

NUMERO 2 - 2014

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

Federico Roselli

LA SALVAGUARDIA DELLE RAGIONI DEL CREDITORE. BILANCIAMENTO  
DI INTERESSI



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

## GUIDO ALPA

*I “principi generali del diritto civile” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* . p.325

## FABRIZIO DI MARZIO

*Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali* . . . . . p.339

## ENRICO DEL PRATO

*Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato* . . . . . p.381

## GIOVANNI DORIA

*Pluralismo e verità della legge* . . . . . p.393

## MARIO LIBERTINI

*Contratto di rete e concorrenza* . . . . . p.405

## MICHELE PERRINO

*La “crisi” delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)* . . . . . p.435

## ANTONIO JANNARELLI

*La disciplina delle distanze tra costruzioni tra interessi generali “deboli” ed interessi privati “forti”* . . . . . p.469

## FABIO PADOVINI

*Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita* . . . . . p.495

## ANDREA FUSARO

*Linee evolutive del diritto successorio europeo* . . . . . p.509

## FEDERICO ROSELLI

*La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi* . . . . . p.565

## ANDREA PANZAROLA

*L'interruzione della prescrizione nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa irrogata da Autorità amministrative indipendenti* . . . . . p.589

*Gli Autori di questo fascicolo* . . . . . p.322

## La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi

---

All'antico principio di effettiva attuazione del rapporto obbligatorio tendono oggi a sostituirsi orientamenti volti ad attenuare la tutela del creditore, di fronte ad interessi pubblici o del debitore, o perfino dello stesso creditore, quando si tratti di scegliere il male minore. Ciò si verifica nella legislazione, ad es. quando vengano abbreviati i termini di prescrizione o si sostituisca una prescrizione con una decadenza, o si preveda una esdebitazione; ancora, in materia di lavoro, quando si sostituisca l'esecuzione specifica con quella per equivalente; nel fallimento, quando si riducano le possibilità di esercizio dell'azione revocatoria. Secondo la dottrina, un sacrificio del creditore può essere prodotto dall'intervento del giudice in sede di controllo del contenuto del contratto, specialmente di durata. Si nota per contro un maggior favore verso il creditore nella giurisprudenza sulla revocatoria ordinaria, quanto alla tutela del credito litigioso oppure all'esordio della prescrizione. Si tratta in ogni caso di prudente bilanciamento di interessi, talvolta nuovamente emergenti.

*The ancient principle of effective implementation of mandatory reporting today tends to replace guidelines aimed at attenuating protection of the creditor, regarding public interests or of the debtor, or even the same lender, when*

*it is an issue of choosing the lesser of two evils. This occurs in legislation, for example when the statute of limitations is shortened or when a loss of right substitutes a term of prescription, or if an esdebitazione is foreseen; also, in terms of work, when you replace specific performance with an equivalent; in bankruptcy, when you reduce the possibilities of revocation. According to the doctrine, sacrifice by a creditor may result from an intervention by the judge controlling the contractual contents, especially the duration. The case law demonstrates a preference for the creditor in ordinary revocation, just as for the protection a contested credit or the onset of prescription. In any case it is a prudent balancing of interests, sometimes newly re-emerging.*

Sommario: 1. Effettività della tutela del credito. – 2. Attenuazione del *favor creditoris*. – 3. Gli interessi coinvolti nel rapporto obbligatorio. – 4. Limitazione della tutela del credito per ragioni temporali. – 5. Attenuazione delle tutele nella materia lavoristica. – 6. La revocatoria fallimentare. – 7. Le azioni civilistiche di conservazione della garanzia patrimoniale. – 8. I contrapposti interessi. – 9. Identificazione del credito da tutelare. – 10. Inerzia del debitore ed atti di disposizione. – 11. Elemento soggettivo nella revocatoria. – 12. Il pregiudizio per le ragioni del creditore.

### **1. - Effettività della tutela del credito.**

Un discorso sulla tutela del credito preventiva, vale a dire attraverso la conservazione della garanzia patrimoniale generale, può essere più utile se inquadrato nell'insieme delle scelte attuali – della legislazione e della giurisprudenza – nonché degli orientamenti dottrinali concernenti anche le altre forme di tutela delle ragioni del creditore.

Sull'apprestamento degli strumenti di attuazione del rapporto obbligatorio, alla posizione risalente e radicale, fondata sul principio di effettività, tendono a contrapporsi oggi propensioni, così dottrinali come legislative, ad attenuare la protezione del creditore di fronte ad obiettive esigenze oppure ad interessi, del debitore o collettivi (o perfino e presuntivamente dello stesso creditore quando si tratti di scegliere il male minore), che vengono ritenuti prevalenti. I mezzi di promozione, di controllo e di

cautela che circondano l'aspettativa del creditore durante l'intera vita del rapporto tendono così ad affievolirsi.

Quando dette tendenze si rendano più evidenti, avviene che il creditore non consegue, per ragioni sostanziali o processuali, tutta o parte dell'utilità che egli si attendeva quando il vincolo venne costituito.

Nella formulazione originaria del principio di effettività la protezione del diritto soggettivo in genere, e del diritto di credito in particolare, è piena e specifica: il titolare deve conseguire, per via di adempimento oppure attraverso il processo, esattamente ciò che gli spetta, sul piano quantitativo come sul piano qualitativo<sup>1</sup>. L'ordinamento deve poi assicurare a chi sia stato illegittimamente privato di un bene della vita il recupero del medesimo bene; questo solo eccezionalmente, per impossibilità o per ragioni superiori, può essere sostituito dall'equivalente in denaro.

La formulazione più autorevole di questo principio si trova nel diritto processuale. Secondo Giuseppe Chiovenda «il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»<sup>2</sup>.

Quanto alle attuali basi positive del principio, si suole fare riferimento<sup>3</sup> al combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c., secondo cui il creditore insoddisfatto può domandare la condanna del debitore al risarcimento del danno in luogo dell'adempimento solo in caso di impossibilità della prestazione<sup>4</sup>. Che questa debba essere resa nella sua integrità risulta dalla

---

<sup>1</sup> L'affermazione del principio di effettività è frutto di «una lunga vicenda storica, che è sentita, soprattutto nella nostra tradizione, come una conquista di civiltà» (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 61). Prima degli sconvolgimenti portati nell'economia europea dai conflitti del secolo ventesimo la tutela del credito nella sua integrità era intransigente. Le due maggiori codificazioni, quella francese e quella tedesca, non accolsero né la rescissione del contratto per lesione né la tesi della clausola *rebus sic stantibus*, così come in ambiente anglosassone si mantenne rigoroso l'ossequio al principio *pacta sunt servanda*. Lo ricorda P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, VI, Torino, 2011, 805.

<sup>2</sup> G. CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 273.

<sup>3</sup> L. MONTESANO, *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 525; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 20.

<sup>4</sup> L. MENGONI, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, 152. «Non sembra dubbio che la norma generale sull'inadempimento [art. 1218 c.c.] possa essere interpretata in modo da porre in primo piano il vincolo all'esatto adempimento finché la prestazione risulti possibile o comunque finché l'inadempimento non sia definitivo» (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 65). Con l'esecuzione per equivalente «l'interesse che si

facoltà, spettante al creditore, di rifiutare l'adempimento parziale (art. 1181 c.c.). La forma specifica dell'esecuzione forzata è assicurata dagli artt. 2930, 2931, 2933 c.c.<sup>5</sup>, i quali dimostrano un favore del legislatore verso questo rimedio<sup>6</sup>.

