

CAPITOLO I

NORME DI ESECUZIONE COATTIVA E AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: Sezione I. *Proposizioni generali*. – 1. Problema. – 2. L’obbligazione, la responsabilità e l’esecuzione forzata. – 3. Le regole “sostanziali” di tutela coattiva del credito. – 4. (*Segue*): l’effettivo rilievo della *par condicio creditorum*. – 5. (*Segue*): la disponibilità del diritto alla parità di trattamento. Breve chiarimento. – 6. Le regole “processuali”. La componente sostanziale della tutela esecutiva. – 7. I negozi modificativi della disciplina sulla soddisfazione coattiva. Patti “accrescitivi” e “rinunciativi”. – Sezione II. *Il patto di esclusione dell’esecuzione forzata*. – 1. Il *pactum de non exsequendo*. – 2. Distinzione tra *pactum in perpetuum* o *ad tempus*. – 3. (*Segue*): incoercibilità “provvisoria” e incoercibilità “definitiva”. L’“incoercibilità convenzionale”. – 4. L’efficacia del *pactum*. – 5. La stipulazione del *pactum* preventiva o successiva alla formazione del titolo esecutivo e del giudicato. Il patto di rinuncia preventiva all’impugnazione. – Sezione III. *I patti sulla responsabilità*. – 1. Il patto sull’esclusione totale dei beni dalla garanzia patrimoniale. – 2. I patti su parte del patrimonio. – 3. Il patto sull’ordine dei beni da sottoporre ad esecuzione. – Sezione IV. *Gli accordi di postergazione*. – 1. I negozi di postergazione del grado ipotecario. – 2. La postergazione del creditore parzialmente surrogato. Il negozio di esclusione del diritto di surrogazione parziale del fideiussore escusso. – 3. Gli accordi atipici di subordinazione del credito. – 4. (*Segue*): sulla distinzione tra postergazione assoluta (o generale) e specifica.

SEZIONE I

PROPOSIZIONI GENERALI

1. *Problema*

La mancata spontanea esecuzione della prestazione da parte del debitore comporta l’insoddisfazione dell’interesse creditorio, frustrato da una condotta del soggetto passivo non conforme a quanto stabilito nel programma obbligatorio.

All’insoddisfazione dell’interesse creditorio l’ordinamento giuridico appresta rimedio – oltre che con l’imposizione di nuovi ed ulteriori doveri

(legali) a carico dell'obbligato (come quello del risarcimento del danno) – attraverso la predisposizione di strumenti idonei a garantire l'esecuzione – senza la cooperazione del debitore e contro la volontà di quest'ultimo – dell'obbligo rimasto inattuato.

L'obbligo che non è stato spontaneamente adempiuto può essere, dunque, eseguito con la forza¹: di qui l'esecuzione² forzata³ o coattiva⁴ che dir si voglia.

¹ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1935 (in rist. anastatica, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, Scuola di Camerino, n. 7), p. 4, osservava che l'esecuzione forzata «ha lo scopo di rendere possibile la realizzazione dell'interesse del creditore, che non potè aver luogo mediante adempimento volontario da parte del debitore».

² Si sofferma sul concetto di esecuzione nelle scienze giuridiche, Ad. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 1-16.

³ Il concetto di esecuzione forzata rappresenta l'amalgama tra l'esecuzione e la coazione; non potrebbe esistere, infatti, alcuna forma di esecuzione forzata senza un potere di coercizione che si imponga in virtù di una forza "superiore" rispetto alla volontà del soggetto obbligato (cfr. E. GARBAGNATI, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Giuffrè, Milano, 1938, p. 11 s.).

