

IL DEBITO DA ECCEZIONE A REGOLA

Di Stefano Pagliantini

| 104

SOMMARIO: 1. *Prologo: l'indeterminatezza di una formula e la sua concretizzazione nascosta. Dal debito colpa al debito errore.*- 2. *Primo significato: lo spersonalizzarsi del rapporto obbligatorio nella legislazione consumeristica tra statuto debole dell'interesse creditorio e strict liability del professionista in funzione del e per l'efficienza del mercato. Il caso Le Crédit Lyonnais SA (C-565/12).* - 3. *Secondo significato: la nuova interazione tra debito e patrimonio nei rapporti obbligatori di diritto comune. L'inadempimento di necessità e spunti per una rilettura degli artt. 2740 e 2744 c.c.. nella prospettiva di una proprietà - garanzia.*- 4. *Segue: l'effettività rimediabile affievolita della tutela creditoria nel tempo presente: il contrappunto preminente dell'interesse familiare, la Verwirkung secondo il mos italicum ed il privilegio esecutivo della parte pubblica alla maniera di Corte costituzionale 186/2013. Il convitato di pietra dei délais de grâce secondo l'art. 1244 cod. civ.*- 5. *Terzo significato (in due contesti apparentemente lontani): il mutuo fondiario con causa solutoria (cioè di una metamorfosi convenzionale del debito originario), la saga del trust liquidativo (e dintorni).*- 6. *Quarto significato: la stagione (al termine ?) dei derivati degli enti pubblici.* - 7. *Epilogo: credit crunch e merito creditizio. I molteplici fattori di restrizione del credito ed un finanziamento all'impresa che latita.*

1. Prologo: l'indeterminatezza di una formula e la sua concretizzazione nascosta. Dal debito colpa al debito errore

Il debito da eccezione a regola: un titolo agli antipodi di quella raffigurazione del debito che si legge nella *Genealogia della morale* (1887) di Nietzsche dove la nozione morale di colpa e quella giuridica di debito stanno assieme perché l'intera morale procederebbe «dal diritto delle obbligazioni»¹: nella prospettiva di Nietzsche, la comunità tratta chi

delinque come il creditore fa col debitore inadempiente, irrogando cioè una pena, nel terreno giuridico dell'obbligazione denominata poi risarcimento dei danni. In questa visione debito e colpa sono un binomio inscindibile, l'indebitarsi un *fatto patologico*: e d'altra parte, come sempre notava Nietzsche, *Schuld*, in tedesco, sta sia per debito che per colpa, *Schuld* è il nome di uno dei quattro fantasmi del Faust di Goethe e la sua radice pare che sia la stessa del latino *scelus*, cioè delitto². Anche per lo Schopenauer de "Il mondo come volontà e rappresentazione", sebbene il dato sia molto meno noto, il debitore inadempiente è la parte che «rompe il patto e,

¹ V. G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p. 46. La citazione di Nietzsche insiste su di una compensazione che implica la sofferenza del debitore colpevole «in quanto il danneggiato» baratta «il danno, con l'aggiunta dello scontento [per il pregiudizio patito con] uno straordinario godimento: il far soffrire» (p. 51 e p. 54).

² Il riferimento linguistico è tratto da G. COSÌ, *Il debito: un fenomeno patologico?*, in *Studi Senesi*, CXXV, (III Serie, LXII), 2013, p. 230.



insinuando nella mia conoscenza motivi solo illusori, ha diretto la mia volontà secondo i propri fini, ha esteso il dominio della volontà propria sopra un altro individuo, e quindi ha compiuto una vera e propria ingiustizia»³: dove il trittico delle parole illustranti la “cifra” del ragionamento sta tutto in una rottura, preceduta da un’*insinuazione illusoria*, seguita da una *volontà di potenza* e culminante in un’*ingiustizia*. Il debitore è pur sempre colui che ha infranto la *fides* riposta nel contratto⁴.

Com’è risaputo, almeno dal Rudolf von Jhering del *Der Kampf ums Recht* (1872)⁵, proprio la storicità è però la caratteristica essenziale del diritto: sicché, in una società dove l’*homo habens* o *consumens* ha soppiantato quello *faber*, tanto che quest’*homo* è «virtuoso finché s’indebita»⁶, non deve destare alcuna sorpresa la circostanza che il debito da momento patologico venga ad essere percepito come una *vicenda fisiologica*. Un debito che, per l’appunto, da eccezione si è fatto regola, quale logico complemento di un nuovo archetipo di «soggetto antropologico» protagonista di quelle società contemporanee che esistono se sono «a crescita obbligatoria»⁷. Il debito, in un contesto programmato per promuoverlo ed incentivarlo, non può declinarsi come una *colpa*. Piuttosto è un *errore*: e le normative che lo governano alla dimensione di una responsabilità *che sanziona* devono costitutivamente assommare quella di un rimedio *che ripara* ad una pecca. Quella pecca che quando è troppa e trasmoda potrebbe però arrivare ad inficiare l’ordine sociale: di qui la sacralità non del debito ma dell’atto rimetterlo o di condonarlo. D’altronde il verbo *dimettere* ha un doppio significato, sta per condonare/perdonare ma anche per pagare/soddisfare un creditore: e se di nuovo per Nietzsche ogni soggetto è in debito con la società alla quale appartiene, è Carnelutti a definire il peccato come «un debito dell’uomo verso Dio»⁸.

In un debito fattosi regola, questo si vuol mettere in luce, la componente del risarcire/restituire, ripri-

stinando così quello *status quo ante* che evidentemente era la «condizione giusta»⁹, inevitabilmente si appanna mettendo in mostra un’opacità crescente. La cultura contemporanea è tutta incentrata sul debito, che sia sovrano o del privato: il prestito vitalizio ipotecario, l’ultima figura che si conosce, vede un finanziamento garantito da un’ipoteca di primo grado su immobili residenziali a favore di persone fisiche di età superiore a 65 anni, i quali dunque *si indebitano* per soddisfare le loro esigenze di vita (art. 11-*quaterdecies* l. 248/2005). È un debito che involge sia il *finanziato* che i suoi *eredi*, se è vero che costoro, alla morte del beneficiario, hanno la facoltà di scegliere tra l’estinzione del debito ed il sopportare la vendita dell’immobile per consentire al creditore di soddisfarsi. Insomma il debito è una situazione che, nella società contemporanea, impera in modo incontrastato.

Ma, in aggiunta e scendendo un po’ più nel dettaglio, debito da eccezione a regola è pure un titolo intrinsecamente polisemico: che sarebbe probabilmente inappropriato declinare in una sola accezione. Ecco per quale motivo qui si proverà ad affinarlo ricorrendo ad una rosa di quattro (possibili) significati.

2. Primo significato: lo spersonalizzarsi del rapporto obbligatorio nella legislazione consumeristica tra statuto debole dell’interesse creditorio e *strict liability* del professionista in funzione del e per l’efficienza del mercato. Il caso *Le Crédit Lyonnais SA* (C-565/12).

Il primo: la *desoggettivizzazione* del rapporto obbligatorio ovvero, pur se è lo stesso, la perdita di individualità dell’obbligazione, quando questa si situa nell’area delle operazioni di consumo, a *latere debitoris*. Non, come si potrebbe opinare, una *soggettività funzionalizzata* bensì –e più propriamente– uno svuotamento della soggettività perché disancorata dai bisogni e dalla dimensione di fattualità dell’individuo.

La traiettoria argomentativa che illustra questo primo archetipo del discorso si può così sintetizzare: la specialità del diritto dei consumi, sulla scorta della precomprensione fallace che la classe dei consumatori esprima un interesse isoforme tutelabile portando al grado massimo il loro benessere, ha prodotto il risultato di un fitto *segmentarsi* delle discipline. Questa *moltiplicazione* degli statuti normativi, perché il diritto comune pensato per dei contraenti di eguale potere non riesce intrinsecamente a

³ V. A. SCHOPENAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, a cura di P. Savj-Lopez e G. Di Lorenzo, Bari, 1968 (ristampa della III ed.), vol. I, Libro IV, § 62, p. 445. Utilissimi spunti in L. ALFIERI – E. CASTRUCCI – C. TOMMASI, *Schopenhauer filosofo del diritto. Tre studi e una selezione di testi*, Siena, 2004, spec. p. 7 ss. e p. 27 ss.

⁴ Per un succoso quadro storico, che dall’esperienza storico – politica dell’antica Roma, passando per le *lettres de répit* dei re di Francia, giunge al dato normativo vigente, v. A.D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti. Forme della remissione del debito dall’antichità all’esperienza europea contemporanea*, Bologna, 2014, *passim*.

⁵ Vedilo in *La lotta per il diritto ed altri saggi*, Milano, 1989.

⁶ Cfr. G. COSÌ, *Il debito: un fenomeno patologico?*, cit. p. 231.

⁷ V. G. COSÌ, *op. ult. cit.* p. 229.

⁸ Cfr. F. CARNELUTTI, *Interpretazione del Padre Nostro. Il poema di Gesù*, Venezia, 2001, p. 68.

⁹ Cfr. G. COSÌ, *op. ult. cit.* p. 234.



neutralizzare i *market failures*, non è però concepita in funzione di un *soggetto* quanto e piuttosto in vista dell'abbattimento dei costi transattivi propri di questa o quella operazione economica. Il sottinteso assiologico di gran parte della normativa consumeristica ruota infatti intorno alla premessa che i *suddetti costi*, impedendo il realizzarsi di scambi efficienti perché vantaggiosi per entrambe le parti, sia *in danno* del pubblico interesse: naturalmente se, in linea con i dettami del pensiero tardo-liberale ispirante tutta questa normativa¹⁰, si è dell'avviso che l'efficienza della singola transazione, in quanto ottimizza l'interesse di ogni contraente, sia un tassello di quel benessere collettivo tutt'uno giust'appunto con la massimizzazione dei benessere individuali. Quand'è così, se tutto il *welfare consumerism* è coniato in vista di un mercato efficiente perché soltanto questo *mercato concorrenziale* è in grado di assicurare una prosperità generale, apparirà allora chiaro come il perimetro del corrente *consumer law* sia per sua natura tarato fisiologicamente sulla *sola* figura asettica di un consumatore che *sceglie* tra questo e quel prodotto, non sul prototipo concreto di un *consumatore persona*. Il *consumatore debitore* non è insomma visto nella sua individualità ma rileva *serialmente* come membro di una categoria anonima. Come si è acutamente scritto, la libertà di scelta del consumatore debitore non è di tipo *strategico* ma *parametrico* visto che egli è concepito *ex lege* come un *soggetto che si determina unicamente nell'atto e per l'atto* di «destina[re] le proprie risorse nella maniera che gli consente di ottenere il massimo di soddisfazione possibile nella situazione data»¹¹. La penetrante critica di chi, nell'illustrare l'attuale stato del diritto dei consumi, parla di una mano visibilissima del mercato che vince sulla ben diversa idea di una *soziale Marktwirtschaft*¹², fa mostra di un intercalare argomentativo dove mutano i *nomina* ma non la *substantia* del discorso. La *personalizzazione del debitore consumatore*, in quanto non figura deviante ma che tutt'al più *pecca*, è all'origine dell'*absentia* nella legislazione consumeristica di un qualsiasi riguardo per il mutuatario che incappi in una sopravvenienza penalizzante: nel

¹⁰ Si mutua questa terminologia dalla densa pagina di F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, ripercorrente diacronicamente la parabola di quell'EAL che ha fornito il substrato ideologico a quell'idea di asimmetria informativa alla base di tutto il sistema contemporaneo di *consumer law*, al quale si rinvia anche per tutti i (fitti) riferimenti bibliografici.

¹¹ Cfr. F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit. p. 19.

¹² Il riferimento, anche per l'illustrazione della dicotomia tra consumatore *homo oeconomicus* ovvero *homo consumens*, è a H. MICKLITZ, (a cura di), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Elgar, 2011, p. 3 ss.

dettaglio, ma l'indicazione è puramente esemplificativa, può farsi il caso del consumatore incolpevolmente licenziato ovvero colpito da una grave malattia; tutte fattispecie nelle quali, potrebbe sostenersi, essendo mutati i presupposti della stipula, le ragioni di una perdurante efficienza del sinallagma contrattuale o di un legittimo affidamento del professionista alla stabilità dell'operazione economica devono cedere alle ragioni di vita personale di un consumatore che eccipisce motivazioni non patrimoniali intercettanti una causa costituzionalizzata di solidarietà familiare¹³. Ebbene, forme atipiche di sospensione del pagamento, uscendo dal «paradigma della stretta sinallagmaticità commerciale»¹⁴, mancano totalmente nelle direttive che, a vario titolo, reggono la materia. Il fine periodare di Corte costituzionale 19/94¹⁵, con un principio di inesigibilità della prestazione che manda esente il debitore dalle conseguenze dell'inadempimento ex art. 1218 c.c. ogni qualvolta la pretesa creditoria entri «in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria», non riecheggia neppure un po' in questi testi.