Ancora a metà degli anni settanta del novecento si notava il perdurante «movimento dottrinale, giurisprudenziale e legislativo diretto ad attribuire al creditore una tutela più intensa, tendente cioè fargli raggiungere coattivamente, nel più largo numero possibile di casi, il soddisfacimento dell'interesse che il rapporto obbligatorio effettivamente protegge». Si aggiungeva come le norme codicistiche sull'esecuzione forzata in forma specifica non esaurissero la protezione piena del credito, la quale si manifestava anche «attraverso un'evoluzione interpretativa ed applicativa, dottrinale e giurisprudenziale». Si evocava così, ad es., la tutela «petitoria» del locatario, la sua facoltà di reagire direttamente contro le molestie di fatto (art. 1585, comma 2, c.c.) o il frequente ricorso alla clausola penale in funzione di «multa» e non di risarcimento<sup>7</sup>; infine si affidava all'interprete «la ricerca inesausta di rimedi capaci di eliminare, sino ad un ideale grado zero, la lesione del bene protetto, fin dove sia possibile farlo senza sacrificare l'interesse giudicato prevalente»<sup>8</sup>. Ed è a tutti nota, né occorrono citazioni, la giurisprudenza costituzionale che ritiene contrastanti con gli artt. 3 e 24 Cost. gli ostacoli normativi tali da rendere «eccessivamente difficile», non soltanto in sede processuale (cfr. art. 2965 c.c.), l'esercizio del diritto soggettivo.

Quanto ai diritti relativi, la Corte sottolinea le particolari esigenze di tutela, specie nella fase processuale esecutiva, di alcuni crediti, come quelli d'impresa «dal cui tempestivo soddisfacimento dipende l'equilibrio

---

realizza non è più quello stesso che io particolarmente perseguivo (...) ma è solamente l'interesse generico a che io venga il meno possibile danneggiato dall'inadempienza altrui; perciò asseriamo che il sistema, pur rispondendo a esigenze pratiche, è indubbiamente imperfetto» (*Della tutela dei diritti - Libro VI del Codice civile*. Lezioni del Prof. Filippo VASALLI, a cura del Prof. Carlo Alberto Funaioli, Roma s.d. ma 1946, rist. fotografica Matera 2014, 95).

<sup>5</sup> L. MONTESANO, *Esecuzione specifica*, cit., 525.

<sup>6</sup> Anche se qualcuno ritiene che il codice civile del 1942 «non si è preoccupato troppo di tratteggiare la gamma completa dei rimedi da assicurare ai diritti di credito» (I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 55).

<sup>7</sup> M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela "reale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 854 e 861.

<sup>8</sup> I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 3.

finanziario della gestione», o quelli di lavoro «particolarmente meritevoli di protezione in ragione della loro funzione alimentare». La tutela esecutiva, anzi, non può essere elusa o condizionata da valutazioni amministrative d'opportunità<sup>9</sup>.

La tesi chiovendiana viene oggi richiamata quasi soltanto in materia di esecuzione forzata. Essa porta a ritenere che la riduzione alla sola tutela risarcitoria del diritto soggettivo, o alla sola tutela per equivalente, si pone in contrasto col valore dell'effettività della tutela giurisdizionale e si traduce altresì «in una vera e propria espropriazione a carico del titolare del diritto, espropriazione che il nostro ordinamento costituzionale, se consente negli artt. 42 e 43 riguardo alla proprietà e all'impresa, di certo nell'art. 2 esclude riguardo ai c.d. diritti inviolabili dell'uomo»<sup>10</sup>.

Si dubita così che alcune scelte legislative recenti, soprattutto ma non solamente nella materia lavoristica (vedi sotto, par. 5), espressamente limitative di alcuni rimedi o del novero delle azioni esperibili, condizionino la struttura stessa del diritto che nel processo si vuole tutelare, o si pongano in contrasto con le disposizioni costituzionali e i principi che vorrebbero estendere al massimo grado la possibilità di agire del titolare di un diritto<sup>11</sup>.

Vengono contrastati dalla Corte costituzionale tentativi, esperiti dal legislatore, di vanificare attraverso il blocco delle azioni esecutive la tutela dei crediti verso aziende erogatrici di pubblici servizi: esaurita la tutela giurisdizionale nella fase di cognizione, al legislatore è dato di perseguire il risanamento finanziario di quelle aziende tutt'al più attraverso la canalizzazione delle diverse azioni esecutive in un'unica procedura concorsuale<sup>12</sup>.

Sul piano sostanziale la tesi chiovendiana si traduce nella finalità pienamente soddisfattiva dei rimedi apprestati dall'ordinamento in favore del creditore deluso. E l'aggiornamento europeistico segnala come oggi venga

---

<sup>9</sup> Corte cost. 15 luglio 1992, n. 329, in *Foro it.*, 1993, I, 2797; 24 luglio 1998, n. 321, in *Giur. it.*, 1999, 477 e in *Giust. Civ.* 1998, I, 2087.

<sup>10</sup> A. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in M. BARBIERI-F. MACARIO-G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto del lavoro*, Atti del convegno di Foggia 14-15 novembre 2003, Milano, 2004, 40.

<sup>11</sup> I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 3.

<sup>12</sup> Corte cost. 12 luglio 2013, n. 186.

sollecitato un ritorno alla riparazione in natura, meglio rispondente all'interesse del creditore e realizzabile, sia pure attraverso strumenti indiretti, quali i meccanismi punitivi; questa viene considerata come una «posizione d'avanguardia»<sup>13</sup>.

## 2. - Attenuazione del *favor creditoris*.

È necessario però avvertire che non sempre, ed anzi oggi sempre meno, queste tesi intransigenti vengono condivise. Si nega che la soddisfazione del credito possa avvenire solamente attraverso l'esatta esecuzione della prestazione e si configura una facoltà del debitore di liberarsi attraverso la consegna della somma equivalente. È ormai risalente la formulazione del «principio generale [secondo cui] per la realizzazione del diritto non è necessaria l'attività propria del soggetto obbligato, né (sempre) la prestazione dell'oggetto dedotto in obbligazione»<sup>14</sup> giacché oggetto del diritto è, più che il bene dovuto, la connessa utilità economica.

Questa concezione puramente patrimoniale del rapporto obbligatorio trova il corrispondente nella nostra più recente dottrina che evoca la teoria economicistica anglosassone, incline ad esonerare dalla prestazione il debitore disposto a risarcire il danno, così rompendo il legame tra respon-

---

<sup>13</sup> P. RESCIGNO, *Le prospettive di un diritto europeo ed uniforme dei contratti*, in P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia d'una idea*, Roma-Bari, 2013, 243. Va pure ricordato che tra i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali l'art. 1 del Protocollo addizionale della Convenzione europea, del 20 marzo 1952 reso esecutivo con l. 4 agosto 1955, n. 48, pone la proprietà. Il primo comma, prima parte, dello stesso articolo dice che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni» e la giurisprudenza di Strasburgo include in questa nozione, oltre ai beni intesi come cose, anche i «valori patrimoniali, compresi i crediti, in virtù dei quali una persona può sostenere di avere almeno una speranza legittima di ottenere il godimento effettivo del diritto di proprietà» (Corte eur. dir. uomo, 18 maggio 2008, *Plalan s.p.a. c. Italia*, considerato n. 36). Lamenta dunque a ragione la lesione di un diritto fondamentale il creditore che perde una sovvenzione a causa di ritardi della pubblica amministrazione debitrice (sent. cit.), oppure di un mutamento giurisprudenziale intervenuto più di undici anni dopo l'esercizio di una pretesa giudiziale, fondata su una precedente giurisprudenza consolidata (*bien établie*) (1° dicembre 2008, *Ichtiaroglou c. Grecia*), o della ingiustificata soppressione di un diritto, già maturato, ad indennizzo per lesione personale (6 ottobre 2005, *Draon c. Francia*), o del mancato pagamento di parte della pensione, già accertata in sede giudiziaria (18 ottobre 2001, *Sciortino c. Italia*). La lesione viene ravvisata anche per perdita di un diritto di credito non ancora maturato, nell'ambito di un rapporto di durata (3 settembre 2013, *M.C. ed altri c. Italia*).