Anche il tenore della rubrica relativa alle ipotesi di esecuzione, per così dire, "privata", della vendita in danno (artt. 1515 e 1516 c.c.) – comunemente annoverate nel vasto ambito dell'autotutela privata [parla dell'autotutela privata come di una «super-categoria» ed esprime dubbî intorno alla sua fruibilità pratica, «vista la notevole genericità dei suoi contenuti», F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 67. L'opera è stata recensita da F. PIRAINO, in *Annuario del contratto 2013*, A. D'Angelo-V. Roppo (diretto da), Giappichelli, Torino, 2014, p. 215 ss.; e con il titolo *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 c.c.* (ed alcune modifiche), in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2015, p. 387 ss.; e da S. PAGLIANTINI, *A proposito del libro di Fabio Addis "Il 'mutamento' nelle condizioni patrimoniali dei contraenti"*, in *Pers. merc.*, 2015, III, p. 1 ss.; e con il titolo *A proposito de «Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti» nel canone di Fabio Addis*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2015, p. 253 ss.] – costituisce eloquente dimostrazione del necessario carattere "coattivo" (esercitato attraverso il ricorso ad organi pubblici) insito in ogni forma di attuazione forzata dell'obbligo inadempito [in tema sia consentito il rinvio a L. FOLLIERI, voce *Compravendita in danno*, in *Diritto civile*, S. Martuccelli-V. Pescatore (a cura di), in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, Milano, 2011, p. 311 ss.; ID., *La compravendita in danno*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 125 ss. (Quanto, più in generale, all'autotutela, si segnalano: M. FERRARA SANTA-MARIA, *La giustizia privata*, Jovene, Napoli, 1937; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Morano, Napoli, 1964; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Giuffrè, Milano, I, 1971 e II, 1974; ID., voce *Autotutela II) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Giuffrè, Milano, 1983; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Giuffrè, Milano, 1984; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995; A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Cedam, Padova, 1999; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Jovene, Napoli, 2011; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese civili*, in *Il codice civile. Commentario*, P. Schlesinger (fondato e già diretto da), F.D. Busnelli (continuato da), Giuffrè, Milano, 2011. Nella letteratura tedesca L. KUHLENBECK, *Das Recht Selbsthilfe*, II ed., Landsgensalza, 1907; W.B. SCHUNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, Mohr, Tübingen, 1985. Tra le voci enciclopediche E. BETTI, voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 ss.; C.M. BIANCA, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Aggior., IV, Milano, 2000, p. 130 ss.].

⁴ La coazione (per un breve *excursus* storico-filosofico del nesso fra diritto e coazione, v. R. SACCO, voce *Coazione e coercibilità*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 219 ss.) va conside-

L'uso della forza⁵, tuttavia, in un moderno ordinamento giuridico⁶, non può che essere riservato allo Stato ed al suo apparato giudiziario; ne discende il diffuso convincimento che l'esecuzione coattiva dell'obbligo inadempito ed anche la soddisfazione dell'interesse creditorio rimasto frustrato in conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione debbano attuarsi esclusivamente ad opera e sotto il controllo del potere pubblico.

Ecco dischiudersi la questione di fondo della presente indagine: quale il ruolo dell'autonomia privata⁷ rispetto all'inattuazione del rapporto

rata in simbiosi con la sanzione, della quale costituisce un complemento necessario. La coazione, che rappresenta un *agere contra*, è, infatti, «l'azione diretta a infliggere una privazione a chi ha fatto del male» [F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1951 (in rist. anastatica, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, Scuola di Camerino, n. 34), p. 31], ossia il *mezzo* attraverso il quale la sanzione opera concretamente. Si comprende, così, perché l'esecuzione forzata non possa prescindere dalla coazione: in mancanza di quest'ultima, perderebbe il connotato di *necessarietà* che determina nella persona eseguita quella situazione di mera soggezione ad un'azione *cui resisti non potest*. Ciò segna la distinzione tra le due forme di esecuzione che conosce l'ordinamento giuridico: *l'esecuzione spontanea e/o volontaria* e *l'esecuzione forzata*. Bisogna peraltro guardarsi dall'assolutizzare la contrapposizione tra esecuzione volontaria e/o spontanea ed esecuzione forzata, dal momento che si potrebbe essere portati a credere che, «mentre nell'esecuzione volontaria il soggetto esegue qualcosa di propria volontà, nell'esecuzione forzata esegue contro la propria volontà»; ed invece andrebbe precisato che il soggetto obbligato «nell'esecuzione forzata non esegue nulla»: anzi, «il senso sottinteso nell'esecuzione forzata consiste proprio nell'eseguire a prescindere, più che dalla volontà dell'obbligato, dall'obbligato *tout court*» [F. MAZZARELLA, voce *Esecuzione forzata* c) *Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 451].