Il che a cascata introduce al secondo livello del discorso: un consumatore rilevante alla sola stregua di un soggetto vulnerabile, in quanto la sua libertà negoziale è «*disqualifiée*» e tutta rinserrata in uno scegliere lo scambio più conveniente cioè meglio massimizzante il suo benessere¹⁶, necessariamente invero reclama un apparato rimediabile che sia *effettivo* ai sensi degli artt. 38 e 47 CDFUE. Dove *-cave-effettività* significa però sempre e solo un rimedio acconcio *se e perché dissuadente*, chi ne potrebbe profittare, a servirsi di costi transattivi in danno della controparte.

¹³ Ma, come facilmente può immaginarsi, non meno emblematico finisce per essere il catalogo dei casi nei quali si registri la sopravvenienza di figli, la malattia di un congiunto ovvero il «debito di mantenimento dopo il divorzio di una famiglia che vive separata dal debitore consumatore»: così A. NICOLUSSI, *I consumatori*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di Luca Nivarra, Milano, 2008, p. 438. Per un puntuale censimento critico delle situazioni idonee a controbilanciare l'effettività della tutela creditoria, in un quadro includente il riferimento allo stato di necessità, v. recentemente O. CLARIZIA, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, p. 158 ss., spec. p. 211 ss. e p. 217 ss.

¹⁴ Così A. NICOLUSSI, *I consumatori*, cit. p. 439.

¹⁵ È la notissima C. cost. 3 febbraio 1994, Pres. Casavola, rel. Baldassarre.

¹⁶ Così J. ROCHFELD, *La protection du consommateur – contractant dans l'Union européenne: quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée*, in *RDC*, 2013, p. 847, che parla di uno statuto della libertà contrattuale, in materia di rapporti di consumo, di tipo scettico o realista.



Si delinea così, nella parabola di un debito che da eccezione si fa regola, la fisionomia di uno *statuto debole* dell'interesse creditorio in qualche maniera oscurato da un *favor* non, come superficialmente si potrebbe concludere, *debitoris* ma *marked oriented* perché il consumatore non è un attore razionale: e dunque è il professionista creditore che va onerato di una *strict liability* la cui deterrenza punitiva è unilateralmente direzionata alla maggior efficienza degli scambi. La recentissima *Le Crédit Lyonnais SA (C-565/12)*¹⁷ disegna alla perfezione l'abbozzo di una responsabilizzazione dell'attività d'impresa espressa seguendo coordinate che vedono il *cattivo professionista irresponsabile* soccombere ogni qualvolta il lucro deducibile dalla propria colpa *non sia notevolmente inferiore* al profitto «di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore». Nel pronunciarsi sull'interpretazione degli artt. 8 e 23 della direttiva 2008/48/CE, si legge infatti che il professionista, se ha mancato all'obbligo precontrattuale di verifica del merito creditizio, decade tanto dagli interessi convenzionali quanto da quelli legali perché, se potesse legittimamente esigere i secondi, la sanzione per l'inadempimento di un obbligo di legge *non sarebbe sufficientemente dissuasiva*.

Il tutto, per inciso, è dotato di una logica stringente. Se sta infatti nel massimizzare il consumo individuale il valore assunto a fattore guida di tutta la legislazione odierna sul *welfare consumerism*, essendo la somma dei consumi individuali massimizzati a produrre benessere, l'omissione negligente del professionista causa di danno per il consumatore va efficacemente repressa perché essa, *in concreto*,

prima di tutto nuoce *al mercato*. Detto in modo più prosaico: il *consumatore consuma*, nella cornice ordinativa di un mercato interno efficiente, se può fare affidamento sui propri diritti. Le condotte avventate o irresponsabili dei professionisti, producendo situazioni di insolvenza o di sovraindebitamento ostative alla crescita dei consumi, *in concreto* minano quel mercato concorrenziale trasfigurato in una situazione di *public interest*. Allocazione del rischio sul professionista e selezione come *effettivo* del rimedio meglio contrastante pratiche di *market failures* sono, in altre parole, due facce della stessa medaglia. Dire perciò, come spesso si legge, che la nuova disciplina sul credito ai consumatori vuol premiare un *prestito responsabile* in quanto espressione di un'assunzione consapevole del debito, non è errato: ha però il vistoso difetto di scambiare per *scopo* dello direttiva quel che, in realtà, è soltanto un fine mediato e per ciò stesso strumentale¹⁸.

Una piccola chiosa prima di passare oltre.

Debito da eccezione a regola, si diceva, con l'emersione di un *favor mercatorum* che mette tra parentesi i *singoli interessi creditori* visto che ciascuno di loro è, in una qualche misura, *al servizio* di un supposto *interesse comune* all'efficienza del mercato. Trattasi di un *favor* che è sempre in procinto di allargare la sua latitudine: ma per l'elementare ragione che l'estensione di un regime protettivo alle PMI, nonostante le ragioni di subalternità siano molto diverse, obbedisce alla medesima logica efficientistica. Un'impresa vessata, costretta a subire condizioni contrattuali ingiustamente gravose, farà infatti mancare una sequenza di singoli scambi efficienti, col risultato che fisiologicamente non si troverà a svolgere il *suo ruolo* economico nel mercato di riferimento. In quest'ottica, il tredicesimo considerando della direttiva 2011/83, in ordine alla facoltà degli Stati membri di assoggettare al regime protettivo anche chi non sia un *consumatore puro*, dà totalmente corpo ad un piano d'azione impregnato dell'idea di un mercantilismo efficiente *se e quando* ogni contratto, in quanto stipulato «in condizioni di assenza di *market failure*»¹⁹, massimizzi l'utilità. Il CESL, visto che la normativa sulle clausole abusive si applica al contratto concluso tra un professionista ed una piccola o media impresa (artt. 79 - 86)²⁰, non parrebbe decampare da questa cornice.

¹⁷ La questione pregiudiziale verteva sulla legittimità di quell'art. L. 311-48, cc. 2 e 3 *c. consom.* che, per il caso di mancata verifica della solvibilità del debitore, contempla la decadenza dal diritto agli interessi, totalmente o in una misura fissata dal giudice, con un debitore obbligato soltanto alla restituzione della somma capitale ovvero, per l'ipotesi di una decadenza parziale, anche degli interessi superstiti. Degli interessi però corrispettivi: per quelli legali infatti, già dovuti in forza della previsione generale di cui all'art. 1153 *c.c.* per il caso di condanna all'adempimento, la previsione dell'art. L.313-3 *cod. mon. et financ.* contempla la variabile di un tasso di interesse legale maggiorato di cinque punti, allorché sia spirato inutilmente il termine di due mesi decorrenti dal giorno in cui la sentenza di condanna sia divenuta esecutiva. Una maggiorazione, lo si apprende dalla narrativa del fatto, che la giurisprudenza è solita poi interpretare come di pieno diritto, nel senso quindi di un *surplus* dovuto *automaticamente*, quantunque la legge autorizzi il giudice, su domanda di parte ed in considerazione della situazione patrimoniale del debitore, ad escluderla ovvero a rivederne l'importo. Di qui allora il forte dubbio che la sanzione francese, a presidio dell'art. 8 della direttiva, per il fatto di assicurare un *beneficio al creditore*, non fosse né efficace né dissuasiva. Il che, come si chiarisce nel testo, la Corte di Giustizia ha, senza tante circonlocuzioni o distinguo, subito provveduto a rilevare.

¹⁸ Così, *inter alios*, L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 228.

¹⁹ Cfr. F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit. p. 11.

²⁰ Che tanto piccola però non è se tale risulta quella costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR. Questo stando alla raccomandazione 2003/361 della Commissione, del 6 mag-



3. Secondo significato: la nuova interazione tra debito e patrimonio nei rapporti obbligatori di diritto comune. L'inadempimento di necessità e spunti per una rilettura degli artt. 2740 e 2744 c.c. nella prospettiva di una proprietà - garanzia.

Il secondo: cioè la revisione del rapporto, non più nei termini di un'asettica indifferenza, tra *debito e patrimonio* quanto e piuttosto nell'ottica di un *bilanciamento di interessi*.

Qui l'apparato argomentativo è forse meno sofisticato del precedente ma parimenti accattivante e si snoda muovendo dalla facile notazione che, nell'ottica codicistica, 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'integrità²¹. Nella sua accezione più pregnante, quel che è stato definito come un vincolo funzionale vuole precisamente significare che la tutela conseguente all'inadempimento mette in campo giust'appunto una *responsabilità patrimoniale*. Responsabilità che è «fuori del debito» in quanto lo affianca come una tecnica che *rimedia* all'inadempimento²². La coppia tedesca *Schuld – Haftung*, forse meglio di altre, rende l'idea di una responsabilità evocante l'immagine di un patrimonio del debitore assoggettato alle azioni esecutive di un creditore rimasto insoddisfatto: e la metafora, che si deve notoriamente a Larenz, di una responsabilità succedanea del debito alla stregua di un'ombra che lo accompagna²³, descrive in modo calzante il suo essere *oltre* il debito, quale *garanzia* per il soddisfarsi del credito. Per inciso, quando Nicolò vede nella responsabilità patrimoniale il dato disvelante la *giuridicità* dell'obbligazione, cioè uno stato di soggezione all'azione esecutiva dovuto al fatto che a monte c'è «un obbligo giuridico da parte del debitore e[d] ... un diritto soggettivo da parte del creditore»²⁴, non è

gio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (art. 2, § 1).

²¹ V., per un elegante scrutinio dell'intera problematica, A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, a cura di Grisi, Napoli, 2014, p. 23 ss.

²² Così A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. p. 25.

²³ V. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1982, p. 22.

²⁴ Cfr. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*,

che mostri di ragionare troppo diversamente: e si può dire lo stesso per Giorgianni²⁵, con l'istantanea di una responsabilità quale potere di aggressione *in fieri*, sino agli autori più recenti, fintanto che l'ossatura del discorso dogmatico si impernia sul binomio soggezione/diritto potestativo²⁶ ovvero sulla correlazione tra patrimonio del debitore e situazione di vantaggio, che vi insiste, del creditore²⁷.

Dunque un rapporto di consequenzialità, non già una compenetrazione: in un contesto siffatto, distorti - è vero- sono gli artt. 1186 e 1461 c.c., forme manifestative di casi nei quali si hanno dei «rimedi preventivi contro l'insolvenza patrimoniale»²⁸. Ma si tratta, è bene sottolinearlo, delle sole due ipotesi che si conoscono di una *tutela anticipata* perché, di norma, la responsabilità patrimoniale dell'art. 2740 c.c. fa da corredo a quella personale dell'art. 1218 c.c. quale strumentario tecnico che *reagisce* ad un *default* del debito.

Orbene, altrettanto notoriamente se il debito si definisce in ragione del suo oggetto, la responsabilità patrimoniale prende corpo invece in ragione dei *mezzi* necessari per spazzare via l'inadempimento: mezzi però *-hic Rhodus, hic salta-* che disconoscono *seu* ignorano il limite di un'«impossibilità e/o eccessiva difficoltà del loro reperimento». Non a caso la responsabilità patrimoniale è illimitata o, com'anche si trova scritto²⁹, *universale*. Non solo, anche se con un costrutto argomentativo per la verità più asserito che dimostrato, l'opinione tradizionale è nel senso che l'art. 2740, c. 2 c.c. circoscrive le restrizioni dell'oggetto della responsabilità patrimoniale al solo perimetro *di legge*, con un'allegata radicale nullità per *tutti* gli atti di autonomia privata preordinati a circoscrivere direttamente od in modo

le, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1960, p. 11.

²⁵ *L'obbligazione*, Milano, rist. 1968, p. 160 ss. e p. 173.

²⁶ Così L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, artt. 2740 – 2744*, Milano, 2010², p. 20 e F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2005, p. 8.

²⁷ Rispettivamente V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 19, Torino, 1997², p. 375 e p. 378 e F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 167. Una diversa prospettiva oggettivistica, volta a valorizzare l'interporsi della norma «all'interno del binomio ... volontà individuale - effetto», spostando così l'accento, «dall'individuo e dalle sue prerogative ... all'ordinamento e alle sue valutazioni», si incontra invece in E. MIGLIACCIO, *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli, 2012, p. 64 ss. ed *amplius*, ID. *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012.

²⁸ Cfr. A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. p. 26 (anche -p. 28- per la citazione che segue).