<sup>14</sup> S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, rist. Napoli, 1978, 129.



sabilità per inadempimento e colpa nel mancato rispetto degli impegni<sup>15</sup>. Teoria economicistica che si sostanzia in un sacrificio del creditore e perciò viene apertamente avversata quando si finisce col tradurre in moneta interessi protetti dalla Costituzione<sup>16</sup>: «l'analisi economica del diritto può essere utilizzata per valutare i comportamenti e per individuare gli strumenti adatti ad orientarli, ma non può essere invocata per conculcare diritti fondamentali, quale, appunto, quello alla tutela effettiva»<sup>17</sup>.

Si è in definitiva creduto di individuare due poli nella protezione del credito: quello «individualistico-liberale (...) che riduce ogni cosa al comune denominatore monetario» e quello opposto, solidaristico e propenso ad ampliare le tutele specifiche<sup>18</sup>.

La tendenza ad un maggiore *favor debitoris*, o meglio ad una certa *adversio in creditorem*, sembra oggi in espansione, come s'è detto in apertura, almeno sul piano legislativo. La sua manifestazione nella materia dell'esecuzione forzata è più rilevante ma non esclusiva. Vi sono altri modi con cui l'intervento del legislatore rende più difficile la realizzazione piena del diritto di credito, anche soltanto con limitazioni temporali. Né è detto che a ciò sottostiano sempre atteggiamenti ideologici o chiare finalità di politica del diritto, potendo anche valere generiche esigenze di equità o di mantenimento dell'equilibrio del sinallagma contrattuale. Non è facile ravvisare negli interventi legislativi, molteplici e incidenti su diverse materie, un unico e sia pur vago motivo ispiratore: il diritto generale delle obbligazioni è nei codici, non soltanto in quello italiano, «la parte più insensibile»<sup>19</sup> alle novità sociali ed economiche, le quali influiscono piut-

---

<sup>15</sup> F. COSENTINO, *Inadempimento del debitore, tutela penale del credito e (negata) violazione di diritti soggettivi*, in *Foro it.*, 1993, I, 346; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, atti del convegno di Pescara, 11-12 maggio 2012.

<sup>16</sup> V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, relazione svolta a Roma il 3 maggio 2013 nel convegno organizzato dall'Accademia dei Lincei dal titolo *La riforma del diritto del lavoro*, e poi nel corso della Scuola superiore della magistratura, su *La graduazione delle tutele per i licenziamenti disciplinari nel novellato art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300*, Scandicci, 25 novembre 2013.

<sup>17</sup> G. COSTANTINO, in M. BARBIERI-F. MACARIO-G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *La tutela in forma specifica*, cit., 73.

<sup>18</sup> S. MAZZAMUTO, *La prospettiva civilistica*, in M. BARBIERI-F. MACARIO-G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *La tutela in forma specifica*, cit., 24.

<sup>19</sup> P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca sulla "caduta" del fondamento negoziale (Störung der Geschäftsgrundlage)*, 2004, nonché *Note a margine di un "Restatement" del diritto europeo dei*

tosto in diversi tempi e secondo diversi criteri ispiratori sulle discipline speciali.

La dottrina comparatista ci informa dell'esistenza, nell'area di *common law*, di due "classi", dei creditori e dei debitori, e di due contrapposte scuole teoriche, quella *pro creditors* e quella *pro debtors*, «arroccate su posizioni fortemente ideologiche» di *law and economics*, ad es. in materia di esdebitazione (*discharge*) (vedi anche *infra*, par. 4)<sup>20</sup>.

Si nega oggi che la tutela del credito costituisca nel nostro ordinamento un "valore assoluto" onde si ammettono valori, ad es. quello dell'interesse della famiglia, tali da impedire nelle procedure concorsuali il funzionamento dei mezzi di conservazione del patrimonio del debitore<sup>21</sup>.

Si tratta in ogni caso di totale o parziale mancata realizzazione del credito quale effetto di scelte autoritative, legislative o giurisprudenziali, così restando fuori del discorso ogni ipotesi in cui la mancata realizzazione sia dovuta ad una volontà abdicativa del creditore. Può perciò essere compresa fra le forme di ridotta protezione del credito la procedura di composizione delle crisi di sovrindebitamento, disciplinata dalla l. 27 gennaio 2012, n. 3, modificata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, poiché l'omologazione dell'accordo di composizione della crisi attraverso la "ristrutturazione dei debiti", vincolante per tutti i creditori, è possibile anche col solo consenso di quelli che rappresentino il sessanta per cento dei crediti (art. 11, comma 2, l. cit.)<sup>22</sup>.

Le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore opponibili ai terzi sono soggette a riserva di legge (art. 2740 c.c. capoverso) mentre creditore e debitore sono liberi di stabilirle con efficacia *inter partes*, almeno secondo la più recente dottrina<sup>23</sup>, allo stesso modo che è libero il *pactum de non petendo*.

---

*contratti* (1990), ora entrambi in P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, cit., 147 e 233-234.

<sup>20</sup> G. ROJAS ELGUETA, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 312-315.

<sup>21</sup> Vedi A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1369.

<sup>22</sup> F. MACARIO, *Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori "non fallibili". Il completamento della riforma*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, 217; V. DE SENSI, *La nuova disciplina della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 634.

<sup>23</sup> G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, specialm. 173 ss.

### 3. - Gli interessi coinvolti nel rapporto obbligatorio.

Si assiste dunque ad un bilanciamento dell'interesse del creditore con quello del debitore o con esigenze collettive. Bilanciamento meno facile quando si tratti, come s'è ricordato, di crediti necessari alla realizzazione di interessi di rilevanza costituzionale (ad es. quello del lavoratore subordinato alla conservazione del posto di lavoro) poiché in questi casi al civilista tocca di rendere concreta la tutela di più alto livello e di comporre i contrasti con maggiore prudenza: ogni istituto del diritto privato può così trasformarsi al contatto con la pratica in diritto costituzionale vivente<sup>24</sup>. S'è altresì detto della concezione solidaristica o "personale"<sup>25</sup> del rapporto obbligatorio, contrapposta alla concezione patrimoniale: la prima assicura meglio l'effettiva realizzazione del credito, permettendo al titolare di conseguire la specifica prestazione dovutagli piuttosto che l'equivalente pecuniario.

Occorre tuttavia notare che la concezione solidaristica può rendere meno piena la tutela del creditore quando, trattandosi in sede interpretativo-applicativa di identificare l'esatta prestazione, si debba aver riguardo ai limiti imposti dall'eccessiva onerosità o dall'impossibilità sopravvenute, e della conseguente inesigibilità. Queste, «commisurate ad un metro di notevole relatività»<sup>26</sup> invece che di obiettività e di assolutezza, ossia riferite alle modalità e circostanze concrete in cui il rapporto deve trovare attuazione e più precisamente al sacrificio imponibile al debitore secondo una valutazione di buona fede (artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.), possono portare allo scioglimento del vincolo obbligatorio, e quindi alla liberazione dell'obbligato senza soddisfazione della controparte<sup>27</sup> oppure ad una definizione giudiziale della prestazione inferiore alle aspettative della medesima.

