAGNATI, *Il concorso di creditori nel processo d'espropriazione*, Milano, 1959

M. GARCEA, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, in *Riv. soc*., 2012

M. GARCIA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965

J.M. GARRIDO, *Sub art. 134*, in *Comentario de la Ley Concursal*, A. Rojo-E. Beltrán (dirs.), t. 2, Madrid, 2004

F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter *c.c*., in *Giust. civ*., 2006, II

F.S. GENTILE, *Il nuovo codice civile commentato. Libro sesto. Della tutela dei diritti.* Sub *art. 2740*, Napoli, 1958

G. GENTILE, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Pisa, 1918

A. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti* ultra vires *nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm*., 2007, I

A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c*., in *Rass. dir. civ*., 2007

A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv*., 2010

A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Macario-F. Di Marzio (a cura di), Milano, 2010

M. GHIDINI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1956

G. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir*., vol. IV, Milano, 1959

S.C. GILSON, *Manging default: Some evidence on how firms choose between workouts anche chapter 11*, in *Corporate Bankruptcy. Economic and legal perspectives*, J.S. Bhandari-L.A. Weiss (a cura di), Cambridge, 1996

G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, Torino, 1930

M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961

M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1969

F. GIORGIERI, *Obbligazioni naturali da concordato?*, in *Giur. comm.*, 1977, I

J. GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto*, trad. it. T. Ravà, Padova, 1950

F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, *La extinción del crédito hipotecario*, in *Extinción de obligaciones*, Aa. Vv., Madrid, 1997

F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, *La hipoteca como instrumento al servicio del desarollo del mercado inmobiliario*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005

I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Prescripción de la acción hipotecaria*, in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, A. Cabanillas-J. Caffarena-J.M. Miquel-V.L. Montés-A.M. Morales-F. Pantaleón (coordinadores), t. 3, Madrid, 2003

G. GORLA, *Delle ipoteche*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1945

P. GRECO, *Le società di «comodo» e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I

B. GRELON-C. DESSUS-LARRIVÉ, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, in *Revue des sociétés*, 2006

S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, trad. it. S. Troiano, in *Eur. dir. priv.*, 2001

L. GUATRI, *Crisi e risanamento d'impresa*, Milano, 1986

F. GUERRERA, *Sub art. 2440*, in *Società di capitali. Commentario*, G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres (a cura di), vol. III, Napoli, 2004

F. GUERRERA, *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Macario-F. Di Marzio (a cura di), Milano, 2010

F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014

F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, in *Dir. fall.*, 2016, II

F. GUERRERA-M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc.*, 2008

R. GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (D.L. 7 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *IlCaso.it*

V. GUILARTE ZAPATERO, *El carácter expreso de la fianza como presupuesto de su existencia y de la extensión de la responsabilidad del fiador*, in *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2001

G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale soluzione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015

A. GULLÓN, *Sub art. 1911*, in *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, M. Albaladejo (director), t. 24, Madrid, 1984

A. GUTIÉRREZ, *Sub art. 100*, in *Comentario a la Ley Concursal*, J. Pulgar (directora), 2016, Madrid

R.B. HANNA, *Federalism in Bankruptcy: Relocating the Doctrine of Substantive Consolidation*, in 96 *Minnesota Law Review* 2012

H. HANSMANN-R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareolder Liability for Corporate Torts*, in *Yale Law Journal*, 100, 1990

H. HANSMANN-R. KRAAKMAN, *The essential role of organizational law*, in 110 *Yale Law Journal* 2000

P. HECK, *Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914

E. HERNÁNDEZ, *La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y de los acuerdos de refinanciación*, in *Los acuerdos de*

refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis, J.A. García-Cruces (director), Barcelona, 2013

H. HESS, *Insolvenzrecht. Großkommentar*, vol. II, Heidelberg, 2007

J. HIGHTOWER, *The consolidation of the consolidations in bankruptcy*, in 38 *Georgia Law Review* 2003

P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003

M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001

B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione* ex *art. 182*-bis *l. fall.*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 3, Milano, 2016

N. IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in ID, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984

N. IRTI, *Decodificazione*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ.*, vol. V, Torino, 1989

N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990

N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995

N. IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in ID, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999

N. IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, in *Diritto sostanziale e processo*, Aa. Vv., Milano, 2006

G. JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. Fauceglia-L. Panzani (diretto da), vol. III, Milano, 2009

P.G. JAEGER, *I «gruppi» tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 1980, I