⁵ Per un quadro delle concezioni sul rapporto tra diritto e forza, M.A. CATTANEO, *Diritto e forza. Un delicato rapporto*, Cedam, Padova, 2005.

⁶ Sono ormai lontani i tempi in cui il debitore rispondeva dell'inadempimento con il proprio corpo o nei quali era previsto l'arresto personale per debiti [in argomento: Salv. ROMANO, *Sull'arresto personale per debiti*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, II, p. 175 ss. (ed ivi ulteriori riferimenti in relazione alle applicazioni della misura dell'arresto per debiti avutesi in giurisprudenza dal 1877 in poi); E. ALLORIO, *Arresto per debiti e novità di domanda*, *ivi*, 1937, II, p. 307 ss.; S. COSTA, *Un antiquato istituto mantenuto nei codici del 1865: l'arresto personale per debiti*, *ivi*, 1966, p. 32 ss.; C. GRASSETTI, voce *Debiti (Arresto personale per)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 180 ss.].

⁷ Quello di autonomia privata continua a rappresentare uno dei canoni fondamentali dell'ordinamento giuridico, anche nella prospettiva di un diritto comune europeo. Basti pensare che l'art. 1:102 dei *Principi di diritto europeo dei contratti* [il cui acronimo è PECL (*Principles of European Contract Law*)], è rubricato, appunto, *Autonomia contrattuale*, e recita: «(1) Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza nonché delle norme imperative contenute nei Principi. (2) Le parti possono escludere l'applicazione di una qualsiasi norma contenuta nei Principi o derogarvi o modificarne gli effetti, salvo che non sia altrimenti previsto nei Principi» (il testo dell'articolo è tratto da *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Edizione italiana a cura di C. Castronovo, Giuffrè, Milano, 2001).

E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta II ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994 (in rist. anastatica, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, Scuola di Camerino, n. 31), p. 44 ss., tratteggia «sapientemente» il problema pratico dell'autonomia privata ed il riconoscimento giuridico della stessa, che ha «caratteri propri, netti ed inconfondibili con quelli di ogni altra autonomia» (p. 50).

obbligatorio ed all'operatività delle regole legali di tutela coattiva del credito⁸.

Occorre, dunque, chiedersi se, nella zona *grigia* che si colloca tra l'inadempimento e l'esecuzione forzata (individuale o concorsuale), vi sia spazio per l'esercizio di poteri negoziali; e se, segnatamente, debitore e creditore possano accordarsi per limitare od escludere l'operatività delle norme di esecuzione coattiva, regolando con modalità alternative la fase di soddisfazione dell'interesse creditorio.

Il tema – che per lungo tempo è rimasto negletto nella letteratura giuridica privatistica – merita oggi nuova attenzione e propone nuovi profili di interesse, anche alla luce delle recentissime linee evolutive del sistema normativo.

Il d.l. 3 maggio 2016, n. 59⁹ (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, 1° co., legge 30 giugno 2016, n. 119), introducendo il novello istituto del «pegno mobiliare non possessorio» (art. 1), delinea un'ipotesi che ben potrebbe definirsi di “esecuzione stragiudiziale”¹⁰: il creditore, al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, ha facoltà di procedere alla vendita dei beni oggetto di garanzia, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito e con l'obbligo di restituire l'eccedenza rispetto alla somma garantita; la vendita avviene ad opera dello stesso creditore, attraverso procedure competitive e sulla base di stime effettuate da operatori esperti [cfr. art. 1, 7° co., lett. a)]¹¹.

La rilevanza attuale del principio di autonomia contrattuale è testimoniata dallo studio di F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato del diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, P. Perlingieri (diretto da), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008 e dal volume di P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014; nonché richiamata, specie in relazione agli ordinamenti giuridici europei, oltre che di *common law*, in S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 633 ss.