Il passaggio dal codice civile del 1865, che limitava le ipotesi di estinzione non soddisfattiva dell'obbligazione entro la previsione dell'art. 1236, a quel-

---

<sup>24</sup> Sul peso della discrezionalità giudiziale nella «ricerca di soluzioni interpretative che consentano di trarre il massimo da rimedi contemplati in misura insufficiente» vedi I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 5.

<sup>25</sup> P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 181.

<sup>26</sup> U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1967, 92.

<sup>27</sup> P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, cit., 182 e 184.

lo del 1942, che fissò i casi di estinzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, totale o parziale, e di risoluzione del contratto commutativo per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità, attenuò in tempo ormai risalente la tutela del creditore.

Ed il movimento è continuato con la valorizzazione, ad opera prima della dottrina e poi della giurisprudenza, della clausola generale di buona fede che, come ora detto, permise di ridefinire, ed eventualmente di ridimensionare, il contenuto della prestazione.

Fino a giungere al rimodellamento dell'intero rapporto contrattuale, preferibile alla sua risoluzione nel caso di sopravvenienze che ne abbiano notevolmente alterato l'equilibrio originario: l'antico principio del rispetto assoluto dei patti cede all'altro, *prima facie* contrastante, della relatività del vincolo riferito alle condizioni esistenti al momento della conclusione del contratto<sup>28</sup>. Può aversi così una situazione di soggezione del creditore al diritto potestativo, spettante al debitore, di ottenere dal giudice una modificazione della prestazione, una diminuzione del prezzo, una riconduzione ad equità, ossia e in breve una riduzione autoritativa della pretesa creditoria<sup>29</sup>.

#### 4. - Limitazione della tutela del credito per ragioni temporali.

La riduzione dei termini di prescrizione e l'introduzione, come istituto generale, della decadenza (artt. 2964-2969 c.c.) segnano anch'esse il passaggio dal codice del 1865 a quello del 1942. Ma le oggettive esigenze di certezza del diritto e di maggior protezione dell'interesse del debitore alla

---

<sup>28</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 251; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, 130. Dei poteri di intervento del giudice nel contratto, accresciuti con il codice del 1942 e necessari per «compiere l'opera del legislatore nel dosaggio degli interessi in contrasto e per ricercare il punto di equilibrio in considerazione del quale la tutela dell'interesse privato è accordata», parla F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, Milano, 1947, 21.

<sup>29</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 288; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., 180 e 130. Il divieto di assegnare il lavoratore subordinato a mansioni inferiori, imposto al datore di lavoro dall'art. 2103 c.c., non è derogabile neppure consensualmente. Tuttavia la giurisprudenza ammette che, per evitare il licenziamento dovuto a sopravvenuta inidoneità alla mansione e se non esista possibilità di trasferimento, il lavoratore possa ottenere un demansionamento (Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, in *Foro it.*, I, 197; in *Giust. civ.*, 2001, I, 2050; in *Giur. it.*, 2001, 945, con nota di SANTINI).

liberazione dal vincolo portano anche ad un nuovo attivismo della dottrina e della giurisprudenza, oltreché della legislazione.

Ormai da molti anni i nostri autori mostrano interesse verso fattispecie, già considerate dalla dottrina tedesca, di perdita di diritti soggettivi, i quali persisterebbero secondo lo stretto diritto, ma sono da ritenere ormai perduti a causa della protratta inattività del titolare, che ha ingenerato nel titolare passivo la ragionevole convinzione dell'abbandono di essi. La dottrina ha così costruito l'istituto della *Verwirkung*, fondato sulla teoria dell'affidamento e giustificato dalle necessità del traffico giuridico, frustrate dai lunghi termini legali di prescrizione e dalla mancanza di decadenza, legale o negoziale <sup>30</sup>.

Il legislatore, dal canto suo, sostituisce termini nuovi di decadenza a quelli di prescrizione, come avviene per alcune azioni giudiziarie del lavoratore subordinato (art. 32 l. 4 novembre 2010, n. 183, modificato dall'art. 1, comma 11, l. 28 giugno 2012, n. 92) oppure per l'azione revocatoria fallimentare (art. 69-*bis* r.d. 16 marzo 1942, n. 267, introdotto dall'art. 55 d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5).

Sempre all'inerzia del titolare viene connessa la perdita dei crediti nati da rapporti contrattuali che la l. 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, comma 345, chiama "dormienti", ossia caratterizzati da un non esercizio almeno decennale.

Qualche punto di contatto con la prescrizione ha, ancora, l'istituto della esdebitazione, regolato dagli artt. 142-145 della legge fallimentare, come sostituiti dall'art. 128 d.lgs. n. 5 del 2006. Qui il creditore viene privato dell'azione per la realizzazione del proprio diritto e correlativamente il debitore fallito viene liberato sulla base di determinate condizioni e ad esito di un certo procedimento. Questi effetti servono a superare situazioni passate (il procedimento non può iniziare prima della chiusura del fallimento) che il legislatore ritiene opportuno non lasciare ancora pendenti, onde favorire il reinserimento del fallito nel sistema economico <sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> S. PATTI, *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 722; F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, 93; F. FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Milano, 2007, 140 e 243. Cass. 10 novembre 1997, n. 11095; Cass. 4 giugno 1998, n. 5500; Cass. 26 giugno 2008, n. 13549.

<sup>31</sup> A. JORIO, *Fallimento (dir. priv. e proc.)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano 2010, 332.

Nell'originaria concezione questo atteggiamento di favore verso il debitore, e più propriamente verso la sua propensione verso l'indebitamento ed il consumo, servirebbe a tonificare l'economia generale<sup>32</sup>. Ma il sacrificio del creditore richiede una forte attenzione nei casi concreti «al fine di evitare comodi *escamotages* diretti ad indebolire le ragioni e la tutela del credito»<sup>33</sup>.

V'è anche chi ravvisa nel decreto di esdebitazione una vera e propria espropriazione e comunque un provvedimento "ablativo" per ragioni di interesse generale, dei diritti dei creditori, «assolutamente *extra ordinem*»<sup>34</sup>.

E così il più attento bilanciamento degli interessi è rimesso alla fase dell'interpretazione-applicazione.

#### 5. - Attenuazione delle tutele nella materia lavoristica.

L'art. 2112 c.c. conserva i rapporti di lavoro in caso di trasferimento dell'azienda e tutela i crediti del lavoratore già maturati, disponendo la solidarietà tra cedente e cessionario; esso assicura anche la maturazione dei crediti futuri nel caso di cessione di un solo ramo dell'azienda, ma non richiede al lavoratore il consenso che l'art. 1406 c.c. chiede al contraente ceduto. È così possibile che i crediti del lavoratore, non ancora sorti al momento della cessione, si trovino, senza la sua volontà, ad essere meno garantiti da un patrimonio dell'imprenditore cessionario, eventualmente più esiguo di quello del cedente. Ciò spiega perché i lavoratori non consenzienti tendano talvolta a negare l'efficacia del trasferimento e così a mantenere il rapporto con l'impresa cedente.

S'è poi detto nel primo paragrafo come la tutela delle ragioni del creditore venga in questi ultimi anni ridotta dal legislatore, che all'esecuzione in forma specifica sostituisce quella per equivalente.