P.G. JAEGER, «Par condicio creditorum», in *Giur. comm.*, 1984, I

R.W. JENNINGS, *Trading in corporate control*, in 44 *California law review* 1956

M.C. JENSEN, *Corporate control and the politics of finance*, in *Corporate Bankruptcy. Economic and legal perspectives*, J.S. Bhandari-L.A. Weiss (a cura di), Cambridge, 1996

A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2000

A. JORIO, *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. I, Milano, 2014

A. JORIO-S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004

M. JULIENNE-L. ANDREU, *Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général*, in *Dalloz*, 2014, AJ

T. KEXEL, *Sub § 301*, in *InsO Kommentar*, M.L. Graf-Schlicker (Hrsg.), Köln, 2012

D. KRAVITZ, *The Outer Fringers of Chapter 11: Nonconsenting Senior Lenders' Rights Under Subordination Agreements in Bankruptcy*, in 91 *Michigan Law Review*, 1992

J.E. KUNTZE, *Die Obligation und Singularsuccession des röm. und heut Rechts*, Leipzig, 1856

P. LACAL, *El mito de la accessoriedad de la hipoteca*, in *Revista de derecho privado*, 1949

J.L. LACRUZ BERDEJO-F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA-A. LUNA -J. DELGADO -F. RIVERO -J. RAMS, *Elementos de Derecho Civil. III. Derechos reales*, vol. II, Madrid, 2004

E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *La interpretación del articulo 1.964 del Código Civil*, in *Revista Jurídica del Notariado*, 2004

M. LAMANDINI, *Patrimoni separati e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. proc.*, 2005

F. LAMANNA, *Debiti di conferimenti del socio e compensazione*, in *Fall*., 1993

F. LAMANNA, *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: concordato preventivo - "Proposte/piani" ed "offerte" concorrenti*, in *IlFallimentarista.it*

P. LAMBRINI, *La novazione*, in *I modi di estinzione*, A. Burdese-E. Moscati (a cura di), in *Trattato Garofalo-Talamanca*, vol. III, Padova, 2008

J.M. LANDERS, *A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy*, in 42 *University of Chicago Law Review* 1975

J.M. LANDERS, *Another word on parents, subsidiaries and affiliates in bankruptcy*, in 43 *University of Chicago Law Review* 1976

S. LANDINI, *Esdebitazione*, in *Enc. dir*., vol. VII, Milano, 2014

F. LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 cod. civ.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II

U. LA PORTA, *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003

U. LA PORTA, *L'atto di destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008

P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e fattispecie impositiva. Il rilievo della destinazione nella fiscalità diretta ed indiretta*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008

G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966

A. LAUDONIO, *Patrimoni destinati e insolvenza: una prospettiva comparatistica*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2006, I

P.M. LE CORRE, *La réforme du droit des enterprises en difficulté*, Paris, 2009

R. LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. not*., 2003, I

R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645* ter *c.c.*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008

M. LIBERTINI, *Intervento*, in *Giur. comm.*, 1979, I

M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, I

B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1983

E.T. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1931

A. LIENHARD, *Sauvegarde des enterprises en difficulté. Le nouveau droit des procedures collectives*, Paris, 2006

N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *I trusts in Italia oggi*, I. Beneventi (a cura di), Milano, 1996

G. LO CASCIO, *Creditori concordatari e terzo acquirente del bene ipotecato*, in *Dir. fall.*, 1992, I

G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007

G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 2017

S. LOCORATOLO, *Patrimoni destinati, insolvenza e azione revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2005, I

A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo d risanamento: alcune considerazioni*, in *Contr. imp.*, 2013

G. LOMBARDI-P.D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I

A. LÓPEZ APARCERO, *Concepto de grupo de sociedades y concurso*, in *Anuario de derecho concursal*, 2012, 26, 262; F. CORDÓN, *Proceso concursal*, Pamplona, 2013

J.M. LÓPEZ TORRES, *Complemento al estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1946

C.G. LÓPEZ-MULLER GÓMEZ, *Autonomía de la voluntad y fianza*, in *Autonomía de la voluntad en el derecho privado*, L. Prats Albentosa (coord.), t. 3, pt. 1, Madrid, 2013,