⁸ Per l'individuazione di tali regole v. *infra*, Sez. I, § 3 ss.

⁹ «Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione» (pubblicato nella Gazz. Uff. 3 maggio 2016, n. 102).

¹⁰ Il provvedimento legislativo opera un'estensione applicativa di quanto in parte già previsto con altro intervento normativo, reso nella più specifica materia dei contratti di garanzia finanziaria: il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 («Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria»), infatti, attribuisce al creditore pignoratizio la facoltà di vendere le attività finanziarie (a titolo esemplificativo: strumenti finanziari quali azioni, obbligazioni, fondi di investimento; contante inteso come denaro in forma scritturale; crediti derivanti dalla concessione di un prestito) oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfazione del proprio credito, fino a concorrenza dell'obbligazione finanziaria garantita [cfr. art. 4, 1° co., lett. a)]; consente, inoltre, al creditore di appropriarsi delle attività finanziarie oggetto del pegno diverse dal contante (quindi dei soli strumenti finanziari), fino alla concorrenza del valore dell'obbligazione garantita, nell'ipotesi in cui tale facoltà sia stata prevista nel contratto di garanzia finanziaria e siano ivi indicati i criteri di valutazione [cfr. art. 4, 1° co., lett. b)].

¹¹ L'art. 1, 7° co., lett. a), d.l. n. 59/2016 (come modificato dalla legge n. 119/2016) così recita: «Al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, il creditore, previa inti-

Al creditore pignoratizio viene, altresì, attribuita la facoltà di “appropriarsi” dei beni oggetto del pegno sino alla concorrenza della somma garantita, sempre che ciò sia previsto nel contratto di pegno e che lo stesso preveda i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell’obbligazione garantita [cfr. art. 1, 7° co., lett. d), d.l. n. 59/2016 (convertito in legge n. 119/2016)¹²].

Appare evidente come nel disegno tracciato dal legislatore speciale la convenzione di pegno si dilati nei contenuti e negli effetti: essa non rappresenta esclusivamente la fonte genetica della garanzia mobiliare, ma decide e regola anche le modalità di escussione del pegno e di soddisfazione dell’interesse creditorio.

Con questa forma di garanzia, al creditore viene attribuito un potere esecutivo esercitabile *privatamente*, al di fuori delle tradizionali procedure di espropriazione forzata¹³, regolate dal codice di rito e sottoposte al controllo degli organi giurisdizionali; ed al medesimo è dato di realizzare *autonomamente* il proprio diritto di credito rimasto insoddisfatto, in virtù di un potere che gli deriva direttamente dalla convenzione negoziale di pegno.

Nella medesima prospettiva, può leggersi il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72¹⁴,

mazione notificata, anche direttamente dal creditore a mezzo di posta elettronica certificata, al debitore e all’eventuale terzo concedente il pegno, e previo avviso scritto agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonché al debitore del credito oggetto del pegno, ha facoltà di procedere: a) alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita e con l’obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell’importo ricavato e di restituire contestualmente l’eccedenza; la vendita è effettuata dal creditore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di non apprezzabile valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati; l’operatore esperto è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice».

¹² Secondo l’art. 1, 7° co., lett. d), d.l. n. 59/2016 (come modificato dalla legge n. 119/2016), al creditore pignoratizio è, altresì, attribuita la facoltà di procedere «d) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro di cui al comma 4, all’appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell’obbligazione garantita; il creditore pignoratizio comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia il valore attribuito al bene ai fini dell’appropriazione».

¹³ Il provvedimento legislativo prevede, comunque, una forma di controllo giurisdizionale, ancorché *a posteriori* ed in prospettiva esclusivamente risarcitoria: «Entro tre mesi dalla comunicazione di cui alle lettere a), b), c) e d), il debitore può agire in giudizio per il risarcimento del danno quando l’escussione è avvenuta in violazione dei criteri e delle modalità di cui alle predette lettere a), b), c) e d) e non corrispondono ai valori correnti di mercato il prezzo della vendita, il corrispettivo della locazione ovvero il valore comunicato a norma della disposizione di cui alla lettera d)» (art. 1, 9° co., d.l. n. 59/2016, come modificato dalla legge n. 119/2016).