Almeno l'esperienza giuslavoristica induce a considerare esaurita «la progressiva tendenza del sistema ad allargare le ipotesi e ad escogitare nuove

---

<sup>32</sup> G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 313.

<sup>33</sup> A. JORIO, *Fallimento (dir. priv. e proc.)*, cit., 389.

<sup>34</sup> Vedi N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "comercialità"*, Milano, 2012.

forme di tutela 'reale' del credito, nel senso di favorire una soddisfazione del creditore consistente nel 'bene' specifico dedotto in rapporto e non già nel semplice risarcimento dei danni»<sup>35</sup>. Anzi, si giunge a dubitare se, quando trattisi di rapporti d'obbligazione, il codice civile legittimi il principio della priorità dell'adempimento o se, al contrario, tecnica ordinaria di reazione all'adempimento debba considerarsi quella che converte la prestazione in natura in prestazione per equivalente<sup>36</sup>.

Detta tendenza è più evidente – e la vicenda legislativa è ormai resa largamente nota dalla stampa quotidiana – in materia di rimedi dati al lavoratore subordinato in caso di licenziamento illegittimo. Qui la reintegrazione nel posto di lavoro viene limitata ai casi previsti dall'art. 1, comma 42, l. n. 92 del 2012, che attribuisce in generale tutele indennitarie e capovolge così il rapporto regola-eccezione a suo tempo stabilito dall'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300. La scelta legislativa, che sacrifica interessi non soltanto patrimoniali (cfr. artt. 2, 36, comma 1, e 38, comma 2, Cost.) del lavoratore, viene giustificata con la lunga durata e la forte incertezza dell'esito dei processi in materia di licenziamenti, che rendono troppo costosa per il datore una condanna ripristinatoria ed una risarcitoria commisurata sulle retribuzioni non corrisposte nel periodo compreso tra l'atto espulsivo e la reintegrazione conseguente all'ordine giudiziale. Preso atto di questa scelta, rimane per l'interprete il problema di stabilire se essa venga a costituire un "microsistema" normativo non inseribile nel sistema complessivo del lavoro subordinato, oppure se nella materia dei licenziamenti viga ancora il criterio che antepone la tutela specifica a quella indennitaria ed al quale l'interprete debba ancora attenersi nei casi dubbi. La protrazione del ritardo nell'inadempimento ed il conseguente accrescimento progressivo del danno induce talvolta il legislatore a rafforzare la tutela del creditore attraverso la previsione di *astreintes* ma la scelta è di segno opposto sempre nella materia lavoristica: la comminatoria, contenuta nell'art. 614-*bis* c.p.c. per inosservanza della condanna giudiziale ad un fare infungibile o ad un non fare, è esclusa per le controversie di lavoro, subordinato o parasubordinato, pubblico o privato (art. 614-*bis*, comma 1,

---

<sup>35</sup> Parole di P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, cit., 185.

<sup>36</sup> I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 27.

ultima parte). Proprio da questa disposizione risulta evidente come certe scelte del legislatore, tese ad indebolire la tutela del credito, dipendono da criteri di bilanciamento che non è facile chiarire<sup>37</sup>.

L'ambiguità è presente anche nella normativa sul risarcimento in favore di chi sia stato allontanato dal proprio posto per scadenza del termine illegittimamente previsto nel contratto, risarcimento che viene riconosciuto non nella sua integrità (ossia nella misura della retribuzioni perdute nel periodo compreso fra l'illegittima espulsione e la reintegrazione) ma solo in un' "indennità onnicomprensiva" di ammontare contenuto. L'art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183 è stato corretto da una sentenza interpretativa della Corte costituzionale<sup>38</sup> e poi dall'art. 1, comma 13, l. n. 92 del 2012, ma la correzione è stata soltanto parziale.

#### 6. - La revocatoria fallimentare.

L'attenuata tutela del credito nella più recente legislazione si rende evidente non solo quanto ai rimedi contro l'inadempimento ma anche nei mezzi di ricostituzione del patrimonio appartenente al debitore fallito.

578

In passato si ravvisava lo scopo del fallimento nell'attuazione della responsabilità patrimoniale e nel rispetto della parità di trattamento (artt. 2740 e 2741 c.c.)<sup>39</sup>.

Oggi la ripartizione, ad opera del legislatore, delle conseguenze negative derivanti dall'insufficienza del patrimonio del debitore può ispirarsi a

---

<sup>37</sup> D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 347. S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eu. e dir. priv.*, 2009, 994-1000, si occupa diffusamente della esclusione della materia lavoristica dalla tutela per *astreintes* stabilita nell'art. 614-bis. All'inizio egli considera l'esclusione "di per sé irragionevole", ritenendo la tutela troppo gravosa, sia per il datore di lavoro «nell'ottica della salvaguardia delle ragioni e della produttività dell'impresa», sia per il lavoratore che illegittimamente neghi la propria prestazione altamente specializzata e caratterizzata *intuitu personae*. In seguito però l'autore giudica non opportuna la scelta legislativa per i casi in cui si tratti non di reintegrazione dopo l'illegittimo licenziamento bensì di violazioni di altri obblighi del datore, come quello di rendere salubre e sicuro il luogo di lavoro. Infine egli ritiene l'illegittimità costituzionale della disposizione in materia di contrasto delle discriminazioni o di altre lesioni non patrimoniali come nel *mobbing*. Apprezzamenti diversi dunque, in relazione a situazioni eterogenee.

<sup>38</sup> Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303.

<sup>39</sup> M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 3 e 9; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 130.



criteri variamente orientati: l'interesse della collettività alla distribuzione di una perdita ormai definitiva si contrappone all'opportunità di tentare la prosecuzione dell'attività dell'impresa insolvente. Si tratta di rendere compatibile la tutela dei creditori con la salvaguardia dell'organismo produttivo e dei molteplici interessi che esso coinvolge<sup>40</sup>. Si afferma così la tesi che alla tradizionale liquidazione dell'intero patrimonio del debitore debba sostituirsi la ristrutturazione di suoi obblighi, al fine di salvare l'impresa: le pretese creditorie vengono ridotte d'autorità (anche con possibili questioni di legittimità costituzionale) fino a che la (eventuale) residua capacità di adempiere permetta all'impresa di soddisfarle. Il sacrificio delle posizioni individuali viene in definitiva giustificato da ragioni di politica economica<sup>41</sup>.

L'identificazione dei detti scopi nel d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80 non trova però concorde la dottrina.

Dell'azione revocatoria è stato fortemente ridotto lo spazio applicativo<sup>42</sup>, fino a ridurla al «simulacro di se stessa»<sup>43</sup>. La volontà di «depotenziarne in generale l'efficacia»<sup>44</sup> manifesta verosimilmente la reazione ad una tendenza – soprattutto giurisprudenziale, secondo una denuncia ormai non recente<sup>45</sup> – ad apprendere al fallimento la maggior quantità di beni con eccessivo sacrificio dei terzi.

Circa l'aumento delle esenzioni (art. 67, comma 3, l. fall.), il dissenso dei commentatori si appunta sull'incongruità del mezzo rispetto al fine tipico dell'istituto: il sacrificio dell'interesse dei creditori, che dovrebbe essere realizzato esclusivamente, si risolverebbe, a vantaggio di altri scopi, in un «misconoscimento della funzione tipica del fallimento»<sup>46</sup>. La conservazione dell'impresa sarebbe addirittura null'altro che un mito perché effetti-

---

<sup>40</sup> G.P. PORTALE, *Dalla "pietra del vituperio" alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 397. Detta salvaguardia starebbe a tutela degli stessi creditori.