L.M. LOPUKI, *The death of liability*, in 106 *Yale Law Journal* 1996

L.M. LOPUKI-W.C. WHITFORD, *Bargaining over equity's share in bankruptcy reorganization of large, public held companies*, in 139 *University of Pennsylvania Law Review* 1990

E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995

A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016

M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui* trusts, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I

M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001

M. MACCHIA, *Esecuzione*, in *Fall.*, 1992

A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970

A. MAFFEI ALBERTI, *Intervento*, in *Giur. comm.*, 1979, I

A. MAFFEI ALBERTI, *Nuovi strumenti di finanziamento e liquidazione coatta amministrativa*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, G.B. Portale (a cura di), Milano, 1983

A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013

M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c.*, in *Riv. Not.*, 2007, I

F. MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, C. Caccavale-F. Magliulo-M. Maltoni-F. Tassinari, Milano, 2007

A. MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, 1980

P. MALAUIRE-L. AYNÈS, *Droit civil. Les biens*, Paris, 1990

M. MALTONI, *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not.*, 2003

S. MALVAGNA, *Recenti tendenze in tema di negozio condizionato*, in *Riv. dir. civ.*, 1935

V. MAMBRILLA, *El aumento de capital por compensación de créditos*, in *Derecho de sociedades anonimas*, A Ureba (coordinador), vol. III, Madrid, 1991

P. MANES, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Padova, 2005

P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. imp.*, 2006

V. MANGINI, *Gruppi di imprese ed unità de imputazione giuridica nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Aa. Vv., Milano, 1987

G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017

S. MARCHETTI, *Il gruppo EFIM una liquidazione singolare*, in *Fall.*, 1995

A. MARCHI, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 1917

P. MARÍN PÉREZ, *La hipoteca de responsabilidad limitata*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945

C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La hipoteca inmobiliaria. La anticresis*, in *Curso de Derecho Civil*, P. de Pablo Contreras (coordinator), Madrid, 2008

A. MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003

L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. VI, Torino, 1887

M. MAUGERI, *Sulle competenze "implicite" dell'assemblea nella società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, II

M. MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I

E. MAYER, *El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales*, Extremadura, 2005

H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-J. MAZEAUD-F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, vol. I, t. 2, Paris, 1998

L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1997, I

L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in ID., *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi (a cura di), Milano, 2011

G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998

G. MEO, *I Piani "di risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall*., in *Giur. comm*., 2011, I

G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2013

G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, in *Giur. comm*., 2016, I

G. MEO, *I crediti professionali nel concordato preventivo tra "prededuzione" e adempimento contrattuale*, in *Orizzonti del diritto commerciale - Rivista telematica*, 2016

F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1952

F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. II, pt. 2, Milano, 1951

S. MEUCCI, *La destinazione tra atto e rimedi*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008

S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009

I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, Oxford, 2009

E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012

G. MINERVINI, *Nuove riflessioni sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm*., 1977, I

G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Aa. Vv., vol. IV, t. 2, Torino, 1967

C. MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991

L. MODICA, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, in *Eur. dir. priv*., 2016

P. MONTALENTI, *I doveri degli amministratori degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014

P. MONTALENTI, *Abuso della personalità giuridica, socio tiranno, responsabilità di gruppo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 2, Milano, 2016

A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Eur dir. priv*., 2008

M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall*., 2013, I

M. MONTANARI, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall*., 2017, I

G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Milano, 1975

G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I

G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm*., 1993, I

L. MONTESANO, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 1957

L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965

L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato Vassalli*, vol. XIV, t. 4, Torino, 1994

A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, in *Riv. dir. civ*., 2008

A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. imp*., 2009

N. MORELLI, *Propos iconoclastes sur la confusion des patrimoines. À propos de la réforme de l'article L. 621-2 du code de commerce*, in *Revue des sociétés*, 2015

L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1997

L.V. MOSCARINI, *La tutela dei diritti*, Napoli, 2003

G.D. MOSCO, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2009

L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942

A. MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, Torino, 2014

D. MURITANO, *Negozio di destinazione e trust interno*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008

G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011

G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall*., 2012

U. NATOLI-L. BIGLIAZZI-GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria): appunti delle lezioni*, Milano, 1974

A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, Padova, 2001

R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936

R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1945

R. NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1953

A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato Colombo-Portale*, vol. IX, Torino, 1993