²⁹ Così V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1041 ss.



obliquo la garanzia generica dell'art. 2740, c. 1³⁰. Retaggio dell'idea che un siffatto accordo si verrebbe a tradurre in un'inammissibile rinuncia del creditore all'azione esecutiva in quanto potestà pubblica, è innegabile che questa lettura veda nella tutela del credito un *valore assoluto*, rispetto al quale la nullità diventa un attributo qualificante persino le convenzioni dotate di un'efficacia personale *seu* obbligatoria³¹. Nasce di qui in ogni caso, pur se la preclusione ad un'intesa mimante funzionalmente gli effetti di un *pactum de non petendo* persuade assai poco³², l'inconfigurabilità di una situazione creditoria corredata di una responsabilità la quale sia compresa *ex ante* e ciò nondimeno, limitatamente a quella parte del patrimonio, di pieno diritto. Né il dato deve sorprendere: se tutto per l'appunto si tiene, l'antecedente logico di questa nullità già si incontra nella mancata recezione, a livello codicistico, del modello francese di un termine di grazia giudiziale, concesso al debitore *aequitatis causa*. L'art. 1181 cancella infatti quella dilazione ope iudicis che ancora si leggeva nell'art. 178 del Progetto italo-francese di Codice delle Obbligazioni³³. Dunque nessun *favor debitoris*.

Ed allora, se questo è il panorama di riferimento, quel che esattamente si va profilando, nella stagione presente, è il tentativo di una riscrittura del rapporto tra debito e patrimonio *sub specie* di un *interesse del debitore*, rilevante perché meritevole di tutela, a modulare se non a conformare le vicende del debito che ha contratto *sullo stato* contingente del proprio patrimonio.

Alle corte: la separatezza congenita tra debito e responsabilità implica che di massima sia proprio l'insufficienza e/o una condizione di minorità patrimoniale ad occasionare l'inadempimento di un'obbligazione civile o fiscale. Ebbene, visto che la penuria di liquidità non fa *da limite* alla responsabilità patrimoniale proprio perché questa è per sua

natura una tecnica *che contrasta* l'inadempimento, i tentativi che il diritto della crisi ha escogitato per soccorrere un imprenditore, costretto per pagare i propri debiti ad un drastico taglio del personale od a mettere in liquidazione l'azienda, si incistano tutti nella valorizzazione del suo *default* finanziario alla stregua di un fattore capace di qualificare come incolpevole la mancata esecuzione della prestazione pecuniaria, con un'insolvibilità patrimoniale del debitore basculante così tra una vicenda innominata di sospensione o di estinzione dell'obbligazione. Di là dalla *vexata quaestio* del mancato versamento dell'IVA, con una sopravvenuta crisi di liquidità dell'azienda che è molto discusso se valga da causa di non punibilità *ex art. 45 c.p.*³⁴, i percorsi interpretativi che, al riguardo, si possono immaginare sono numerosi e, quale più quale meno, di sperimentata esperienza. Se in prima battuta, quando la *sopravvenuta insolvenza dell'obligato sia incolpevole*, si può infatti pensare ad una buona fede oggettiva che si attegga a limite di esigibilità della prestazione, a mo' di scudo di *altri* valori, di pari se non provvisti di una meritevolezza persino potiore³⁵, neanche è da trascurare l'idea, contigua alla logica viceversa troppo descrittiva di una crisi economica trasformata in una forza maggiore c.d. sociale³⁶, di

³⁴ Si tratta della c.d. evasione di necessità, detta anche di sopravvivenza. Per la qualificazione della crisi di liquidità dell'azienda come una scriminante, si pensi all'imprenditore che, in luogo di adempiere all'obbligo fiscale, si risolve piuttosto a versare le retribuzioni ai propri dipendenti, v. Trib. Roma, 16 giugno 2013 e, prima ancora, Trib. Roma, 7 maggio 2013, in www.dejure.it. Ma l'approccio dei giudici di legittimità continua ad essere restrittivo, se è vero che -v. Cass. pen., 6 marzo 2014, n. 19426- l'esimente è reputata esistente soltanto laddove sia stata preceduta dalla prova a) che la crisi economica aziendale non si deve all'autore dell'omesso versamento e b) che la suddetta crisi non era altrimenti fronteggiabile con misure lecite.

³⁵ Questo, notoriamente, è l'itinerario interpretativo che si incontra nelle classicissime pagine di L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1089 s., senza dimenticare che la revisione della nozione di obbligazione in un'accezione «sensibile ai valori e ai principi fondamentali dell'ordinamento e quindi orientata ad attuarsi in funzione costituzionale», è già in P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 31 s. Nel testo non si fa invece rimando all'art. 1467 c.c. per l'ovvia ragione che la crisi economica non è certo annoverabile tra gli avvenimenti straordinari ed imprevedibili causa legittima di una risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Di recente, una nitida rilettura della nozione di inesigibilità, quale criterio di bilanciamento, si incontra nel volume di O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit. p. 9 ss., p. 47 ss. e p. 93 ss.

³⁶ Ove, al fine di dare un più spesso sostrato tecnico all'eccezione di impossibilità di adempiere all'obbligo fiscale, si fa mostra di intendere la crisi economica come una forza esterna «in grado di condizionare la condotta del sostituto d'imposta, il quale non avrà alcuna possibilità se non quella di agire illecitamente» (c.v.o. aggiunto).

³⁰ V., *inter alios*, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit. p. 34; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit. 510 s.; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 21 ed A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore - Profili civilistici*, Padova, 2001, p. 54 s.

³¹ Fa eccezione il solo D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale - Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XIV, T. I, Torino, 1949², p. 11 s., seppure nella prospettiva di una validità implicante una mera obbligazione negativa: col risultato, perciò, di svilire l'efficacia del patto (e la propensione a stipularlo).

³² Per l'accostamento tra le due figure, nell'ottica di una validità v. G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, p. 185 ss. e in questo scritto *infra* § 5, testo e nt. nn. 77- 79.

³³ V., per tutti, A. DI MAJO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972, pp. 32 ss. e p. 161 ss.

un'illiquidità patrimoniale come forma di un'impossibilità temporanea ex art. 1256, c. 2 c.c., causa perciò di esonero da una responsabilità per ritardo³⁷. Diversamente dall'impossibilità sopravvenuta che *estingue*, l'illiquidità, proprio perché *species* concretizzante un fatto che rende incoercibile l'obbligazione neutralizzando per riflesso la pretesa di esigere del creditore, verrebbe così a rappresentare una *situazione modificativa* «del rapporto obbligatorio perché consente, ove possibile, una modifica concordata dell'esecuzione della prestazione»³⁸. Per *incidens*, se il bilanciamento tra gli opposti interessi può portare all'effetto di un *inadempimento giustificato* sul presupposto di un valore preminente dell'interesse del debitore, logica vuole che per la stessa ragione si dovrebbe reputare non più (*in*)*valida* pure quella convenzione limitativa della responsabilità patrimoniale ex art. 2740, c. 1, che si trovasse a mettere in mostra la stessa prevalenza.

Di primo acchito, per la verità, verrebbe facile replicare che la sola impossibilità rilevante è quella oggettiva di cui all'art. 1218 non foss'altro perché la diligenza è misura di vaglio delle sopravvenienze impedienti e non un limite della responsabilità³⁹. Il che, giusta poi la concorrente notazione che i debiti pecuniari *mai* pongono una questione di impossibilità dell'oggetto, dovrebbe ragionevolmente portare a concludere che, almeno per le obbligazioni pecuniarie, lo stato di responsabilità patrimoniale del debitore inadempiente è «permanente»⁴⁰: col tritico degli artt. 2930, 2931 e 2933 c.c. a soccorrere coattivamente l'aspettativa del creditore⁴¹. Epperò, non è men vero che l'oggetto del debito, in quanto *regola di struttura*, non dovrebbe interferire sull'agire diligente del debitore: questa, in quanto *regola di comportamento*, non può venire messa in scacco da una norma di struttura attinente all'esserci e non allo svolgersi dell'obbligazione⁴². Di qui allora il convincimento di una *vis attractiva* dell'art. 1256, c. 2 rispetto a quegli episodi di insolubilità patrimoniale del debitore che siano il riflesso di una crisi

economica generale. Perché a venire in evidenza sarebbe una *causa di esonero da responsabilità* e non una di *estinzione atipica* dell'obbligazione. In dottrina lo si è voluto chiamare *inadempimento di necessità*, contrapponendolo ad una *mala gestio* nella conduzione dell'impresa: e partecipe di una logica consimile è –evidentemente– anche il tentativo di rileggere l'art. 1186 c.c. per il medio di una restrizione teleologica volta a legare l'effetto della decadenza dal termine ad un debitore responsabile e non vittima della propria crisi patrimoniale⁴³. La direttiva generale di Corte cost. 19/94, con un'inesigibilità che segna il limite del sacrificio, anche qui potrebbe tornare utile.

Che si parteggi per l'una o per l'altra concezione, al netto delle perplessità che ognuna delle due è destinata inevitabilmente a sollevare, il dato agglutinante che qui interessa risiede tuttavia nella circostanza che ambedue le interpretazioni sono proiettate a dare un *vestmentum* all'idea di una *situazione di mercato* del debitore tale per cui il suo essere imprenditore o consumatore lo legittima a gestire la propria crisi finanziaria. *Cave* però: *conditio sine qua non* perché possa stilizzarsi un potere o una facoltà del debitore di gestire *in executivis* la propria illiquidità è avviare una rimodulazione del rapporto tra debito e patrimonio, non trattandoli alla stregua di «fratelli separati»⁴⁴ quanto e piuttosto in un'ottica di interdipendenza la quale, mettendo in risalto la sproporzione tra le obbligazioni contratte ed il patrimonio esistente, dischiuda una legittimazione ad opporre delle cause di sospensione dal pagamento tutte le volte che la rilevante difficoltà di adempiere possa venire vinta *soltanto* sacrificando *altre libertà* fondamentali dell'obbligato⁴⁵.

Detto diversamente: l'insolvenza commerciale, vicenda più del patrimonio che del debito in quanto parametrata non sull'inadempimento ma sulla difficoltà del debitore di soddisfare regolarmente le pro-

⁴³ V. G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, cit. p. 298.

⁴⁴ Così . DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. 36.

⁴⁵ E qui potrebbe tornare utile il richiamo al diritto fondamentale del debitore a godere di un 'minimo vitale': quel diritto che, nella motivazione dapprima del Tribunale costituzionale portoghese n. 509/2002 e, più diffusamente poi, nel periodare della Corte costituzionale tedesca del 9 febbraio 2010, scaturirebbe dal combinato disposto degli articoli che assicurano l'invulnerabilità della dignità umana e la garanzia di uno Stato di diritto democratico e sociale. Sull'argomento, v. H. CAROLI CASAVOLA, *Dignità della persona e diritto al minimo vitale nello stato sociale tedesco*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 298 ss. e V. PIERGIGLI, *Quale tutela per i soggetti deboli in tempo di crisi? Alcune recenti risposte della Corte costituzionale*, in *Studi senesi*, CXXV, (III Serie, LXII), 2013, spec. p. 443. La garanzia di un minimo vitale sufficiente ad assicurare una vita sociale dignitosa esplicita infatti un limite, parafrasando le motivazioni dei due Tribunali supremi, che non fa da condizione demarcante la sola ragionevolezza dell'azione legislativa.

³⁷ È la prospettiva che ha finemente tratteggiato G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, cit. p. 306 ss.

³⁸ V., limpidamente, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014⁷, p. 339.

³⁹ Per tutti U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, 65.

⁴⁰ Cfr. A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. p. 29.

⁴¹ V., almeno, M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela "reale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 854 e L. MONTESANO, *Esecuzione pecifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 525. Di recente, per un acuto spaccato storico, v. F. ROSELLI, *La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi*, §§ 1e 3 (del manoscritto).

⁴² Il distinguo tra regole di struttura e di comportamento è tematizzato da DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*



prie obbligazioni (art. 5 l. fall.), non è causa di risarcimento ma ad es. di una ristrutturazione del debito d'intesa con i creditori. Ebbene se, a presidio di interessi fondamentali patrimoniali e non, si dice che il debitore comune è tenuto ad un adempimento correlato alla propria contingente condizione patrimoniale, allora è *in re ipsa* che pure l'insolvenza civile si avvia a trasformarsi in una situazione bilanciata sull'asse debito – patrimonio del debitore, immaginando così che i tra i due termini possa instaurarsi quello che non a caso è stato ribattezzato come un «nesso di causa ed effetto»⁴⁶. La disciplina sul sovraindebitamento, nelle forme e nei modi di cui al d.l. 179/2012, è l'epifania settoriale del concretizzarsi di una responsabilità patrimoniale che sembra perciò ormai evolversi *dualisticamente*: da un lato la penuria di mezzi finanziari, sebbene non sia un limite al debito, può costituire titolo di inesigibilità della prestazione allo scopo di evitare un grave pregiudizio ai propri beni, dall'altro il suo esserci anziché a carattere indifferenziato risulta modellato su rime –piani, accordi, concordati *et similia*- decisamente obbligate.