<sup>41</sup> A. FLESSNER, *La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato*, in *Dir. fall.*, 2009, 3, parla di «ragioni sia capitalistiche, sia politiche, sia sociali».

<sup>42</sup> D. GALLETTI, *Azione revocatoria fallimentare*, in *Enc. dir., Annali*, I, 2, 71.

<sup>43</sup> A. JORIO, *Fallimento (dir. priv. e proc.)*, cit., 333.

<sup>44</sup> D. GALLETTI, *Azione revocatoria fallimentare*, cit., 72.

<sup>45</sup> P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1996, 854.

<sup>46</sup> A. JORIO, *Fallimento (dir. priv. e proc.)*, cit., 334; D. GALLETTI, *Azione revocatoria fallimentare*, cit., 76 e 77.

vamente conseguibile in pochi casi, nei quali quasi sempre il vecchio regime sarebbe bastato all'uopo <sup>47</sup>. Si può aggiungere che anche nella stampa non specializzata si indica, tra gli ostacoli attuali alla nascita ed alla conservazione delle imprese, la "scarsità del credito" <sup>48</sup>; credito che sembra comunque difficile sviluppare in un ordinamento incline ad anteporre ad esso altre finalità.

È anche possibile che, sempre nel perseguimento del fine di continuare l'attività d'impresa e in ogni caso di mantenere gli effetti degli atti di disposizione compiuti dall'imprenditore, vengano salvaguardati interessi del terzo acquirente, di natura non patrimoniale, ad es. negando l'esperibilità della revocatoria fallimentare (e secondo alcuni anche della revocatoria ordinaria *ex art. 66 l. fall.*) contro atti di liberalità compiuti in favore del convivente *more uxorio* o anche di familiari (art. 64 l. fall.) <sup>49</sup>. Si ha anzi l'impressione che le clausole generali di "dovere morale" e di "pubblica utilità", di cui all'art. 64 cit., aprano la via ad un'equità correttiva di scelte che lo stretto diritto considerò già fondamentali <sup>50</sup>.

## 7. - Le azioni civilistiche di conservazione della garanzia patrimoniale.

Si tratta di verificare ora se la tendenza alla riduzione della tutela del credito sia riscontrabile quanto ai mezzi codicistici di conservazione della garanzia patrimoniale, e in particolare all'azione revocatoria ordinaria.

Nonostante il ridimensionamento della perentoria affermazione, contenuta nell'alea dell'art. 2740 c.c., ad opera di numerose leggi successive al 1942 e configuranti diverse forme di separazione patrimoniale, la tendenza a sostituire con il principio di specializzazione, anche per la realizzazione di valori morali non tradizionali <sup>51</sup>, quello di unità della garanzia patrimo-

---

<sup>47</sup> N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi*, cit., 7.

<sup>48</sup> Vedi ad es. *La Repubblica*, 30 marzo 2014, 25.

<sup>49</sup> Ad es. quelli della famiglia di fatto o delle unioni omosessuali, che giustificerebbero gli atti di destinazione di cui all'art. 2645-ter (A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della destinazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. e impr.*, 2009, 469; ID., *Tutela della famiglia*, cit., 1401).

<sup>50</sup> Uno dei segni forse dell'attuale tendenza ad affievolire il "vizio tutto moderno" del positivismo legale. Vedi tra i contributi di P. GROSSI, *Aequitas canonica*, 1998, in C. FANTAPPIÈ (a cura di), *Scritti canonistici*, Milano, 2013, specialm. 216.

<sup>51</sup> Su questo dibattito vedi A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia*, cit., 1374-1375.

niale generale non ha scosso i fondamenti della disciplina civilistica, né le norme sopravvenute hanno dato luogo ad una ricodificazione della materia, i cui lineamenti essenziali sono rimasti inalterati.

Inoltre al tendenziale deperimento dei mezzi ordinari di realizzazione coattiva del credito, di cui s'è qui parlato in apertura, fa da contrappeso la crescita di strumenti di garanzia (garanzie autonome, pegno irregolare, riservato dominio, mandato irrevocabile all'incasso, cessione di credito, polizze assicurative, fideiussione pubblica, fondi interbancari) alternativi alla garanzia patrimoniale del debitore o comunque volti a rafforzarla o ad integrarla.

La possibilità, data al creditore, di soddisfarsi sui beni del debitore costituisce sempre l'ultima tutela, e la responsabilità patrimoniale rimane, oltretutto «un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico»<sup>52</sup>, «l'indice decisivo che rivela la giuridicità del rapporto obbligatorio, che dimostra cioè l'esistenza d'un obbligo giuridico da parte del debitore e di un diritto soggettivo da parte del creditore»<sup>53</sup>. Affermazione presente anche nella giurisprudenza costituzionale, che colpisce l'ingiustificata sottrazione, da parte del legislatore, di alcuni beni alla garanzia generale, o la sostituzione di un debitore *in bonis* con altro pericolante, oppure ancora approva il rafforzamento di quella garanzia con una sanzione penale<sup>54</sup>.

È da menzionare ancora la dottrina che riporta al meccanismo della garanzia patrimoniale anche l'esecuzione specifica sul singolo bene oggetto dell'obbligazione, con la conseguente esperibilità delle azioni conservative anche al di fuori di ogni valutazione sulla sufficienza o meno della

---

<sup>52</sup> F. VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit., 97. Questo autore connetteva la protezione del credito, attraverso la garanzia patrimoniale generale, alla protezione della proprietà: «la garanzia e la sanzione dell'obbligazione presso i popoli civili sta nella rispondenza patrimoniale, cioè nei beni coi quali il debitore risponde nel caso di inadempienza; senza proprietà individuale, per ordinare qualsiasi legge degli scambi, occorrerebbe probabilmente ritornare a forme di riduzione dell'uomo in schiavitù» (F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., 14, nt. 9).

<sup>53</sup> R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in V. SCIALOJA-G. BRANCA (diretto da), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1960, 11.

<sup>54</sup> Corte cost. 22 giugno 1991, n. 291, *Foro it.*, 1993, I, 346, con nota di F. COSENTINO, *Inadempimento del debitore*, cit.; 23 maggio 1995, n. 187, *Giur. cost.*, 2006, 17; 7 novembre 2007, n. 364. Vedi nella dottrina più recente, A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 460-461.

garanzia generale<sup>55</sup>. La tesi, rimasta isolata benché di autorevole voce, attribuisce alle dette azioni una funzione satisfattiva, oltreché conservativa, ma essa è da inserire nella tendenza a rafforzare in sede di esecuzione il principio di effettività, di cui s'è qui detto in apertura.

Tendenza più evidente nella giurisprudenza che valorizza, insieme alle azioni di cui agli artt. 2900 e 2901 c.c., anche quelle con effetto caducatorio, come l'azione di simulazione, quando perseguano anch'esse uno scopo conservativo<sup>56</sup>.

### 8. - I contrapposti interessi.

Il principio di effettività, ossia di massima tutela del credito, non comporta che in sede di utilizzazione dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale si possano trascurare interessi contrapposti a quello del creditore.