A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), vol. I, Torino, 2007

A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato Bessone*, vol. XXV, Torino, 2012

A. NIGRO, *"Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm*., 2013, I

A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, in *Riv. dir. comm*., 2016, II

A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Sub art. 186* bis, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, A. Nigro-M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), Torino, 2014

A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, in *Dir. banc. merc. fin*., 2015, II

A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2017

M. NIN Y ABARCA, *La hipoteca de responsabilidad limitada*, in *Revista critica de derecho inmobiliario*, 1947

N. NISIVOCCIA, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. dir. proc*., 2007

N. NISIVOCCIA, *Concordato preventivo e continuazione dell'attività aziendale: due decisioni dal contenuto vario e molteplice*, in *Fall*., 2011

I.L. NOCERA, *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, in *Soc*., 2009

I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, in *Dir. fall*., 2016, I

M. NOTARI, *Il diritto di opzione e la sua esclusione*, in *S.r.l.. Commentario*, A.A. Dolmetta-G. Presti (a cura di), Milano, 2011

M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Parte general*, t. 1, Madrid, 1986

X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones. Teoria general de la obligacion, del contrato y del acto ilicito*, t. 2, vol. I, Madrid, 1987

M. ONORATO, *L'accordo d'interpretazione*, Milano, 2009

M. ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, M. Nuzzo (a cura di), vol. II, Torino, 2014

M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, Pisa, 2017

G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947

G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991

G. OPPO, *Sulla «autonomia» delle sezioni di credito speciale*, in *Banca e Titoli di credito. Scritti giuridici*, vol. IV, Padova, 1992

G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (Art. 2645* ter *c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007

G. OPPO, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960

M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993

M. ORLANDI, Pactum de non petendo *e inesigibilità*, Milano, 2000

M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, G. Gitti-G. Villa (a cura di), Bologna, 2008

M. ORLANDI, *Le situazioni soggettive*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, G. Amadio-F. Macario (a cura di), t. 1, Bologna, 2014

G. OSTI, *La separazione dei patrimoni e il fallimento «post mortem»*, Padova, 1997

B. OSTRIN, *A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates*, in 91 *Commercial Law Journal* 1986

S. PACCHI, *Un primo commento alla nuova disciplina del concordato fallimentare*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, S. Bonfatti-G. Falcone (a cura di), Milano, 2006

S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, Aa. Vv., Milano, 2007

S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. Fauceglia-L. Panzani (diretto da), vol. II, Torino, 2009

G. PACCHIONI, *Appendice al volume del Savigny, Le obbligazioni*, vol. I, Torino, 1912

G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I

G. PACCHIONI, *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni. Parte generale*, Padova, 1926

G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927

G. PACCHIONI, *Obbligazioni e contratti. Succinto commento al libro quarto del codice civile*, Padova, 1950

F. PACILEO, Cram down *e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I

S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Persona e mercato*, 2014,

S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Riv. dir. civ.*, 2018

P. PAJARDI, *Esecuzione concorsuale: unità e alternatività dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, in *Giur. comm.*, 1979, I

P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008

G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I

G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I

G. PALERMO, *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Aa. Vv., Milano, 2003

G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

G. PALERMO, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei* terzi, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008

L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, in *Fall.*, 2009

L. PANZANI, *L'esdebitazione e la disciplina del sovraindebitamento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. III, Milano, 2014

L. PANZANI, *Sorte della partecipazione dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi*, in *Soc.*, 2014, I

L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. n. 83/2015*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), t. 3, Milano, 2016

R. PARDOLESI, Veil piercing *e analisi economica del diritto: l'esperienza statunitense*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Aa. Vv., Milano, 1987

R. PARTISANI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, in *Contr. imp.*, 2006

A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 2012

F. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645* ter *c.c.*, in *Vita not.*, 2006

S. PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Trattato Rescigno*, vol. XX, Torino, 1985

C. PAULUS, *Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005

A. PAVONE LA ROSA *«Controllo» e «gruppo» nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in *Dir. fall.*, 1985, I

A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2001, I

F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948

G. PELLEGRINO, *L'azione revocatoria relativa ai patrimoni destinati ad uno specifico affare: profili ricostruttivi*, in *Dir. fall.*, 2013, I