Quand'è così, l'evoluzione del debito da eccezione a regola passa, questo si vuol dire, anche per il medio di un'interpretazione evolutiva dell'art. 2740 c.c., nel senso che la responsabilità da situazione a contenuto indeterminatamente mutevole si avvia sempre più a trasformarsi in una condizione ad oggetto predefinito, col qualificativo ad indicare non un debitore chiamato a rispondere del proprio obbligo *con tutti i beni che si trovi ad avere al tempo dell'inadempimento* quanto e piuttosto un *debitore responsabile* secondo delle «concrete modalità di ... attuazione»⁴⁷. Nella nomenclatura lessicale dell'art. 160, lett. a, l. fall., è vero, si discorre, non a caso, dei *mezzi* con i quali l'obbligato risponderà del proprio debito così come rinegoziato⁴⁸. Anche se, *meglio ancora*, l'immagine di un art. 2740 il cui perimetro è *delimitato contrattualmente*, lo rendono nell'ordine:

- a) Il disposto dell'art. 6, c. 2 della l. 170/2004, se è vero che i contratti di garanzia finanziaria, ove contemplino il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, vanno esenti dall'applicazione dell'art. 2744;
- b) il progressivo erodersi della responsabilità patrimoniale come situazione universale, con uno *specializzarsi* della garanzia limitante la responsabilità del debitore impresa ovvero a

tutela di interessi della famiglia o personali ma meritevoli di tutela (artt. 2 e 29 Cost.). L'elenco sarebbe lungo: la società di capitali unipersonale, i patrimoni di s.p.a destinati a specifici affari e gli atti destinazione trascrivibili ex art. 2645-ter, con l'ultimo capoverso che sottrae dall'esecuzione forzata sia i beni conferiti che i loro frutti⁴⁹, concretizzano vistosamente una distinzione tra cespiti, in una sorta «di inespropriabilità soggettiva relativa»⁵⁰, che si dipana per tanti altri esempi;

- c) la tendenza *in fieri* ad affievolire la portata precettiva dell'art. 2744 c.c., inteso restrittivamente in modo da dilatare l'ambito delle fattispecie contemplanti *valide* cessioni della proprietà a titolo di garanzia. E qui il discorso si fa assai intrigante.

L'allusione, in una più moderna prospettiva bilanciante la tipicità delle regole di attuazione forzata del credito con l'interesse del debitore, è infatti a quelle convenzioni, atipiche perché «alternativ[e] al modello legale»⁵¹, congegnate in modo tale che, nell'ordine, vedono

- la vicenda traslativa conseguente al solo inadempimento,
- il *surplus* residuo imputato al debitore,
- la *res* vocata all'adempimento sí venduta ma alla sua stima di mercato al tempo dell'alienazione.

Senza infatti stressare il dato normativo, quel che l'art. 2744 parrebbe preposto a *vietare* non è tanto il fenomeno di una proprietà in garanzia quanto e piuttosto quell'alienazione a scopo di garanzia difettante di una perequazione tra l'entità del debito ed il valore di mercato del bene. Sicché, anestetizzata la variabile di un indebito *approffittamento* del creditore, allo stato non sembrerebbe esserci in realtà una qualche ragione plausibile per rinnovare quel frusto orientamento giurisprudenziale ancora *tranchant* viceversa tanto nel cassare qualsiasi trasferimento immobiliare al creditore che si ricolleggi all'inadempimento di un'obbligazione quanto nel falcidiare, quando si faccia questione di un patto commissorio autonomo, l'intera operazione, nonostante per verità l'art. 2744 c.c. riservi la nullità alla sola clausola commissoria senza estenderla al mu-

⁴⁶ Così A. DI MAJO, *op. ult. cit.* 36.

⁴⁷ Così A. DI MAJO, *op. ult. cit.* p. 35.

⁴⁸ Ed il combinato disposto degli artt. 8 e 12-ter, c. 2 della disciplina sul sovraindebitamento, relativamente alla procedure di accordo con i creditori od al piano del consumatore, senza dubbio gli fa da eco.

⁴⁹ Tutti i riferimenti, al riguardo, in L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2010², p. 35 ss.

⁵⁰ Così F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *www.judicium.it*, p. 14 s.

⁵¹ Cfr. R. LENZI, *Il credito per l'accesso all'abitazione*, in A. BUCELLI (a cura di), *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutela giuridica*, Padova, 2013, p. 318 ove un'attenta disamina della questione.

tuo ed alla connessa garanzia⁵². E qualche *novitas*, non a caso, si incomincia ad intravederla.

Cass. 2013/10986⁵³, in particolare, nella parte in cui sentenza che l'«elemento sintomatico della frode è costituito dalla sproporzione tra l'entità del debito ed il valore dato in garanzia», illustra un canovaccio che *condiziona* il binomio nullità – disvalore dell'alienazione estintiva al fatto che vi sia una *garanzia eccedente il credito*. Nella sentenza, è vero, non si tiene «distinto l'elemento 'garanzia' dall'elemento 'patto commissorio'»⁵⁴, in modo da far emergere con nettezza la funzione di pagamento traslativo del patto⁵⁵: e forse l'idea di un trasferimento solutorio del bene senza sperequazioni, donde l'essenzialità di un congegno tecnico che rimoduli la clausola commissoria obbligando il creditore a restituire quanto corrisponde alla differenza tra i due valori, è più intuita che sistematicamente elaborata⁵⁶. Ma, nell'ottica di una riscoperta del patto marciano affrancante dall'illiceità l'operazione, non è affatto poco. E, a seguire, Cass. 2014/6175⁵⁷, nella parte in cui esclude la nullità per la vendita compiuta allo scopo non di garantire un'obbligazione che non si può dire ancora inadempita ma un pregresso credito rimasto invece insoluto, dando per sottinteso che l'art. 2744 c.c. si fonda sulla *presunzione relativa* di una sproporzione suscettibile di una prova contraria allineante la vicenda allo schema contiguo del pegno irregolare, è dello stesso tenore. Dopodi-

⁵² L'allusione è alla notissima Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428 ss., con note di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità* e di F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*. In dottrina, altrettanto notoriamente, l'idea che l'art. 2744 con un divieto connesso alla funzione, non già alla struttura della fattispecie, donde la nullità delle alienazioni in garanzia, successive o antecedenti (ma con la pattuizione di un ritrasferimento per l'ipotesi che il debitore adempia), è di C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 115 e, di recente, *Diritto civile. 7. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, p. 277 ss. In giurisprudenza v., nel senso consolidato Cass. 21 maggio 2013, n. 12462, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1991 ss.

⁵³ V. Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, p. 719 ss.

⁵⁴ Così N. CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, cin www.giustiziacivile.com

⁵⁵ L'insistenza sulla natura solvendi del patto è sistematicamente evidenziata da F.ANELLI, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano*, Napoli, 2000, p. 89 ss. e p. 116 ss.

⁵⁶ È quanto mostra di credere N. CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, cit. p. 16 s.

⁵⁷ V. Cass. 17 marzo 2014, n. 6175, in www.deiure.it (per esteso). Ma può tornare utile anche il richiamo a Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262, *ibid.*, sull'esclusione che integri un patto commissorio la vendita fiduciaria stipulata per far ottenere un mutuo al fiduciario onde costui potesse soddisfare un suo credito nei confronti del fiduciante.

ché, se un trasferimento immobiliare a scopo estintivo implica che la perequazione dei valori economici si sostituisca alla loro indifferenza iniziale, non ci sarà una nullità per qualsiasi patto ma soltanto di quelli – è da credere – che osservano una proporzionalità in termini di «capienza» e non di una «ponderazione tra i rispettivi sacrifici delle parti»⁵⁸.

Un debito da eccezione fattosi regola mette così in archivio, questo si vuol dire, l'idea di un art. 2744 c.c. quale disposizione formalizzante un *divieto generale di autotutela* convenzionale del credito⁵⁹, tratteggiando un diverso sistema nel quale la realizzazione soddisfattiva per via convenzionale del credito diventa pure un modo per tutelare l'interesse del debitore, favorendone l'accesso al credito. Ma, del resto, già Cass. 15449/2012⁶⁰, allorché sentenza la validità del mutuo garantito dalla dazione in pegno di una quota societaria, se il mutuante per conseguirla a soddisfazione dell'intero credito restitutorio rimasto inadempito si rivolge all'autorità giudiziaria, aveva dato una convincente versione di quella che dovrebbe essere un'interpretazione evolutiva dell'art. 2744 c.c. Nell'ipotesi descritta manca infatti l'*automatismo* della vicenda traslativa che è tipico del patto commissorio. La riforma francese del 2006⁶¹, che ha visto abrogato il divieto del patto commissorio (artt. 2078 e 2088 *cod. civ.*, rispettivamente per il pegno e l'anticresi) e coniato due figure di alienazione in garanzia valide perché sorrette da un meccanismo di salvaguardia in caso di sperequazione (v. gli artt. 2348, 2459 e 2450, il primo per il pegno e gli altri due per l'ipoteca), offre *significativamente* uno spaccato disciplinare più moderno del patto commissorio. Minimizzarla, sostenendo che la *novitas* si è tradotta in una codificazione del patto marciano⁶², non coglie del tutto nel segno, se è vero che la novella, lungi dall'affiancare ad un patto commissorio illecito una convezione marciana valida, contempla viceversa una tecnica di riconversione *ex lege* del primo. Insomma, quando non via sia un problema di illegittimo arricchimento del creditore, è proprio il patto commissorio che dovrebbe cessare di mostrarsi *illecito*. Senza che l'argomento di una *par condicio creditorum* da preservare, perché l'alienazione ha l'effetto di sottrarre una *res*

⁵⁸ V. R. LENZI, *Il credito per l'accesso all'abitazione*, cit. p. 320.

⁵⁹ *Amplius*, in luogo di tanti, F.ANELLI, *Alienazione in funzione di garanzia*, cit. p. 460 ss.

⁶⁰ V. Cass. 14 settembre 2012, n. 15449, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 2063 ss.

⁶¹ V. *Ordonnance* n. 2006-346.

⁶² Come scrive BIANCA, *Le garanzie reali*, cit. p. 277. Ma v. le puntuali osservazioni critiche di N. CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, cit. p. 13, testo e nota 36.



dalla garanzia comune⁶³, possa fare da schermo ad una *tutela satisfattiva* del singolo interesse creditore.

4. Segue: l'effettività rimediale affievolita della tutela creditoria nel tempo presente: il contrappunto preminente dell'interesse familiare, la *Verwirkung* secondo il *mos italicum* ed il privilegio esecutivo della parte pubblica alla maniera di Corte costituzionale 186/2013. Il convitato di pietra dei *délais de grâce* secondo l'art. 1244 *cod. civ.*

Fatto affiorare il problema, più labilmente incerto, è destinato invece a rimanere l'altro interrogativo, ancora quasi tutto da sgrezzare, su quand'è che, prendendo spunto dal diritto applicato⁶⁴, l'estrema difficoltà o persino l'impossibilità di trovare degli acquirenti per degli immobili da eseguire nell'ambito di un Piano Integrato di Intervento, riesca ad atteggiarsi *ad effetto della crisi* anziché come una vicenda da imputare ad una negligente valutazione del costruttore. Discorrere di un debito tramutatosi da eccezione a regola significa, com'è intuitivo, riflettere anche sulla filigrana delle *regole di traslazione del rischio*: e propendere, come spesso si ritiene corretto, per un normale rischio d'impresa, innescante quella responsabilità patrimoniale che rimedia all'inadempimento, ha il valore di assottigliare molto l'efficienza esimente di una precarietà finanziaria *che sia conseguenza oggettiva della crisi economica*. Forse che, per evitare una vaghezza destinata altrimenti a sfociare in una grossolana indeterminatezza, il richiamo alla crisi economica quale esimente *che sospende* vale, nel segno di una *communis opinio* ancora solida, soltanto se la si lega a vicende puntuali ostantive all'adempimento per uno qualsiasi degli imprenditori che si trovassero ad operare nello specifico spicchio di mercato? Oppure, con un ragionamento molto accattivante perché ha dalla sua una lettera dell'art. 1256, c. 2 c.c. contemplante un'impossibilità carente di genitivo, è più proficuo valorizzare l'idea di un'impossibilità temporanea la quale, diversamente sia dalla *definitiva* che dalla *parziale*, sta non con la prestazione quanto

e piuttosto con l'adempimento?⁶⁵ La temporaneità dell'impossibilità, archiviata la frusta idea che ne fa una mera articolazione interna di quella definitiva, può invero ben leggersi come espressiva di una «regola di comportamento»⁶⁶ giustificante la mancata esecuzione: e se la si rapporta al fatto del *ritardo* nell'adempire, visto che quanto transitoriamente è impossibile rimane *ex lege* possibile da compiere, il senso dell'art. 1256, c. 2 cambia di spessore. *Se l'impossibilità è solo temporanea ... , finché essa perdura ...* diventa, in quest'ottica, la perifrastica di un onere della prova imputato al debitore, *responsabile* fino al limite dell'impossibilità oggettiva ma *irresponsabile* del ritardo nell'adempimento quando documenti la sopravvenienza di una vicenda impeditiva che, nonostante l'utilizzo della diligenza dovuta, funge da causa temporaneamente ostantiva al pagamento. Dunque un art. 1256, c. 2 rilevante alla stregua di una norma che fornisce un'istantanea del rapporto tra un fatto impeditivo transitorio e la *diligentia* del debitore, con un risultato applicativo di non poco momento: se lo sciopero, com'è pacifico in dottrina⁶⁷, esemplifica un caso di impossibilità temporanea che scaccia la responsabilità *ex art. 1218*, perché mai non dovrebbe qualificarsi come *sospensivo* dell'obbligo di adempire il blocco dei pagamenti della P.A., causa precipua se non unica dell'incapienza patrimoniale dell'imprenditore a sua volta debitore? L'illiquidità da crisi economica congiunturale, è vero, potrebbe non essere così transitoria: ma l'art. 1256, c. 2, viene facile replicarlo, siccome ipotizza un fatto impeditivo perdurante, *proietta l'irresponsabilità nel tempo*.