¹⁴ «Attuazione della direttiva 2014/17/UE, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali nonché modifiche e integrazioni del titolo VI *bis* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi e del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141» (pubblicato nella Gazz. Uff. 20 maggio 2016, n. 117).

ove è data alle parti di un «contratto di credito»¹⁵ la facoltà di convenire espressamente che, in caso di inadempimento del consumatore (all'obbligo di pagamento di diciotto rate mensili), il finanziatore possa soddisfare il proprio credito conseguendo direttamente la proprietà dell'immobile ipotecato¹⁶ ovvero alienando a terzi il bene e trattenendo il ricavato della vendita fino alla concorrenza del debito residuo¹⁷: e, dunque, senza necessità

¹⁵ Per «contratto di credito», si intende «un contratto di credito con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato» [art. 120 *quinquies*, lett. c), t.u.b.].

¹⁶ In una direzione simile, si pone anche l'art. 2 d.l. n. 59/2016 (convertito in legge n. 119/2016), che novella il t.u.b. con l'introduzione dell'art. 48 *bis* («Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato»). Detta norma dispone che «Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore ..., della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore a norma del comma 5» (1° co.). Da ciò consegue che il creditore, in caso di inadempimento, ha diritto di avvalersi degli effetti di tale patto, «purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento» (2° co.). Verificatosi l'inadempimento di cui al 5° co., il creditore è tenuto a notificare, al debitore ed a coloro che vantano diritti derivanti da un titolo iscritto o trascritto sull'immobile successivamente alla trascrizione del patto, una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti che da esso discendono, chiedendo poi la nomina giudiziale di un perito per la stima (5° e 6° co.).

Ipotesi del genere, peraltro, si inseriscono nel vasto ambito delle alienazioni in (funzione di) garanzia e testimoniano un rinnovato interesse per la cautela marciiana (c.d. patto marciano).

¹⁷ Dispone il nuovo art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b.: «Fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione del debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120 *quater*» (3° co.).

«Agli effetti del comma 3: a. il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola; b. se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza; c. costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 40, comma 2; d. il valore del bene immobile oggetto della garanzia è stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 696 del codice di procedura civile, con una perizia successiva all'inadempimento. Si applica quanto previsto ai sensi dell'articolo 120 *duodecies*» (4° co., art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b.).

di premunirsi di un titolo esecutivo o di avviare la procedura espropriativa disciplinata, in via generale, dal Libro III del codice di procedura civile.

I recenti provvedimenti normativi appena richiamati costituiscono, da un lato, indizi inequivoci di una tendenza alla progressiva dilatazione di quell'area – forse ancora interstiziale, ma certamente esistente – che separa l'inadempimento dell'obbligazione dall'operare delle regole processuali dettate dal legislatore in materia di esecuzione coattiva; dall'altro, contribuiscono a revocare in dubbio la fondatezza del tradizionale assioma – del quale si vuole saggiare l'effettiva pedurante tenuta – secondo cui la realizzazione del credito insoddisfatto è di esclusiva competenza degli organi della giurisdizione e deve svolgersi sotto il controllo del potere giudiziario.

Sembra, quindi, opportuno indagare se – ed entro quali limiti – le parti del rapporto obbligatorio possano impedire che le regole legali di tutela coattiva del credito trovino concreta applicazione, avvalendosi di strumenti convenzionali destinati ad incidere sulla responsabilità patrimoniale e volti a regolare¹⁸ l'obbligazione sotto il profilo dell'attuazione della pretesa di soddisfazione dell'interesse creditorio.