M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. 2, Madrid, 2001

A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Dir. fall.*, 2012, I

G. PERACIN, *Concordato preventivo e* cessio bonorum *con classi: trattamento dei creditori privilegiati generali e inquadramento giuridico del «vantaggio differenziale»*, in *Dir. fall.*, 2011, I

R. PERCHINUNNO, *Il sequestro conservativo*, in *Trattato Rescigno*, vol. XX, t. 2, Torino, 1985

B. PÉREZ GONZÁLEZ-J. ALGUER, *Anotaciones a L. Enneccerus-H. Lehmann-M. Wolff, Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. 2, vol. I, Barcelona, 1954

G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione* ex *art. 2645* ter *c.c.*, in *Foro. nap.*, 2014

P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962

P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Napoli, 1968

P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969

P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Camerino, 1972

P. PERLINGIERI, *Dei modi d'estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1975

P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976

P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. Dir. civ.*, 1986

P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995

P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006

P. PERLINGIERI, *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur*., 2011

P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ*., 2016

S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903

A.M. PERRINO, *Sub art. 163*, in *Codice commentato del fallimento*, G. Lo Cascio (diretto da), Milano, 2017

GIA. PESCATORE, *Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto*, in *Giur. comm*., 2014, II

B. PETRAZZINI-M. CALLEGARI-S.A. CERRATO-M. CAVANNA, *Le modificazioni dello statuto nelle s.p.a.*, in *Trattato Rescigno*, vol. XVI, t. 4, Torino, 2012

G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ*., 2006

C. PETRUCCI, *Condanna in generale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir*., vol. VIII, Milano, 1961

L. PICA, *Il concordato preventivo*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, P. Celentano–E. Forgillo (a cura di), 2008, Torino

A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950

V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc*., 2017

A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativa e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985

F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marciani*, G. D'Amico-S. Pagliantini-F. Piraino-T. Rumi (a cura di), Torino, 2017

F. PLATANIA, *Le operazioni sul capitale nelle società*, in *concordato preventivo, Fall*., 2011

V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914

G.B. PORTALE, *La ricapitalizzazione delle aziende di credito (problemi e ipotesi)*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, G.B. Portale (a cura di), Milano, 1983

G.B. PORTALE, *«Prestiti subordinati» e «prestiti irredimibili» (appunti)*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1996, I

G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), vol. II, Torino, 2006

G.B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, M. Campobasso-V. Carriello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), vol. I, Torino, 2014

R.A. POSNER, *The rights of creditors of affiliated corporations*, in 43 *The University of Chicago Law Review* 1976

A. PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, Coimbra, 1985

G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Fall*., 2009, Allegato

C. PRIORE, *Strutturazione e stesura dell'atto negoziale di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006

A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982

R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. II, Milano, 1970

R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. III, Milano, 1970

R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol.I, Milano, 1974

S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, Milano, 1943

S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Napoli-Camerino, 1978

G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991

J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. III, t. 3, Barcelona, 1983

J. PULGAR, *El concurso de sociedades integradas en un grupo*, in *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, A. Ledesma-A. Ureba-E. Velasco (dirs.), t. 2, Pamplona, 2011

J. PULGAR, *I fattori di successo della ristrutturazione stragiudiziale amichevole (appunti sul modello spagnolo)*, in *Dir. fall*., 2015, I

C. PUNZI, *Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1989

C. PUNZI, *Le procedure di amministrazione straordinaria nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall*., 2005, I

R. QUADRI, *L'attribuzione in funzione di destinazione*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645-ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008

G. RACUGNO, *Le modificazioni del capitale sociale nella nuova s.r.l*., in *Riv. soc*., 2003

G. RAGUSA MAGGIORE, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960

S. RAMPOLLA, *Compensabilità del debito/credito del socio in sede di aumento di capitale*, in *Soc*., 1996

R. RANALLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria. Profili aziendalistici*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. I, Milano, 2017

M. RANIELI, *Prove di contendibilità nel concordato preventivo e fallimentare*, Padova, 2017

R.K. RASMUSSEN, *Debtor's choice: a menu approach to corporate bankruptcy*, in 71 *Texas Law Revierw* 1992