Sullo sfondo naturalmente, quale riflesso complementare di un principio di inesigibilità come limite dell'obbligazione in specie se pecuniaria, è destinata a stagliarsi la sagoma dell'abuso del diritto: per un'autorevole dottrina⁶⁸, il solo congegno tecnico, operante a mo' di contrappunto, idoneo a censire i casi nei quali il dissesto patrimoniale del debitore si possa dire *rilevante come se fosse incolpevole*.

Abuso, inadempimento di necessità, impossibilità temporanea di adempire, più che per loro, c'è da credere però che valgano soprattutto per quanto hanno di sottinteso: nella specie un *quid* da conden-

⁶³ A seguire l'impostazione che fu di F. CARNELUTTI, *Mutuo pignorazio e vendita di clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 146 ss. ed oggi torna nella pagina di L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit. p. 213 ss. In giurisprudenza v. Cass. 30 settembre 2013, n. 22314, in *Riv. not.* 2013, p. 1394 ss.

⁶⁴ V. TAR Milano Lombardia, sez. II, 21 maggio 2013, n. 1337, in *Foro amm.* TAR 2013, p. 1450.

⁶⁵ È quanto, cercando di sintetizzarne il pensiero, propone G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, cit. p. 309. Ma la suggestiva operazione intellettuale non è detto che si ritagli uno spazio di azione diverso da quello che, come si fa notare nel testo, già il principio di inesigibilità si mostra in grado di inglobare.

⁶⁶ Così G. GRISI, *op. ult. cit.* p. 310

⁶⁷ V., in luogo di tanti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 537.

⁶⁸ Si pronuncia per l'abuso del diritto, onde evitare un uso strumentalizzato della crisi economica quale esimente, A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. p. 33.

sare nella circostanza che una stagione dominata da un stato di debitore vestito sempre più coi panni della *dimensione subiettiva perdurante* deve di necessità sia *ingentilire* la carica coercitiva e profilattica dell'interesse creditorio che *infittire* il novero dei casi nei quali una gamma di interessi, del debitore o della collettività, va anteposta ad una situazione creditoria per riflesso spogliata in tutto o in parte dell'utilità attesa. Nella prima prospettiva, gli artt. 3 del D.L. 93/2008 (decreto Tremonti) ed 8, c. 6 della l. 106/2011, relativi *anche* all'obbligo di rinegoziazione dei mutui ipotecari per l'acquisto della prima casa, onde assicurare al mutuatario la riduzione e la stabilizzazione della rata per tutta la durata residua del mutuo, sono molto più di un sintomo di come stiano evolvendo le regole *di gioco* del rapporto obbligatorio. Nella seconda prospettiva invece, il disposto dell'art. 67 lett. L.F., laddove sottrae all'azione revocatoria i contratti di vendita od i preliminari trascritti ai sensi dell'art. 2645-*bis*, se abbiano ad oggetto immobili destinati a costituire l'*abitazione principale* dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, più delle eccezioni già contemplate negli artt. 46 e 47 L.F., testimonia come il valore della famiglia possa agire da fattore degradante o conculcante l'interesse creditorio. Tutto infatti si tiene: un perimetro più allargato dei casi nei quali *si inceppa* l'inefficacia dell'azione revocatoria fallimentare, *se* le liberalità del fallito risultano atti di disposizione compiuti in adempimento di un dovere morale o per uno scopo di pubblica utilità (art. 64 L.F.), non è forse un formidabile *atout*⁶⁹, a disposizione del debitore, attenuante la tutela del credito? Con un effetto moltiplicatore, naturalmente, nel caso dovesse optarsi per l'idea che vuole la suddetta preclusione estesa alla revocatoria ordinaria ex art. 66 quando sia acclarato che la liberalità, per es. al convivente *more uxorio* o al familiare, è proporzionata al patrimonio del donante (art. 64)⁷⁰. Non che il dato, in chiave di un dimidiato *favor creditoris*, sporga poi troppo: notoriamente nella disciplina delle crisi da sovraindebitamento, perché l'omologazione dell'accordo di composizio-

ne sia concessa, basta che l'intesa sia raggiunta coi creditori rappresentanti il 60% dei crediti, ancorché il suddetto accordo sia poi vincolante *per tutti* (art. 11, c. 2 l. 3/2012, nel testo riformato). Che allora la formula di un debito da eccezione fattosi regola voglia siglare la fine di una stagione che aveva visto gli interpreti protesi ad allargare le maglie della tutela giurisdizionale del credito onde assicurarle, si pensi alle classiche pagine di Rescigno⁷¹, il maggior grado possibile di effettività? Da due angolature diverse Cass. 23382/2013⁷² e Corte cost. 186/2013 mettono in evidenza *quanto* questa tutela si stia sfrangiando.

Nella prima la Cassazione, pur rieditando il classico argomento che il comportamento omissivo del creditore, protrattosi a lungo ma senza che sia maturato il termine di prescrizione non lo fa decadere dalla sua pretesa, è nitida ma non poi così *tranchant* nel rigettare l'istituto della *Verwinkung*: come già Cass. 5240/2004⁷³, non ipotizza –è vero– una rilevanza dell'affidamento ma per la ragione che la (possibile) tutela del debitore volontaristicamente passa per il medio obbligato di un'*inequivoca rinuncia tacita*. Sicché, di là dai *nomina* utilizzati, operativamente tutto il problema finisce per addensarsi nell'appurare se le corti, quando dibattono di un'inerzia creditoria affidante per la controparte, certificano il ricorrere di una rinuncia siffatta in modo rigoroso o blando.

Nella seconda, passata pressoché inosservata, la Corte costituzionale ha proceduto alla declaratoria di illegittimità dell'art. 1, c. 51 della l. 220/10 (come modificato dall'art. 17, c. 4 lett. E del d.l. 98/2011), una norma scopertamente *singolare* se è vero che, nelle Regioni commissariate perché assoggettate a piano di rientro per ingenti disavanzi sanitari, si contemplava un divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive, decretando nel contempo l'inefficacia retroattiva dei pignoramenti già effettuati nei confronti delle aziende sanitarie (locali o ospedaliere) debitorie. Palese la *ratio*, mantenere intatti i livelli di assistenza dei cittadini a tutela del loro diritto fondamentale alla salute (artt. 32 Cost.), non meno vistosa però l'ingiustificata *espropriazione* dei creditori, nella specie la massa delle imprese commerciali fornitrici munite di titoli giudiziali esecutivi divenuti nel frattempo inutili. La disposizione

⁶⁹ Nella misura in cui paralizza «il funzionamento dei mezzi di conservazione del patrimonio»: così F. ROSELLI, *La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi*, cit. 8.

⁷⁰ Si orientano in tal senso C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, p. 447; L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2010, 285, nt. 110 e, più di recente, A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1374 s. e p. 1401. Di contrario avviso G. SICCHIERO, *Azione sulla revocabilità del trust e dell'atto di destinazione, ovvero delle tesi scritte alla lavagna*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 18 ss., non a caso argomentando dall'esigenza di evitare la pretermisione dell'interesse creditorio.

⁷¹ V. *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 181 s. e 184 s. Una fine indagine sui riflessi giuslavoristici di questa *crisi* di una tutela ottimale del credito, col dilagare di rimedi risarcitori, si incontra nello scritto di ROSELLI, *La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi*, cit. § 5.

⁷² V. Cass. 15 ottobre 2013, n. 23382, consultabile per esteso in www.dejure.it.

⁷³ V. Cass. 15 marzo 2004, n. 5240, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2179 ss.



de qua è stata ritenuta illegittima per violazione degli artt. 24 e 111 Cost., giacché da oltre un triennio i creditori non potevano iniziare o proseguire azioni esecutive nel frattempo estintesi, ma la riscoperta di un *primato* del credito è assai meno incontrastata di quello che in apparenza potrebbe sembrare. Al legislatore, osserva la Corte, è *consentito* dettare norme contemplanti l'inammissibilità o l'improcedibilità delle azioni esecutive, con l'effetto di differirle nel tempo, tanto rispetto a singoli e specifici beni quanto in ordine all'intero patrimonio del debitore. Se non fosse che l'eccezionale ragione contingente dev'esser supportata da *due* condizioni, un ristretto periodo temporale (mentre nella specie la proroga della sospensione eccedeva il triennio) e la coeva previsione, a guisa di contrappunto, di misure alternative all'esecuzione giudiziale idonee a garantire i creditori insoddisfatti, secondo lo schema per es. di un'unica procedura concorsuale nella quale canalizzare *tutte* le azioni individuali. Insomma, il *privilegio* del debitore pubblico, perché tale è un'*immunità* dagli effetti di una condanna al pagamento, vince sulla libertà di iniziativa economica privata nonostante l'art. 41 Cost. ed una stringente normativa europea -di armonizzazione massima- sanzionante i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (dir. 2011/7 UE)⁷⁴. L'illegittimità dell'art. 1, c. 1 l. 220/2010 si deve infatti *unicamente* alla circostanza che l'impignorabilità patrimoniale delle aziende sanitarie, soggette ad una speciale procedura di risanamento, era stata foggata -nella specie- come piena ed incondizionata, non trovando un qualche correttivo a tutela dei creditori precedenti. Il che porta a fare riemergere quel *bilanciamento* tra credito e debito, non a caso già tutto condensato nelle motivazioni complementari delle decisioni 155/2004 (sulla normativa di proroga della sospensione in materia di sfratti), 277/2012 e 364/2007 (ambidue sull'inefficacia degli atti di esecuzione promossi contro degli enti pubblici debitori)⁷⁵: tutti e tre arresti emblematicamente richiamati da una Corte sempre più indirizzata -parrebbe- a distinguere *tra statuti creditori differenziati* in ragione del coefficiente assiologico costituzionale per volta per volta incorporato.

Ancora però, pur con una Corte costituzionale tollerante la reiterata inibizione *ex lege* dell'esecuzione forzata avverso dei debiti scaduti, difetta la tessera che, completando il mosaico, potrebbe indurre a discorrere con sollecita nettezza di

un diritto vivente imbevuto ormai di una «forte carica ideologica filodebitoria»⁷⁶: all'appello infatti manca il titolo che solitamente giustifica il doppio effetto collaterale di una sospensione sia delle procedure esecutive che delle penalità dovute a motivo del ritardo, quei *délais de grâce* si vuol dire che il diritto comune francese, affiancato da un nugolo di previsioni speciali spesso più favorevoli al singolo debitore, annovera negli artt. 1244-1 - 1244-3 *cod. civ.* Nella nuova versione, introdotta dalla *Loi* n. 91/650, il giudice, su istanza del debitore ma anche officiosamente, *può* dilazionare il pagamento dell'intera somma così come disporre la rateizzazione seppure nel termine massimo di un biennio, ridurre l'ammontare degli interessi convenzionali ad un tasso non inferiore a quello legale e, in deroga al principio generale dell'art. 1254 *cod. civ.*, disporre che il pagamento degli interessi sia imputato in conto capitale⁷⁷: dopodiché, se così è, non ci vuole molto a comprendere che un giudice legittimato ad intervenire sull'obbligazione di interessi in realtà *riduce* il debito, visto che nel periodo di grazia non si produrranno interessi o almeno non allo stesso tasso. Quale sia la *ratio* di un intervento giudiziale, la cui concretizzazione casistica viene per legge affidata al medio della *situazione del debitore* ed in *considerazione dei bisogni del creditore* (art. 1244-1, c. 1), è tuttora alquanto controverso: il *τόπος* delle Corti è un debitore, vittima delle contingenze, che non versi in una situazione di grave dissesto, meritevole per ciò stesso di tutela al cospetto di un creditore al quale non si può invece imputare un *sacrificio* che sia *eccessivo*. Torna così l'idea di un bilanciamento degli interessi, nell'ottica del canone pretorio di un «debitore sfortunato e di buona fede»⁷⁸: anche se qui conta di più però mettere in risalto che quanto il debitore non è ammesso a fare, costringere cioè il creditore ad accettare un pagamento parziale ov'anche il debito sia divisibile (art. 1181 c.c. ed art. 1244 *cod. civ.*), si ammette che possa farlo motivatamente il giudice, insignito di una funzione correttiva di tipo premiale, quale che sia la natura del debito⁷⁹, sul presupposto che il debitore sia in condizione di porre in essere atti idonei a facilitare od a garantire il pagamento al creditore (art. 1244-1, c. 3). Insomma il termine giudiziale di grazia *accompagna* l'adempimento più di quanto non farebbe una tempestiva esecuzione forzata: tanto è vero che la sequenza degli artt. 1244-1 - 1244-3 è reputata di

⁷⁴ Sulla quale sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento al tempo della crisi: note sparse*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2013, p. 265 ss.