2. L'obbligazione, la responsabilità e l'esecuzione forzata

Secondo la concezione tramandata dalla pandettistica¹⁹, nell'obbliga-

¹⁸ «Regolamento» è un termine più ampio di «modificazione»: «[si] regola un rapporto non solo quando lo si modifica, ma anche quando lo si accerta, quando si pattuisce un rovesciamento dell'onere di provare i fatti che lo determinano, quando si elimina – o si rinuncia ad eliminare – la vicenda costitutiva del rapporto (ossia quando si annulla l'atto che ha costituito il rapporto). L'espressione "regolare", contenuta nell'art. 1321, apre la possibilità di far spaziare gli effetti del contratto in un settore molto ampio» [R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (diretto da), II, Utet, Torino, III ed., 2004, p. 11].

¹⁹ La teorica evocata dal binomio debito (*Schuld*) e responsabilità (*Haftung*) è tradizionalmente indicata quale figlia delle cc.dd. tesi «patrimoniali» le quali, com'è ben noto, identificavano il rapporto obbligatorio, non già nel comportamento dovuto dal debitore (così invece le teorie cc.dd. personali), bensì nel risultato economico che il creditore si attendeva, nel valore della cosa dovuta o, in particolare, nel bene dovuto, nonché nei modi per conseguire tale risultato a prescindere dalla cooperazione del debitore. Le teorie cc.dd. patrimoniali, qualificando il diritto del creditore come una posizione di potere assimilabile a quella del titolare di un diritto reale, ne individuavano l'essenza nel potere di aggressione sul patrimonio del debitore.

Avversa un tale assunto G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 323, secondo il quale la distinzione tra *Schuld* e *Haftung* manteneva «fermo il concetto di obbligazione come vincolo personale ad una determinata condotta, risalente alla tradizione romanistica e pandettistica».

Le teorie «patrimoniali» dell'obbligazione, dominanti nella fase in cui si poneva mano alla codificazione del 1942, erano connesse – come spiegavano gli storici del diritto – ad una concezione del credito quale bene giuridico liberamente negoziabile e trasmissibile (inteso quale valore economico), legata all'abbandono dell'idea primitiva del debito come asservi-

zione²⁰ si rinverrebbero i due elementi del *Schuld* (debito) e della *Haftung* (responsabilità)²¹, che identificano, rispettivamente, il dovere di prestare

mento personale (F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 154). E così gli schemi della *stipulatio* prima e della *wadiatio* longobarda poi concentrano l'obbligo di prestazione nel momento oggettivo del risultato economico, ponendo in ombra quello soggettivo del comportamento del debitore. «In questo schema predomina il vincolo della responsabilità piuttosto che il momento etico del dovere» [L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale c) Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1080; anche in ID., *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, p. 299 ss. (le relazioni e gli interventi tenuti in occasione della presentazione dei primi due volumi di scritti in onore di L. Mengoni possono ora leggersi in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 3 ss.)]. E negli anni trenta e quaranta è questo lo schema prevalente. Le teorie patrimoniali dell'obbligazione sono legate al concetto di prestazione tramandato dal diritto romano ed essenzialmente fondato sull'obbligo di dare, invece che di fare; quest'ultimo più caratteristico dell'età contemporanea. In base al concetto romanistico, la prestazione viene identificata coi soli elementi dell'oggetto, del luogo e del tempo; mentre sono trascurati i mezzi occorrenti ad adempiere, ciò che equivale ad «eliminare dal concetto di prestazione, come attività non essenziale, l'attività del debitore» (L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 1080 s.). Successivamente – osserva Pietro Rescigno qualche decennio dopo l'entrata in vigore del codice – si assiste ad una generale rivalutazione delle dottrine che vengono chiamate «personali» e che definiscono la prestazione nei termini del «comportamento» [P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato) a) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 184].

Così L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in ID., *Scritti II*, cit., p. 53 (già in *Jus*, 1952, p. 156 ss.), fermava la distinzione fra i due gruppi nei quali si ordina la teoria dell'obbligazione: «da una parte le teorie c.d. personali, che ravvisano l'oggetto del diritto del creditore nel comportamento cui è astretto il debitore; dall'altra le teorie c.d. patrimoniali, le quali distinguono dal comportamento dovuto il bene dovuto, e indicano in quest'ultimo il termine oggettivo del diritto obbligatorio».