J.I. REALES ESPINA, *La obligación natural en el Código Civil*, Granada, 2000

G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004

F. REGLERO CAMPOS, *De le prescripcion de las acciones*, in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo-S. Diaz (directores), t. 25, vol. II, Madrid, 1994

F. RENZETTI, *Osservazioni sulla proposta di concordato dell'impresa in liquidazione coatta amministrativa*, in *Giust. civ*., 1989, II

P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1959

P. RESCIGNO, *Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it*., vol. XI, Torino, 1965

P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979

P. RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul* trust, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I

J.M. REY PORTOLÉS, *La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada*, in *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995

J.L.A. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, 1990

J.L.A. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, 1990

E.F. RICCI, *Il cessionario del credito di fronte alla liquidazione dei beni ceduti nel concordato preventivo*, in *Giur. comm*., 1989, I

B.A. RIEMER, *Claims against bankrupt corporations based on advances by controlling stockholders or parent corporations*, in 73 *Commercial Law Journal* 1968

J.C. RIVERA-H. ROITMAN-D.R. VÍTOLO, *Ley de concursos y quiebras*, t. 2, Buenos Aires, 2005

R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Ley del Suelo. Hipotecas*, t. 7, Barcelona, 1998

R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Extensión objetiva de la hipoteca. Tercer poseedor*, t. 9, Barcelona, 1998

R.M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, vol. I, Pamplona, 2009

ALF. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento. Trattato teorico-pratico*, Torino, 1902

ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm*., 1910, I

ALF. ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917

N. ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm*., 2004, I

N. ROCCO DI TORREPADULA, *Il concordato preventivo*, in *Diritto dell'impresa in crisi*, G. Fauceglia-N. Rocco di Torrepadula (a cura di), Torino, 2014

M.J. ROE, *Bankruptcy and debt: a new model for corporate* reorganization, in 83 *Columbia Law Review* 1983

G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter cc. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2007, I

G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012

A. ROJO, *Sub art. 3*, in *Comentario de la Ley Concursal*, A. Rojo-E. Beltrán (dirs.), t. 1, Madrid, 2004

A. ROJO, *Prologo a D. Vattermoli, Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012

SALV. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1953

C. ROMEO, *La novazione*, in *I modi di estinzione delle obbligazioni*, Aa. Vv., in *Trattato Sacco*, Milano, 2012

C. ROMEO, *La remissione*, in *I modi di estinzione delle obbligazioni*, Aa. Vv., in *Trattato Sacco*, Milano, 2012

N. RONDINONE, *Art. 90. Responsabilità nei casi di direzione unitaria*, in *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, A. Castagnola-R. Sacchi (a cura di), Torino, 2000

V. ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Giur. comm*., 1982, I

V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988

V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato Rescigno*, vol. XIX, t. 1, Torino, 1997

V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001

V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall*., 2008, I

A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" di concordato preventivo*, in *Giur. comm*., 2015, I

A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fall*., 2017

A. ROSSI, *L'esecuzione del concordato di risanamento, tra* governance *e conflitti*, in *Fall*., 2017

A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *IlCaso.it*

S. ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Aa. Vv., Milano, 2013

D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, in *Trattato Vassalli*, vol. XIV, t. 1, Torino, 1949

M. RUBINO DE RITIS, *La costituzione dei patrimoni destinati*, in *Nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso,* P. Abbadessa-G.B. Portale (a cura di), vol. II, Torino, 2006

T. RUBIO, *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (itinerario histórico y régimen vigente)*, Madrid, 1994

F. RUSCELLO, *«Pactum de non petendo» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1972

L.A. RUSSO, *La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale dei diritti: la crisi del giudicato*, in *Dir. fall.*, 2007, I

R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984

R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009

R. SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009

R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria,* in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014

R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria. Parte generale*, Torino, 1955

B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Madrid, 2008

B. SAINTOURENS, *L'exigence de fait antérieurs au jugement d'ouverture pour caractériser la confusion des patrimoines,* in *Bulletin Joly*, 2001

V. SALAFIA, *Aumento di capitale e conferimento di crediti*, in *Soc.*, 1988

L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art, 2645*-ter *c.c.*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