⁷⁵ V., rispettivamente, C. cost., 28 maggio 2004, n. 155, 7 novembre 2007, n. 364 e 5 dicembre 2012, n. 277, tutte consultabili per esteso in www.dejure.it

⁷⁶ L'espressione è di A.D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti*, cit. p. 295.

⁷⁷ Per tutti, l'ampio lavoro critico di A. SÉRIAUX, *Réflexions sur les délais de grâce*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, pp. 790 ss.

⁷⁸ Cfr. A.D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti*, cit. p. 299.

⁷⁹ Eccetto, evidentemente, quelli alimentari (art. 1244-1, c. 3).

ordine pubblico, col risultato che ogni pattuizione contraria, che mirasse ad escluderne in tutto od in parte l'applicazione, incapperà nella sanzione dell'essere *réputée non écrite* (art. 1244-3). Che, allora, sia la Francia il contesto ove la parabola di un debito fattosi regola trova la sua acme? Anche se, per poco che uno rifletta, non sfuggirà il parallelismo instaurabile tra questo canovaccio normativo e l'idea, richiamata poc'anzi, di un art. 1256, c. 2 c.c. che rimette al giudice il vaglio sull'esistenza di un'impossibilità temporanea sopravvenuta. Gli è infatti che, nel momento in cui fissa il *dies ad quem* della sospensione, implicitamente questo giudice temporalizza il *dies a quo* a partire dal quale, decorsa la durata dell'impossibilità, l'adempimento torna esigibile.

Se si dovesse ragionare così, quella che si continua ad etichettare come la "disgrazia" dei termini in Italia⁸⁰, andrebbe considerata come una notazione tutta da ripensare.

5. Terzo significato (in due contesti apparentemente lontani): il mutuo fondiario con causa solutoria (cioè di una metamorfosi convenzionale del debito originario), la saga del *trust* liquidativo (e dintorni).

Il terzo: la riscoperta degli imperativi di sistema, nell'ottica di una normativa del tipo contrattuale che giochi a protezione dell'eguale diritto dei creditori di venire soddisfatti sui beni dell'obligato allorché uno di loro sia riuscito a confezionare un'*illegittima causa di prelazione* (art. 2741, c. 1 c.c.). La vicenda dei mutui fondiari provvisti di una *causa solvendi*, perché stipulati al *solo scopo* di estinguere dei debiti pregressi già scaduti, è sintomatica di come un'interpretazione orientata al tipo (*typengereche Auslegung*) possa operare protettivamente ogni qual volta, per il tramite di un'operazione negoziale che ha la veste del *collegamento negoziale con funzione solutoria*, un creditore si trovi ad invocare un regime di trattamento premiale palesemente in danno o in frode di tutti gli altri⁸¹. L'idea è che, se il contratto di finanziamento sottoscritto non annovera uno o più degli elementi qualificanti il tipo legale, sia un

problema non di *derogabilità* ma di *mancata conformità* ad uno standard normativo.

Se si sta infatti alla migliore dottrina, l'alternativa derogabilità/inderogabilità è mal posta ogni qual volta l'utilizzo di una figura avvenga obliterando uno o più dei tratti caratteristici che valgono a *qualificare* un certo tipo contrattuale. Gli è, invece, che le norme descrittive una fattispecie astratta rappresentano in realtà un *tertium genus*, governato da una logica di «dentro o fuori»: o il regolamento è riducibile alla fattispecie ... oppure non lo è⁸², sicché ragionare in termini di *deroga* per ciò che viceversa merita un altro appellativo, tipico od atipico che questo poi sia, sarebbe inconferente, se è vero che il derogare suppone prima di tutto che *quel* contratto *risulti* intanto sussumibile nel tipo individuato dalla legge. Riferito all'art. 38 t. un. bancario, un siffatto ragionamento implica che *non c'è un mutuo fondiario*, con una preclusione perciò a che si abbia quel *favor* per il mutuante falciante tutti gli altri creditori, se il finanziamento, anziché a presidio di un imprenditore in difficoltà onde rendere possibili quei processi di ristrutturazione aziendale impraticabili senza una robusta iniezione di nuova liquidità, serve *soltanto* ad estinguere dei debiti contratti con l'istituto mutuante espropriando nel contempo gli altri creditori⁸³. Non è, come potrebbe facilmente equivocarsi, un problema di causa concreta o di mutuo di scopo⁸⁴: più semplicemente, se il mutuante *svuota* o *deforma* quel che contenutisticamente identifica la fondiarietà di un finanziamento, non si può fare questione di un credito garantito da un'ipoteca di primo grado che si consolida in dieci giorni e che, nel contempo, va per di più immune dal rischio della revocatoria ex art. 67 l. fall. Deve tornare a valere la considerazione che una qualificazione convenzionale *perde* sulla diversa tipicità di questo o quel finanziamento perché la libertà di determinare il contenuto di un contratto tipico è pur

⁸² Il rilievo è in P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 288, nota 104. Come nota G. D'AMICO, *La categoria dei contratti reali "atipici"*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, I, p. 354, l'attributo comune della normalità non impedisce di evidenziare che, diversamente dalle norme dispositive, quelle preposte alla qualificazione dei tipi hanno la funzione di «individuare la *species facti*».

⁸³ Di solito infatti questi tipi di contratto contemplano la clausola di conferimento alla banca di un mandato irrevocabile al pagamento: di talché la liquidazione della rata in scadenza del debito pregresso avviene, secondo il piano di ammortamento, con la provvista del nuovo mutuo. Sulla questione sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *Contratti* 2014, p. 439 ss.

⁸⁴ Che infatti la giurisprudenza, mettendo a raffronto il mutuo fondiario con quello edilizio, correttamente esclude abbia a delinearli nelle fattispecie *de quibus*: v., in luogo di tante, Cass. 27 dicembre 2013, n. 28662, in *Contratti*, 2014, p. 439 ss.

⁸⁰ Così A.D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti*, cit. p. 307 ss.

⁸¹ Per una più diffusa disamina della vischiosissima questione ci sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 T.U.B. ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *Contratti*, 2014, 439 ss. ed ivi anche l'elegante commento di D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, ivi, 450 ss.



sempre riconosciuta, ai sensi dell'art. 1322, c. 1, «nei limiti imposti dalla legge»⁸⁵.

Allo stato dottrina e la giurisprudenza si stanno vivacemente dividendo sulla qualificazione del limite massimo di finanziabilità, se debba valere come una regola di responsabilità anziché di validità, donde poi la corrente esclusione di una nullità, totale o parziale, del contratto di mutuo che abbia ad oggetto un finanziamento oltrepassante la soglia dell'80%⁸⁶. La sensazione però è che il problema, così declinato, siccome il suddetto limite è pur sempre un *prius* che soddisfa apertamente il criterio di legalità di cui all'art. 1418, c. 3 c.c., finisca per sviare l'interprete. Se infatti, com'è ormai costume, il contratto di c.d. mutuo fondiario fa da titolo per il pagamento dell'esposizione pregressa con la provvista erogata nel conto corrente del mutuatario ex art. 1723, c. 2 c.c., si ha che il superamento del limite di finanziabilità, sommandosi nuovo e vecchio debito, da variabile finisce *de facto* per diventare una costante *in re ipsa*.. Ed allora, senza tante perifrastiche, andrebbe piuttosto evidenziato, nell'ordine:

- a) *Nulla quaestio* sulla circostanza che il superamento della soglia di finanziabilità possa integrare la violazione di una regola di comportamento senza chiamare in causa la *struttura* del contratto. Il fatto che l'art. 38 dia corpo alla tutela di un interesse generale, per la Cassazione quello alla stabilità patrimoniale del sistema bancario, non implica che meccanicisticamente debba profilarsi una questione di invalidità. Il canone del minimo mezzo⁸⁷, tecnica largamente sperimentata dalle Corti per raffinare ulteriormente l'ambito di operatività dell'art. 1418, c. 1 primo cpv. quand'anche venga in gioco un interesse colorato di una valenza pubblica, ha proprio come primo effetto di deselezionare la conseguenza della nullità

⁸⁵ V. già C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978, p. 500, (se le parti «hanno inteso riversare il loro accordo in una delle forme previste dalla legge», rinunciando così a «correre l'avventura dei contratti "che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare"», cui fa riferimento l'art. 1322, comma 2, esse non possono stravolgere il tipo prescelto»).

⁸⁶ V. Cass. 28 novembre 2012, n. 26672, in *www.dejure.it* e, per una serrata critica, ampiamente corredata dei necessari riferimenti dottrinali e giuri prudenziali, v. lo scritto di L. BALESTRA, *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione*, in *Fall.*, 2014, p. 410 ss.

⁸⁷ Per tutti i riferimenti, in luogo di tanti, le classiche pagine di G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 446, di G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 130 e di G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, *Enc. dir.*, *Annali IV*, 2011, p. 822 s.

se la contravvenzione alla norma imperativa può venire dissuasivamente neutralizzata con un altro genere di sanzione. Epperò si dovrà trattare di un *altro rimedio* che sia appropriato, nel senso di una sanzione che possa presentarsi almeno come «sufficiente al conseguimento dello scopo della norma imperativa violata»⁸⁸: in caso contrario, ed un mutuo fondiario *contra legem* sembra esattamente mimare il genere di fattispecie in parola, questa *diversa sanzione* finisce per tramutarsi in una regola di *responsabilità virtuale*⁸⁹.

- b) Non meno evidente è che, *in concreto*, l'uso a fini solutori dell'art. 38 è destinato a posizionare il mutuo fondiario in un contesto punteggiato da una selva di *interessi creditori concorrenti*. Pensare perciò che la legge abbia coniato una deroga tanto vistosa al principio della *par condicio creditorum* senza che la banca preferita, pur disapplicando il comma 2, nulla o molto poco abbia a soffrirne, sinceramente carica il discorso di un tasso di vischiosità che lo fa apparire lasco. E, sulla premessa di una *typengereche Auslegung*, l'irragionevolezza è neutralizzabile escludendo che il finanziamento erogato *sia retto* dalle norme speciali governanti la fattispecie di cui agli artt. 38 e ss. t. un. bancario. Donde l'operare, a tacer d'altro, della revocatoria⁹⁰.
- c) della fondiarietà qui, d'altra parte, si ha soltanto il *nomen*. L'impiego dell'art. 38 a fini c.d. di consolidamento ha infatti la *peculiarità* che il *debito originario non nasce come fondiario*: lo si fa diventare tale *novando* il titolo dell'operazione. Il «vizio» dell'80% vuole, in realtà, far trasparire l'incongruenza di questa operazione novativa ex art. 1230, c. 1 c.c. All'evidenza, la tecnica del collegamento negoziale fa così da schermo alla circostanza che qui manca del tutto una *contestualità* tra il rilascio del finanziamento e la concessione dell'ipoteca. Quel che davvero si ha è piuttosto una *metamorfosi*: perché ad un credito insufficientemente garantito se ne sostituisce un altro, coperto per l'intero e *cum privilegio*!

⁸⁸ Così G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit. p. 823 (c. vo aggiunto).

⁸⁹ L'ossimoro, evidentemente, intende alludere alla circostanza che la sanzione, se non è dissuasiva, finisce per innescare un *premio* a favore di quell'istituto di credito che si è reso artefice della violazione. Si pensi, a mo' di *exemplum*, alla speciale disciplina del procedimento esecutivo ex art. 41 T.U.B. *Amplius* v. S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, cit. p. 445 ss.

⁹⁰ Come fa incisivamente notare G. D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, in *Contratti*, 2014, p. 450 ss.