Oltre all'interesse del debitore, che si sostanzia nella salvaguardia della sua sfera di autonomia contro le ingerenze del creditore, e in particolare dell'autonomia negoziale, viene in considerazione l'interesse di terzi. Nell'azione surrogatoria può non essere indifferente per il *debitor debitoris* che all'interesse del debitore surrogato si aggiunga quello del creditore surrogante, mosso dal pericolo del pregiudizio per le proprie ragioni; l'azione revocatoria produce effetti nel patrimonio del terzo acquirente non solamente nel momento, futuro e incerto, della realizzazione coattiva del credito, ma già quando viene pronunciata la sentenza di revoca, che rende difficile la circolazione del bene acquistato e perciò ne diminuisce il valore economico. L'interesse dell'acquirente non è che un aspetto dell'oggettiva esigenza di circolazione dei diritti e di stabilità degli acquisti. Tra gli oneri del medesimo sta pertanto quello, non lieve<sup>57</sup>, di informarsi sulla situazione patrimoniale dell'alienante.

---

<sup>55</sup> R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 73 e 81.

<sup>56</sup> Cass. 5 maggio 2010, n. 10909. Vedi anche F. ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645-ter c.c.*, in G. DORIA (a cura di), *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Torino, 2010, 103-104.

<sup>57</sup> «Anche la migliore istruttoria bancaria non riesce ad individuare con certezza la situazione economica del richiedente il credito» (F. FERRO LUZZI, *Dei creditori dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 109, nt. 8).

Viene di recente segnalato l'interesse dell'ordinamento all'espansione dell'attività economica, e più precisamente delle attività commerciali, quando le imprese compiano uno degli atti di destinazione patrimoniale di cui all'art. 2447-*bis* c.c. Tale interesse obiettivo si contrappone a quello dei creditori pregiudicati dalla deliberazione costitutiva del patrimonio destinato o dalla convenzione di destinazione di cui alla lettera *b*) dello stesso articolo. Si è osservato che il potere, attribuito ai creditori dal capoverso dell'art. 2447-*quater*, di opporsi alla deliberazione entro il termine decadenziale di sessanta giorni, si sostituisce all'azione revocatoria<sup>58</sup>. Questa rimane invece contro la convenzione di destinazione, stante l'assenza, qui, di una specifica e sostitutiva tutela dei creditori. La tesi non è però pacifica e viene in parte corretta da quella che qualifica la questione circa la lesione della garanzia generale dei creditori sociali come soltanto pregiudiziale e deliberata in via sommaria dal tribunale. Perciò i creditori possono agire in via ordinaria per la tutela della loro garanzia, anche se la loro azione non potrà paralizzare la realizzazione dell'affare sottostante alla delibera di costituzione del patrimonio separato; in definitiva i creditori, in caso di esito vittorioso dell'azione, potranno ottenere dalla società soltanto il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'eventuale mancata realizzazione del proprio diritto, determinata dall'insufficienza del patrimonio della debitrice<sup>59</sup>. Tesi logicamente coerente ma di assai dubbia utilità, poiché il credito risarcitorio, che si aggiunge a quello insoddisfatto per insufficienza del patrimonio debitorio, risulterà praticamente irrealizzabile.

Tutto ciò rende evidente come ogni scambio [ed ogni iniziativa giuridicamente rilevante] che si sarebbe propensi a considerare isolato è tale solo in apparenza, essendo invece sempre inserito in relazioni più ampie e complesse; l'esistenza stessa di queste relazioni impedisce di considerare l'operatore economico indipendente rispetto agli altri soggetti<sup>60</sup>. Vale il

---

<sup>58</sup> R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati ed azioni revocatorie (tra diritto attuale e prospettive di riforma)*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 299-300, ed ivi indicazioni della dottrina contraria.

<sup>59</sup> G. ARIETA-F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 574 e 575, nt. 35. Che il creditore della società, non opposti alla separazione del patrimonio, rimanga sottotutelato nel caso di successivi atti compiuti dalla società in relazione bensì allo specifico affare ma senza menzione del vincolo di destinazione, e con conseguente responsabilità col patrimonio residuo (art. 2447-*quinquies*, comma 4), è sostenuto da F. FERRO LUZZI, *Dei creditori dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., 118.

<sup>60</sup> Così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 61.

principio della proporzione, contrapposto in questa materia all'universalità della garanzia patrimoniale, ossia della giusta misura di soddisfazione di tutti gli interessi coinvolti<sup>61</sup>.

Il bilanciamento spetta anzitutto al legislatore, ma le scelte di questo possono non bastare a stabilire un concreto ed equilibrato assetto e da ciò residua un ineliminabile ambito riservato all'interprete.

### 9. - Identificazione del credito da tutelare.

L'interesse conservativo del creditore dev'essere valutato in relazione alla particolare fattispecie nella quale egli intende neutralizzare le conseguenze dell'inerzia, oppure dell'atto dispositivo, del debitore. La valutazione, spettante al giudice, della legittimazione alle azioni surrogatoria e revocatoria deve fondarsi non su schemi astratti ma sulla situazione concreta e sulle circostanze di fatto che debbono orientare l'indagine in ordine all'interesse ora detto<sup>62</sup>.

L'esistenza stessa del credito da tutelare può essere rimessa alla valutazione probabilistica del giudice<sup>63</sup>.

È nota la volontà, manifestata dal codificatore del 1942, di apprestare una protezione più intensa del credito attraverso l'azione pauliana, che, contro la visione precedente, ha assunto solo la funzione preparatoria di una futura esecuzione e non richiede perciò la formazione di un titolo esecutivo né produce la nullità dell'atto revocato. L'azione viene così concessa anche per il credito «soggetto a condizione o a termine» (art. 2901, comma 1).

La volontà del legislatore è stata portata ad ulteriori conseguenze dalla giurisprudenza, che, riprendendo un antico orientamento<sup>64</sup>, ha superato più recenti oscillazioni ed ha così affermato la pretesa creditoria litigiosa quale fonte di legittimazione alla revocatoria<sup>65</sup>. A favore di questa solu-

---

<sup>61</sup> E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012, 83-84, la quale fonda l'osservazione su P. PERLINGIERI, *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2011, 1301.

<sup>62</sup> R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria e azione revocatoria*, in V. SCIALOJA-G. BRANCA (diretto da), *Commentario del codice civile*, cit., 124.

<sup>63</sup> R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria e azione revocatoria*, cit., 82 e 83.

<sup>64</sup> Cass. 25 maggio 1938, in *Foro it.*, 1938, I, 1358; Cass. 27 gennaio 1938, in *Sett. Cass.* 1939, 324.

<sup>65</sup> Cass., sez. un., 18 maggio 2004, n. 9440, in *Foro it.*, 2004, I, 2366, con nota di M. FABIANI.

zione, vale a dire della tutela precoce del credito non ancora accertato in sede giudiziale, può addursi tra l'altro la brevità del termine di prescrizione dell'azione di contenuto accertativo (cinque anni dalla data dell'atto di disposizione: art. 2903 c.c.), non interrompibile con atto stragiudiziale<sup>66</sup>. Neppure occorre l'esigibilità del credito. Prestata la fideiussione per obbligazioni connesse all'apertura di un credito, gli atti di disposizione compiuti dal fideiussore sono revocabili anche prima che il debitore principale abbia prelevato la somma posta a sua disposizione<sup>67</sup>.

#### 10. - Inerzia del debitore ed atti di disposizione.

Il *favor creditoris* mostrato dalla giurisprudenza quanto alla legittimazione alla revocatoria non sempre è riscontrabile quando si tratti di valutare il comportamento del debitore, come trascurato nell'esercizio del diritto (nell'azione surrogatoria) oppure quale atto di disposizione, oneroso o gratuito (nell'azione revocatoria).