N. SALANITRO, *Procedure concorsuali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1988

F. SALVI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1947

J. SÁNCHEZ-CALERO, *Sub art. 3*, in *Comentarios a la legislación concursal*, J. Sánchez-Calero-A. Guilarte, t. 4, Valladolid, 2004

A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005

M. SANDULLI, *La crisi economica dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1985, I

M. SANDULLI, *Sub art. 160,* in *La riforma della legge fallimentare,* A. Nigro-M. Sandulli (a cura di), vol. II, Torino, 2006

M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009

M. SANDULLI, *Il fallimento. I presupposti soggettivi e oggettivi*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. I, Milano, 2014

R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati a "specifici affari"*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. comm. (aggiornamento)*, vol. III, Torino, 2007

G. SANTONI, *Contenuto del piano di concordato e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2006, I

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012

D. SANTOSUOSSO, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. comm*., 2005, I

S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato Vassalli*, vol. XV, t. 1, Torino, 1963

F.C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. it. G. Pacchioni, vol. I, Torino, 1912

S. SCARAFONI, *La riforma del concordato preventivo*, in *Dir. fall*., 2005, I

G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, Milano, 1990

P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1959

P. SCHLESINGER, *La legge di soppressione dell'Egam: i creditori possono essere espropriati legittimamente?*, in *Giur. comm*., 1979, I

R. SCHUPP, *Substantive consolidation: the evolution and use of an equitable power*, in 96 *Commercial law journal* 1991

V. SCIALOJA, *Lezioni di diritto romano*, Roma, senza data (probabilmente 1899)

M. SCIUTO, *"Adempimento" del concordato e programma societario*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, V. Di Cataldo-V. Meli-R. Pennisi (a cura di), t. 3, Milano, 2015

G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm*., 2008, II

G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Aa. Vv., Milano, 2011

C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1959

C. SELINGSON-C.F. MANDEL, *Multi-debtor petition: consolidation of debtors and due process*, 73 *Commercial Law Journal* 1968

S. SERAFINI, *Nuove questioni in tema di concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Riv. dir. comm*., 2006, II

A. SÉRIAUX, *Patrimoine*, in *Répertoire de droit civile Dalloz*, t. 8, Paris, 2010

A. SERRA, *Anticipazione bancaria*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. comm.*, vol. I, Torino, 1987

A. SERRA RODRÍGUEZ, *El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017

F. SETTE, *Dal gruppo di imprese all'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. civ*., 1988

G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato Sacco*, Milano, 2011

P. SIMLER-P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 2000

P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Effetti*, M. Costanza (a cura di), in *Trattato Roppo*, vol. III, Milano, 2006

B. SOINNE, *Traité des procedures collectives*, Paris, 1995

P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974

P. SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ*. 1992

P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002

P. SPADA, *Conclusioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

D. SPAGNUOLO, *Sub art. 168*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, A. Nigro-M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), Torino, 2014

M. SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella s.r.l.*, Torino, 2012

M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. it*., 2016

M. SPIOTTA, *Il concordato fallimentare. Profili processuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), vol. V, Milano, 2017

M.S. SPOLIDORO, *Tutela dei soci della capogruppo in Germania (con uno sguardo all'Italia)*, in *Riv. soc*., 1986

R. SQUIRE, *Strategic liability in the corporate group*, in 78 *The University of Chicago Law Review* 2011

L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc*., 2004

L. STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall*., 2006

L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007

L. STANGHELLINI, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, P. Benazzo-M. Cera-S. Patriarca (diretto da), Torino, 2011

L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall*., 2013

M. STELLA RICHTER JR., *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, Milano, 1996

M. STELLA RICHTER JR., *A proposito di* trust *società e persona giuridica*, in *Eur. dir. priv*., 2000

G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziarianella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012

T. STRECK, *Sub § 301*, in *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, A. Schmidt (Hrsg.), Köln, 2015

M. TAMPONI, *Principio di maggioranza, legittimazione del potere e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2006

M. TAMPONI, *Attività liquidative e tutela del credito*, in *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, F. Parente-L. Ruggeri (a cura di), Napoli, 2014

M. TANZI, *Sub art. 2473*, in *Società di capitali. Commentario*, G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres (a cura di), vol. III, Napoli, 2004