Se così stanno le cose, il senso utile che formule come quella di un debito trasformatosi da eccezione a regola sono in grado di evocare, sembra concentrarsi tutto nel rilievo secondo cui il rimedio di una contrattualizzazione preventiva dell'incapienza patrimoniale del debitore è sottratto alla disponibilità delle parti. Quando il debito è d'impresa, pur nella prospettiva di un'interpretazione aggiornata dell'art. 2740 c.c., c'è un criterio di legalità che impronta la regola di governo dello squilibrio patrimoniale nei termini di una «gestione collettiva della responsabilità patrimoniale» del mutuatario fallito⁹¹. La contrattualizzazione preventiva con effetti *erga omnes* avrebbe l'effetto di un'espunzione che *autonomizza* il singolo credito, quando questo tutt'al contrario ha una rilevanza vincolata che non può fuoriuscire dal perimetro dell'art. 52 l. fall. È come se, secondo la versione di un *contrattualismo* quasi in purezza, ammettendo questa fondiarietà di risulta, si riconoscesse che i creditori possono pattiziamente foggia- re «in anticipo le regole da applicare in caso di fallimento del debitore»⁹². Dove poi creditore è sostantivo da declinare direzionalmente, nel senso di quel creditore che sia provvisto del maggior *contractual power*. Certo, quel che alle parti sembra consentito, se si abbandona l'idea tradizionale di un art. 2740, c. 2 come una norma denegativa di qualsiasi parcel- lazione volontaria dell'oggetto della responsabilità⁹³, è pattuire una limitazione della stessa a singoli cespiti patrimoniali del debitore, espressamente indicati: una lettura aggiornata dell'art. 2740, c. 2, quale «norma di chiusura di un sistema votato al principio di tipicità degli atti opponibili ai terzi e non come una norma imperativa ispirata all'esigenza della tutela del credito»⁹⁴, consente senz'altro di *immunizzare dalla nullità* quei patti coi quali, lungi dal formalizzare una vicenda dismissiva/rinunziativa dell'azione esecutiva, il creditore assai più semplicemente dispone del proprio diritto alla garanzia generica, restringendo per conseguenza «l'oggetto potenziale della responsabilità patrimoniale»⁹⁵. Dunque non un patto costitutivo di un'obbligazione negativa la quale, se violata dal creditore che aggredisse beni diversi da quelli con- venuti, funga da esclusiva causa di risarcimento

⁹¹ Così A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit. p. 35.

⁹² V., con una notazione che ben si attaglia alla fattispecie descritta, G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, cit. p. 24 s. (ove poi anche il rilievo che si tratterebbe del conio convenzionale di «una ... futura situazione di privilegio nella liquidazione del patrimonio del debitore insolvente).

⁹³ V. *supra* § 3, testo e note nn. 28 – 30.

⁹⁴ Così, nell'ambito di una serrata rivisitazione del problema, G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit. p. 175.

⁹⁵ Cfr. G. ROJAS ELGUETA, *op. ult. cit.* p. 182.

danni: piuttosto un atto parzialmente ablativo in senso stretto di quella situazione potestativa che si trova iscritta nel corpo dell'art. 2740, c. 1 c.c.. Epperò, non v'è chi non lo veda, una convenzione che sí parcellizzi la responsabilità debitoria ma corre- dandola di una sola efficacia *inter partes*, è esatta- mente l'opposto di ciò che, nel caso di mutuo fon- diario, interessa al mutuante.

Il debito da eccezione a regola evoca così una dimensione *esterna* al rapporto mutuatario – mutu- ante, a presidio delle ragioni dell'intero ceto credi- torio. Un mutuo fondiario solutorio e superante la soglia di finanziabilità, scopertamente viola infatti l'imperativo di sistema di cui al disposto dell'art. 2741 c.c. È un mutuo che, pur scongiurando un'esecuzione forzata imminente, soltanto in modo molto lato ed obliquo si può dire a sostegno dell'attività d'impresa. E se così è, si sgretola se non si sbriciola pure quella meritevolezza sociale, affiorata nella motivazione della Corte costituziona- le del 2004⁹⁶, che aveva provato a (ri)legittimare in qualche maniera la figura *de qua*.

Autonomia privata e *par condicio creditorum* si muovono su di un terreno accidentato e dai confini mobili, ma senza che ciò legittimi delle inconsulte fughe in avanti: altrimenti dovrebbe riconoscersi validità, quando invece è nullo ai sensi dell'art. 1418, c. 2 c.c. se non prima ancora inesistente per- ché non riconoscibile *ex lege* (art. 13 Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985), a quel *trust* liquidatorio che, in presenza di uno stato di insolvenza del di- sponente, sia stato costituito al deliberato scopo di eludere la disciplina concorsuale.

Vero che non *una qualsiasi* forma di segregazio- ne dell'intero patrimonio aziendale potrà dirsi vieta- ta: sennonché un *trust* endoconcorsuale (quale va- riabile negoziale di questa o quella vicenda concor- data per la risoluzione della crisi d'impresa) nulla ha a che spartire con fattispecie nelle quali lo scopo perseguito, *impedendo in realtà lo spossessamento del debitore insolvente*, è quello di «sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni con le norme imperative concorsuali»⁹⁷, rimettendo così per intero la liquidazione dell'attivo patrimoniale alla discrezionalità del *trustee*. Il che, non v'è chi non lo veda, abbozza una situazione che risulta essere l'esatto contrario di una *liquidazione vigilata* ad opera di un curatore. Al termine di una corposa motivazione, Cass. 10105/2014 lo mette, per la verità, ben in evidenza: siccome l'amministrazione dell'azienda sociale trasferita in *trust* è insindacabilmente sottratta al controllo dei

⁹⁶ V. C. Cost., 22 gennaio 2004, n. 175, in *Fall.*, 2004, 864 ss. ed in *Giur. cost.*, 2004, 1797 ss.

⁹⁷ Così Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, consultabile per esteso in www.dejure.it



creditori, sicché la loro qualifica di beneficiari non li rende in alcun modo partecipi al programma di gestione liquidativa del patrimonio, il *trust* anticorsuale finisce per essere null'altro che un modo per eludere una disciplina pubblicistica di *ordine pubblico*. E tanto basta per *limitare* un'autonomia privata che verrebbe così a compiere un atto istitutivo di tipo segregativo nonostante l'insolvenza sia *preesistente*.

La sentenza non lo dice, perché la fattispecie decedenda era diversa, ma pure un *trust* c.d. anticipatorio degli effetti di cui all'art. 168 l. fall., dunque in sede di concordato preventivo, non è che di per sé vada immune da abusi: il *concordato in bianco* – è vero – ha l'effetto di proteggere l'imprenditore, impegnato nelle trattative con i creditori in vista di un accordo di ristrutturazione oppure per la predisposizione della proposta di concordato preventivo, dalle azioni esecutive interinali avviate dai creditori non ricompresi nel *quorum* del 60%. Epperò il *trust* anticipatorio arretra ancora di più questo effetto di protezione, col risultato di una *nullità* che rimonta se non fosse contemplata la variabile di un caducarsi dello stesso ove il futuro concordato non dovesse ricevere un'omologazione. Ed discorso si ripete, con una nullità ad incombere sullo sfondo, per il *trust* con funzione liquidatoria dell'attivo ovvero di prosecuzione dell'attività aziendale perché, se è vero che qui il *trustee* liquida i beni assegnatigli e col ricavato paga i creditori in conformità a quanto previsto dal piano concordatario, non è men vero che il tutto sarà sempre risolutivamente condizionato al passaggio in giudicato dell'omologa del concordato preventivo. Di nuovo *regole di gioco* e non, come qualche decisione di merito si è avveduta per tempo⁹⁸, *gioco delle regole*⁹⁹.

Insomma, i piani di risanamento attestati (art. 67, c. 3, lett. d) l. fall.), il concordato e gli accordi di ristrutturazione (art. 67, c. 3, lett. e) l. fall.), la previsione di un trattamento differenziato fra creditori appartenenti a classi diverse, possibile nelle proposte di concordato fallimentare e preventivo ai sensi degli artt. 124, c. 2 lett. b) e 160, c. 2 lett. d) l. fall., sono tutte situazioni senza dubbio disegnanti un quadro espressivo di una modulata *interazione convenzionale* tra debito e patrimonio: e, in seno a questa cornice, il *trust* liquidatorio, se corredato da clausole che ne evidenzino la finalizzazione all'esclusivo interesse del ceto creditorio, può porsi come una *valida* alternativa a procedure legali *concordate*. Epperò l'autonomia privata non può sostituirsi ad una procedura concorsuale retta da norme

imperative che assicurano, diversamente dal *trust*, la *par condicio creditorum* in una logica di controllo giudiziale e di potere partecipativo del ceto creditorio. Il *trust*, sintomatico quello costituito con i beni di un terzo a garanzia dell'adempimento del piano¹⁰⁰, può *affiancarsi* al concordato preventivo oppure lo si può utilmente sperimentare in vista di una chiusura anticipata del fallimento, nell'accezione allora di una modalità extraconcorsuale di liquidazione e riparto dei beni dell'imprenditore fallito «così come accertato secondo le regole della legge fallimentare, affidata al *trustee* [ed] avente come beneficiari i creditori già concorsuali»¹⁰¹. In soccorso, al riguardo, viene il disposto dell'art. 106 l. fall., se è vero che è facoltà del curatore fallimentare cedere i crediti, compresi quelli fiscali e futuri, oggetto di contestazione al pari delle azioni revocatorie concorsuali i cui giudizi siano pendenti. Il comma 2 gli riconosce d'altra parte pure il potere, *in alternativa* alla cessione, di concludere contratti di mandato per la riscossione dei suddetti crediti. Ma il canone del *distingue frequenter* rimane, piaccia o no, la bussola: *nulla quaestio* infatti sulla circostanza che il curatore fallimentare possa aderire all'istanza di conferire in *trust* (l'ingente) somma di denaro recuperata in seguito all'esercizio di un'azione revocatoria, istanza avanzata dall'istituto di credito soccombente in primo grado nelle more del giudizio di impugnazione¹⁰². Niente, in un contesto siffatto, sembra invero ostare alla previsione di un *trust* avente ad oggetto le somme liquidate giudizialmente, vincolandole fino alla sentenza d'appello salvo un precedente accordo transattivo, con una loro destinazione ai creditori concorsuali nel modo che verrà poi stabilito dal giudice di seconde cure. Non si potrà dire lo stesso invece per il *trust* che venisse costituito non appena sia stato dichiarato esecutivo lo stato passivo, conferendogli di rimando tutti i cespiti seppure questi siano destinati ai creditori concor-

¹⁰⁰ V. Trib. Napoli, 12 marzo 2009, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 76 ss.e, prima ancora, Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Riv. not.*, 2005, p. 858 (ove in *trust* vengono costituiti i beni di un terzo in vista di addivenire a quella quota aggiuntiva, rispetto al *quantum* ottenuto con la liquidazione dei beni della società concordataria, necessaria per realizzare la percentuale concordataria).

¹⁰¹ Così C. CAVALLINI, *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 1093. In giurisprudenza, seppure con le cautele che si espongono nel testo, v. Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 206 ss.

¹⁰² V. Trib. Prato, 12 luglio 2006, in *La giurisprudenza italiana sui trust*, a cura di Lupoi, Milano, 2009³, p. 294 ss. Non diversamente, sempre spigolando tra le più significative applicazioni giurisprudenziali, nel caso di un *trust* costituito allo scopo di recuperare dei crediti d'imposta si maturati durante la procedura epperò destinati a divenire esigibili soltanto dopo la chiusura del fallimento (v. Trib. Roma, 3 aprile 2004, in *Fall.*, 2004, p. 101 ss.).

⁹⁸ V. Trib. Ravenna, 4 aprile 2013, in *Ifallimentarista.it* e Trib. Chieti, 14 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*

⁹⁹ Il *calembour*, com'è di tutta evidenza, vuole riprendere lo scritto di G. ROSSI citato nella nota n. 1.

suali, secondo l'ordine di graduazione, nella loro qualità di beneficiari¹⁰³. Tutte le attività di liquidazione e di distribuzione del ricavato, nell'ipotesi sunteggiata, saranno infatti rette non dalla *normativa di legge ma dalla lex del trust*, con una cessazione degli organi fallimentari, perché il fallimento è stato anticipatamente chiuso, sostituiti da un *Trustee* pienamente legittimato ad agire come un curatore ... senza esserlo. Il che, nella misura in cui mima la fattispecie dalla quale si è presso le mosse, fa vedere quanto sia facile che lo strumento *trust* si presti rapidamente a cambiare pelle, trasformandosi in un mezzo di patente elusione delle norme imperative fallimentari.

6. Quarto significato: la stagione (al termine?) dei derivati degli enti pubblici.

Il richiamo agli imperativi di sistema, segnatamente ad una riscoperta dell'art. 1418, c. 1 c.c.¹⁰⁴, si mostra indispensabile anche come capitolo della *vetata questio* relativa ai derivati stipulati dagli enti pubblici. Tema, come si sa, vischioso nel quale si affollano una pluralità di questioni concorrenti: l'annullamento in autotutela ex art. 21-*nonies* l. 241/1990, sull'assunto che il provvedimento di affidamento della ristrutturazione del debito sia illegittimo perché adottato contravvenendo al principio di convenienza economica di cui al combinato disposto degli artt. 41 (l. 448/2001) e 3 (circolare Ministeriale del 27/5/2004), con a farle da inevitabile contrappunto la forza di legge del contratto ex art. 1372 c.c.; di seguito, l'obbligo della P.A., a tutela dell'interesse pubblico, di rivalutare la convenienza economica del contratto ed il suo opposto rappresentato dall'affidamento dell'intermediario sulla corretta esecuzione di un contratto pendente; la difficile, per finire, *actio finium regundorum*, decisiva ai fini del riparto di giurisdizione¹⁰⁵, tra vizi del procedimento e quelli del contratto, con un'autotutela che, almeno secondo l'indirizzo corrente, è da escludere se, al momento della scelta dell'intermediario, non era stata bandita una gara ad evidenza pubblica. Un vero e proprio groviglio di questioni speciose, dunque.