Nella surrogatoria pesa in modo decisivo il rispetto della sfera di libertà del debitore, il quale può ad es., senza poter essere considerato negligente nell'esercizio del diritto soggettivo sostanziale, scegliere discrezionalmente le tesi giuridiche e in genere i modi di difenderlo in giudizio<sup>68</sup>. Problematica appare la distinzione dottrinale<sup>69</sup> fra esercizio "inadeguato" ed esercizio "negligente", solo il primo riconducibile all'inerzia di cui all'art. 2900, che non richiede comunque l'inattività totale.

Nella giurisprudenza sulla revocatoria è per contro riscontrabile una maggiore propensione alla tutela del credito quando si estende la nozione di atto di disposizione all'affitto ultranovennale o si ravvisa una disposizione revocabile nella costituzione di usufrutto a favore di chi ha già sul medesimo bene un diritto personale di godimento<sup>70</sup>. Ancora, si considerano come gratuiti il conferimento di un bene in natura, o del diritto di usu-

---

<sup>66</sup> Cass. 15 febbraio 2007, n. 3379; App. Bari, 8 novembre 2003, in *Giur. it.*, 2005, 1031.

<sup>67</sup> Cass. 9 aprile 2009, n. 8680, in *Giur. it.*, 2010, 90, con nota di PASQUINI.

<sup>68</sup> Cass. 18 febbraio 2000, n. 1867, in *Foro it.*, 2000, I, 1845, con nota di FILOGRANA.

<sup>69</sup> S. PATTI, *Azione surrogatoria*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XX, Torino, 1998, 143.

<sup>70</sup> Cass. 17 maggio 2010, n. 12045, in *Fam. e dir.*, 2011, 337, con nota di A. FERRARI.

frutto di un'azienda, per una partecipazione societaria<sup>71</sup>. Della gratuità degli atti di destinazione patrimoniale di cui agli artt. 2447-bis e 2645-ter c.c. si è dubitato<sup>72</sup>; la questione presuppone che sia identificabile, se non un soggetto, un centro d'imputazione di effetti giuridici tale da poter essere considerato come beneficiario<sup>73</sup>.

Non direi che l'atto di destinazione di beni alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela perda il suo carattere dispositivo, per assumere funzione solutoria ed essere così sottratto alla revocatoria ex art. 2901, comma 3, quando esso serva ad adempiere un obbligo, ad es. un obbligo legale di mantenimento<sup>74</sup>. Con l'espressione «adempimento di un debito scaduto» la disposizione del codice non può riferirsi che all'esecuzione di una determinata prestazione, e non all'apprestamento dei mezzi per adempiere debiti, tanto più se con scadenza futura.

Quanto alla prescrizione estintiva, la regola della decorrenza del termine dalla data dell'atto revocando è stata abbandonata da una giurisprudenza più recente, che posticipa l'*exordium praescriptionis* al giorno in cui dell'atto è stata data pubblicità ai terzi<sup>75</sup>.

## 11. - Elemento soggettivo nella revocatoria.

Circa la conoscenza del pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore dell'atto dispositivo compiuto dal debitore, ed alla relativa consapevolezza da parte del terzo acquirente, da tempo è acquisito il principio secondo cui i soggetti del rapporto obbligatorio sono reciprocamente tenuti a conoscere quei fatti a ciascuno sfavorevoli, conoscibili usando la normale diligenza<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> Cass. 18 febbraio 2000, n. 1804, in *Giur. it.*, 2000, 2094; 26 febbraio 2002, n. 2732, in *Fall.*, 2003, 43.

<sup>72</sup> R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati ed azioni revocatorie*, cit., 298; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 174.

<sup>73</sup> R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati ed azioni revocatorie*, cit., 311-313; M. NUZZO, *Il principio di individualità del patrimonio*, in G. DORIA (a cura di), *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Torino, 2010, 37-39.; A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 448-455; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 72.

<sup>74</sup> A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 484.

<sup>75</sup> Cass. 19 gennaio 2007, n. 1210, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1152, con nota favorevole di F. AVANCINI.

<sup>76</sup> A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno della revocatoria*, Padova, 1970, 112.



L'osservanza di questo dovere di conoscenza (*Kennenmüssen*) viene verificata attraverso presunzioni, in concreto fondate sui fatti più diversi, attinenti a situazioni in cui versa l'autore dell'atto di disposizione o il beneficiario, o a loro comportamenti in genere prossimi alla nascita del credito o all'atto di disposizione, o ancora a clausole accessorie di questa (ad es. lunga dilazione per il pagamento del prezzo)<sup>77</sup>. Nel complesso la giurisprudenza appare piuttosto severa verso il debitore.

## 12. - Il pregiudizio per le ragioni del creditore.

Il *favor creditoris* è più evidente nella giurisprudenza quando si tratti di valutare la sussistenza del pregiudizio arrecato alle di lui ragioni dall'atto di disposizione di cui è chiesta la revoca.

Il pregiudizio dev'essere verificato in relazione al momento in cui l'atto è stato compiuto ma deve persistere, quale elemento fondativo della pretesa avanzata in giudizio, nel momento in cui il giudice deve pronunciarsi. Una diversa soluzione può danneggiare il terzo acquirente senza vantaggio per l'attore.

Questo criterio d'economia non sempre viene rispettato.

Secondo un risalente orientamento, qualora un condebitore solidale disponga di un proprio bene, il creditore può ottenere la revoca ancorché i patrimoni degli altri coobbligati siano sufficienti, ciascuno, a fornire la garanzia patrimoniale. La giustificazione fu in un primo tempo fondata su un affidamento riposto dal creditore nei patrimoni di tutti i debitori, nel momento in cui egli concesse il credito. Essa venne abbandonata per l'evidente inconsistenza: l'affidamento, ammesso e non concesso che fosse concepibile in termini così vasti, non poteva comunque configurarsi in caso di obbligazione involontaria.

Si è più di recente parlato di frustrazione della facoltà, spettante al creditore *ex art. 1292 c.c.*, di scegliere il debitore a cui rivolgersi per l'adempimento.

---

<sup>77</sup> Cass. 18 marzo 2005, n. 5972, in *Giust. civ.*, 2006, I, 950; Cass. 22 agosto 2007, n. 17867; Cass. 23 maggio 2008, n. 13404; Cass. 5 marzo 2009, n. 5359; Cass. 18 ottobre 2011, n. 21503; Cass. 29 maggio 2013, n. 13447.

mento <sup>78</sup>, ma non si è considerato che nessuna facoltà è legittimamente suscettibile di esercizio emulativo.

Resta fuori del discorso il caso in cui l'*eventus damni* sia da ravvisare per essere i patrimoni degli altri debitori, pur equivalenti a quello diminuito, di fatto più difficilmente aggredibili in sede esecutiva <sup>79</sup>.

Escluso che l'atto di disposizione abbia causato il pregiudizio, non rileva il deterioramento del patrimonio, avvenuto in tempo successivo (difetto del nesso di causalità) <sup>80</sup>.

Il favore verso il creditore può qualche volta attenuarsi quando si tratti di accertare la *scientia damni* dell'acquirente. A tal fine atto di disposizione revocando viene considerato il contratto preliminare e non il definitivo, non tanto perché questo abbia funzione di adempimento quanto perché al momento del preliminare risalgono le valutazioni in ordine alla convenienza del negozio <sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Cass. 22 marzo 2011, n. 6486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1139, con nota critica di A. MAIONE.

<sup>79</sup> A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno della revocatoria*, cit., 90.

<sup>80</sup> Cass. 14 novembre 2011, n. 23743.

<sup>81</sup> Cass. 18 agosto 2011, n. 17365.