G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, vol. I, t. 2, Milano, 1980, 207

G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961

G. TARZIA, *Intervento*, in *Giur. comm.*, 1979, I

L. TAYLOR, *Liquidation*, in *Companies and securities law in New Zealand*, J. Farrar (a cura di), Wellington, 2008

G.U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2001

G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, I

G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, F. Di Marzio-F. Macario-G. Terranova (a cura di), Milano, 2012

G. TERRANOVA, *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I

G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, Torino, 2013

G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I

F. TERRÉ – P. SIMLER – Y LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1999

A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. A. Levi, Padova, 1951

A. THUILLIER, *Company law in Ireland*, Dublin, 2015

F. TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa dopo le riforme della legge fallimentare e la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2007, II

F. TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa tra interessi privati e interesse pubblico*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, I

U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014

A. TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ.*, 1951

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2017

C. TRENTINI, *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*, in *Fall.*, 2013

M.D. TRICOT, *La confusion de patrimoines et les procédures collectives*, in *Rapport de la Cour de Cassation 1997*, Aa. Vv., Paris, 1998

V.M. TRIMARCHI, *Patrimonio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982

M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Des Priviléges et hypothèques, ou commentaire du tit. XVIII, liv. III, code civil*, t. 1, Bruxelles, 1804

A. TULLIO, *La postergazione*, Padova, 2009

W. UHLENBRUCK, *Konzerninsolvenzrecht als Problem der Insolvenzrechtreform*, in *Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 1986

R. VACCARELLA, *Espropriazione presso terzi*, in *Dig. it. disc. priv.. Sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992

S. VANONI, *I crediti subordinati*, Torino, 2000

FR. VASSALI, *Considerazioni generali sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Legislazione economica*, Fr. Vassalli-G. Visentini, vol. II, Milano, 1980

FR. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, vol. I, Torino, 1994

D. VATTERMOLI, *Subordinazione legale* ex *art. 2457 c.c. e concordato preventivo*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2009, I

D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (*substantive consolidation*)*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, I

D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012

D. VATTERMOLI, *Concorso ed autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2012, I

D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale,* absolute priority rule *e* new value exception, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II

G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645*-ter, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

G. VETTORI, *Atti di destinazione e trust*, in *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2008

P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in *IlCaso.it*

V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010

M. VENTORUZZO, *Recesso e valore della partecipazione nelle società di capitali*, Milano, 2012

G. VERDE, *Pignoramento mobiliare diretto e immobiliare*, in *Enc. Dir*., vol. XXXIII, Milano, 1983

M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. soc*., 2016

M. VITIELLO, *Il concordato preventivo "di gruppo"*, in *IlFallimentarista.it*

D.R. VÍTOLO, *La ley de concursos y quiebras y su interpretación en la jurisprudencia*, t.1, Buenos Aires, 2012

C. VIVANTE, *Nota a App. Bologna, 8 giugno 1888*, in *Foro it*., 1888, I

C. VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milano, 1942

G. VOLPE PUTZOLOU, *Fattispecie di "separazione patrimoniale" nell'attuale quadro normativo*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007

R. WEIGMANN, *L'autorizzazione dei soci della capogruppo per le operazioni finanziarie delle società controllate*, in *Contr. imp*., 1988

W.H. WIDEN, *Report to the American bankruptcy insistute: prevalence of substantive consolidation in large public company bankruptcies from 2000 to 2005*, in 16 *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., 2008

B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, vol. I, pt. 1, Milano-Roma-Napoli, 1902

B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, vol. II, pt. 1, Milano-Roma-Napoli, 1904

P. WOOD, *Law and practice of international finance*, London, 1980

M. YSÀS SOLANES, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Madrid, 1994

A. ZACCARIA, *Rapporti obbligatori e beneficio d'inventario*, Torino, 1994

M. ZACCHEO, *Introduzione al tema*, in *Patrimoni separati e cartolarizzazione*, M. Tamponi (a cura di), Roma, 2006

V. ZANICHELLI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. Fauceglia-L. Panzani (diretto da), vol. III, Milano, 2009

V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010

M. ZAPPALÀ, *Nuova finanza e cause di prelazione nei concordati preventivi*, in *Riv. dir. civ*., 2014

A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985

A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ*., 2002

A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'*emerging insolvency*)*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2014