¹⁰³ Tutti i riferimenti del caso in P. G. DEMARCHI, *Il trust postfallimentare e l'apparente chiusura del fallimento*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 741 ss.

¹⁰⁴ V., per tutti, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 983.

¹⁰⁵ La questione è stata per altro rimessa all'A.P. del Consiglio di Stato, da CdS., 14 ottobre 2013, n. 4998, in *www.dejure.it*

Allo stato, il dato è talmente noto che non serve più di un cenno¹⁰⁶, la nozione puramente descrittiva di causa in concreto è l'artificio tecnico col quale le Corti provvedono a tutelare ablativamente il sottoscrittore di un IRS rivelatosi, per la presenza di costi imprevisti, diverso da quello stipulato. Vero che il derivato è una scommessa legalmente autorizzata e vero pure che un'alea vicendevole o bilaterale funge da sua causa. Questa alea, come di recente ha sentenziato la Corte d'appello di Milano¹⁰⁷, «deve essere [però] razionale per entrambi gli scommettitori»: e tale è soltanto quella di cui l'investitore abbia piena contezza, nel senso che si dovrà profilare una situazione nella quale «tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa derivano ... [siano] definiti e conosciuti *ex ante*, con certezza». Ergo, con un ragionamento che descrittivamente non fa una grinza, siccome i c.d. costi impliciti e gli scenari probabilistici sono parte dell'alea, ove l'intermediario non abbia espressamente provveduto ad esplicitarli, il contratto sarà nullo perché questa opacità compromette la razionalità del contratto. Sintetizzando il discorso, è come se questa opacità, incidendo sull'alea che l'investitore assume, vanificasse lo scopo pratico del contratto¹⁰⁸. Donde una nullità ex art. 1418, c. 2, delineandosi per le Corti un caso di difetto in concreto della causa. A chi sembrasse distonico che sia consentito invocare un difetto di causa per ovviare ad uno *squilibrio unilaterale* del sinallagma, si potrà sempre opporre che la nullità per mancanza di causa *operativamente* si atteggia, in realtà, a nullità relativa in quanto trattasi di una comminatoria che mappa sì le ipotesi includenti fatti che minano il sinallagma ma sempre in danno di una delle parti¹⁰⁹. Niente di anomalo, dunque, sotto questo profilo: semplicemente una nullità assoluta che si comporta *come se* fosse relativa.

Viene da chiedersi però, con specifico riguardo al caso dell'investitore pubblico, se già il disposto dell'art. 1418, c. 1 c.c. non potrebbe utilmente governare certe ipotesi di *squilibrio* allorquando quel che in realtà finisce per registrarsi è una situazione nella quale il contratto di finanza aggregata, lungi dal servire ad una riduzione dell'indebitamento, contravviene all'imperativo della convenienza eco-

¹⁰⁶ Per tutti i riferimenti v. il volume collettaneo, a cura di D. MAFFEIS, *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014, p. 33 ss., p. 91 ss. e p. 211 ss.

¹⁰⁷ V. App. Milano, sez. I, 18 settembre 2013, n. 2349, in *Contratti*, 2014, p. 213 ss.

¹⁰⁸ È questo l'avviso, facendo il punto sulla questione, di G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1202.

¹⁰⁹ La configurazione della nullità per mancanza di causa come una previsione «ispirata ad una *ratio* privata», secondo «il paradigma delle nullità relative», si legge in V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 708.



nómica ex art. 1, c. 136 della legge finanziaria del 2005. Dunque una nullità per contrarietà ad una norma inderogabile perché il parametro della convenienza economica è a tutela di quell'interesse generale che l'ente locale è preposto a curare, donde il divieto di stipulare contratti derivati che non siano di copertura. Un divieto che l'art. 1, c. 572, l. 147/2013 –legge di stabilità del 2014- ha amplificato, se è vero che la preclusione per gli enti territoriali di ricorrere alla finanza derivata è stata resa permanente, salve le eccezioni espressamente consentite dalla legge. Delle eccezioni che, per il fatto di ammettere le sole ristrutturazioni dei derivati esistenti volte a mantenere una corrispondenza tra passività rinegoziate e la collegata operazione di copertura, sembrano comporre un quadro dove la distinzione tra destinazione di fondi costituzionalmente doverose (artt. 2, 31-35, 38, 44 e 47 Cost.) ed altre soltanto consentite (artt. 41 e 42 Cost.) fa da parametro ad un utilizzo delle risorse pubbliche secondo modalità idonee a rafforzare la coesione sociale.

Richiamare la formula di un debito che da eccezione si è fatto regola potrebbe allora qui servire a demarcare le fattispecie nelle quali non c'è una meritevolezza dell'interesse perseguito ex art. 1322, c. 2 c.c.¹¹⁰: con l'art. 1418, c. 1 che prende il posto di quell'annullamento in autotutela il quale, se si sta all'ultimo TAR Piemonte¹¹¹, è precluso quando la stipula non è stata preceduta da un procedimento di evidenza pubblica con annesso atto di aggiudicazione.

7. Epilogo: *credit crunch* e merito creditizio. I molteplici fattori di restrizione del credito ed un finanziamento all'impresa che latita.

Notoriamente la stagione economica attuale è dominata da una situazione di *credit crunch*, con una accresciuta selettività dei criteri che presiedono all'erogazione di un qualsiasi finanziamento: e visto che una strategia bancaria di restrizione del credito penalizza principalmente quelle PMI che non vantano forme alternative di accesso al credito, si potrebbe utilizzare l'argomento del debito divenuto *una regola* per censurare politiche di mercato moltiplicanti le fattispecie di esclusione di questa o quella classe di clientela dal circuito creditizio.

Vero, epperò una critica siffatta regge se fosse vero che la domanda di credito, allo stato rimasta

insoddisfatta, lo è *illegittimamente*, nel senso che chi domanda un finanziamento ha *un suo merito creditizio* ed il conseguente rifiuto è ingiustificato. Il che, in realtà, è proprio il *thema demonstrandum* in quanto il suddetto merito, lungi dall'essere un dato oggettivo, è un *quid* parametrato sulla capacità di rimborso del soggetto finanziando, niente più che una stima su flussi futuri –perché attesi- di cassa. Merito creditizio, riassuntivamente, è la sintesi che si deduce dal rapporto comparativo tra tasso di interesse e rischio di perdita: ed *un merito c'è* quando i suddetti fattori risultano tra loro «legati da una relazione di congruità del primo rispetto al secondo»¹¹².

Stando così le cose, è forse allora più utile capovolgere i termini della questione: non ragionare, questo si vuol dire, di una *domanda di credito* quanto e piuttosto di una *proposta di rischio* che, chi esercita un'attività intrinsecamente rischiosa qual'è quella d'impresa, avanza alla banca. Impostando così il discorso, si ha invero subito la percezione che il c.d. *razionamento del credito*, più che l'effetto di una strategia di mercato, è il risultato di una dinamica relativa alla stima di questo rischio, nello specifico ad un giudizio prognostico sul fatto che il *rischio de quo* possa venire assunto «e sia remunerato dal tasso di interesse praticabile». Ora, nella realtà, i fattori che concorrono alla commisurazione di questo rischio sono molteplici: bisogna tenere distinte, secondo la letteratura specialistica, le situazioni di *non-price rationing*, formula condensante le fattispecie nelle quali le ragioni di rifiuto del credito non dipendono dalla remuneratività del prezzo praticabile, da quelle di *price rationing* dove il diniego è invece tutt'uno con l'imposizione di un tasso remunerativo. Se le prime infatti annoverano casi di una restrizione imputabile ora alla circostanza che il rischio di *default* del cliente supera la classe – limite di rischio accettabile ora al fatto che il rischio non sia quantificabile *ex ante* nei termini di una stima affidante ovvero perché i codici di responsabilità sociale dell'istituto escludono dal credito certi tipi di clientela¹¹³, per le seconde è sempre e soltanto una questione di *pricing* e di tassi attivi praticabili. E, in una dimensione di mercato che sia competitivo, siccome qualsiasi istituto sarà un soggetto *price-taker* dovendo allinearsi al tasso di interesse corrente, di norma le situazioni di *credit crunch* hanno una valenza transitoria perché un au-

¹¹² Così MOTTURA, *Razionamento del credito? Miti, realtà e la soluzione della cartolarizzazione*, in *Bancaria*, 2013, fasc. 3, p. 3 (anche per la citazione che segue).

¹¹³ Si pensi alle imprese che producono o commerciano in armi, a quelle impegnate in produzioni non eco-sostenibili o al gioco d'azzardo, a quante sono dedite allo «sfruttamento di condizioni del lavoro minorile»: v. MOTTURA, *Razionamento del credito? Miti, realtà e la soluzione della cartolarizzazione*, cit. p. 4.

¹¹⁰ V., in tal senso, R. DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*, in *Rass. dir. civ.* 2014, 308 ss.

¹¹¹ V. TAR Piemonte, sez I, 21 dicembre 2012, n. 1390, in *www.dejure.it*.

mento dei tassi attivi è destinato a riammettere al credito quelle tipologie di clientela dapprima escluse perché espressive di una classe di rischio troppo elevato. Insomma, in un contesto competitivo, *l'esclusione dal mercato* è vicenda che involge chi pratica strategie di *pricing* restrittive rispetto ai concorrenti, non i soggetti finanziabili.

| 122

Ora, con riguardo specifico al panorama italiano, la stretta creditizia è il prodotto –viene fatto notare– di una serie di concause piuttosto note: un *stock* di prestiti che ha visto nel tempo aggravare la qualità del loro rischio; un livello del tasso di usura che, quando è inferiore al tasso di rendimento reputato necessario per finanziare certi clienti a più alto rischio, ha come conseguenza l'automatica espunzione di costoro dal circuito del credito; *maxime* una regolamentazione prudenziale (Basilea 3) che ha innalzato gli standard minimi di disponibilità patrimoniale dell'istituto, elevati a *condizione* per la concessione di un *nuovo credito*. Gli è infatti che, se si accresce la soglia di patrimonio disponibile vocato a coprire le perdite, nell'ottica di un equilibrio finanziario che perduri allorché il passivo effettivo risulti superiore a quello *atteso* già compensato dai tassi attivi, va da sé che la curvatura dei nuovi prestiti è destinata a subire una *contrazione*. Una maggiorazione dei requisiti minimi di liquidità e di stabilità della banca di per sé comprime la concessione di credito perché, se il finanziante deve ottemperare ad un più stringente equilibrio gestionale, razionerà il credito *più di quanto discrezionalmente* sarebbe disposto a fare sia pure nei termini di una sana ed efficiente gestione. D'altra parte, la situazione di sotto-capitalizzazione di molte imprese italiane, se da un lato implica una loro maggiore domanda di credito, dall'altro richiede un sovracapitalizzarsi delle banche onde fare fronte alla «probabilità che le perdite effettive su credito sopravanzino quelle attese»¹¹⁴.

Risultato: è vero che il *credit crunch* italiano dipende principalmente dalla circostanza che l'attuale liquidità delle banche è di tipo squisitamente *ancillare*, nel senso che «è al servizio della liquidità della banca (e dei suoi creditori) oppure è riservata al finanziamento del debito pubblico»¹¹⁵. E vero pure è che un regime vincolato del livello dei tassi attivi ha quale suo complemento necessario un sempre più spiccato cautelarsi della banca in sede di garanzie, personali o, come la saga dei mutui fondiari sta dimostrando, reali. Il fine, se non si può distinguere la clientela in base al tasso, è di marginalizzare «la *loss given default* a parità di *probability of default*».

Ma, ultimo *caveat*, un debito da eccezione fattosi regola, se vuole essere non una formula magica intellettuale bensì un utile strumento di lavoro deve tener conto di questa nuova disciplina prudenziale del sistema bancario: introducendo dei criteri gestionali maggiormente restrittivi, è in *re ipsa* che si finisca proporzionalmente per innescare scenari di *de-risking*. Il che scaccia fuori dal mercato molte –troppe– tipologie di clientela.



¹¹⁴ Cfr. MOTTURA, *Razionamento del credito? Miti, realtà e la soluzione della cartolarizzazione*, cit. p. 11.

¹¹⁵ V. MOTTURA, *op. ult. cit.* p. 10 (pure per quella che segue).