Da ultimo, richiama l'importanza che le opposte dottrine cc.dd. «patrimoniali» e «personali» hanno avuto nello sviluppo di una teoria generale dell'obbligazione, F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (diretto da), *Le obbligazioni*, 1, Utet, Torino, 2015, pp. 6 ss., 500 s.

²⁰ *Obligare* (da *ligare*), *nectere*, *nexum*, *adstringere*, *vinculum*, *contrahere*, *contractus* sono i termini che individuano la costrizione giuridica di un soggetto e, in questo senso generico, può dirsi che costituiscono la nota costante dell'obbligazione [così, P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (1896), Xed., Giappichelli, Torino, 1946 (rist., Giuffrè, Milano, 1987), p. 303].

²¹ Fra gli scritti tedeschi sul punto: K. AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, Veit, Leipzig, 1882; ID., *Grundriss des germanischen Rechts*, III ed., Trubner, Strasburgo, 1913; A. BRINZ, *Obligatio und Haftung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 70 (1886), p. 371 ss.; P. PUNTSCHART, *Schuldvertrag und Treugelöbniss im Sächsischen recht des Mittelalters*, Veit, Leipzig, 1896; O.F. GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, M. & H. Marcus, Breslau, 1910; ID., *Schuld-nachfolge und Haftung*, in *Festschrift für Martitz*, Berlin, 1911; O. SCHREIBER, *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik*, I, Veit, Leipzig, 1914.

Per una ricostruzione della dottrina tedesca con particolare riferimento alla teoria della «*Schuld und Haftung*», C. GANGI, *Debito e responsabilità. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, in *Studi sassaresi*, 1921, II serie, I, p. 178 ss. (anche in ID., *Scritti giuridici vari*, I, *Il debito e la responsabilità. Le obbligazioni naturali*, Cedam, Padova, 1933, p. 143 ss.); ID., *Debito e responsabilità nell'antico diritto germanico e nel vigente diritto tedesco*, in ID., *op. ult. cit.*, p. 3 ss. (ove si ricorda che «la decomposizione del concetto dell'obbligazione in due elementi» fu «per la prima volta proposta ed energicamente sostenuta nel campo del diritto

che sorge a carico del soggetto passivo dell'obbligazione ed al quale quest'ultimo è tenuto a conformare la sua condotta ed il potere del creditore di ottenere, in ogni caso, la soddisfazione del proprio interesse creditorio, ma non già attraverso il comportamento spontaneo del debitore, bensì tramite l'aggressione del suo patrimonio²².

Da allora è trascorso molto tempo, ma, a prescindere dall'appartenenza o meno della *Haftung* alla struttura del rapporto obbligatorio²³, è difficil-

romano dal Brinz», così come successivamente «sostenuta anche nel campo del diritto greco e in quello del diritto assiro-babilonese», oltre ad essere stata una tale separazione «svolta ed ampiamente dimostrata in base alle fonti nel campo dell'antico diritto germanico, e invero prima dall'Amira, il quale studiò le fonti dell'antico diritto svedese e nordgermanico, poi dal Puntschart, che studiò quelle del diritto sassone medioevale, poi ancora dall'Egger, dal Hazeltin e dal Rintelen, che indagarono rispettivamente sulle fonti del diritto franco, del diritto inglese, e dell'antico diritto olandese e sassone, e infine dal Gierke») e, più di recente, B. DIESTELKAMP, *Die Lehre von Schuld und Haftung*, in *Wissenschaft und Kodifikation im 19. Jahrhundert*, hrsg. Von Coing u. Wilhelm, VI, Frankfurt a.M., 1982.

²² Nel nostro ordinamento, è merito di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 7 ss., part. p. 58 ss.; ID., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, ora in E. BETTI-F. CARNELUTTI, *Diritto sostanziale e processo* [con presentazione di N. IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*; anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1 ss.], Giuffrè, Milano, 2006 (da cui le successive citazioni), p. 3 ss., spec. p. 81 ss., l'essere riuscito ad operare una saldatura tra gli elementi del debito e della responsabilità. Nel pensiero del Betti si riscontrano, peraltro, molte affinità con le vedute di G. PACCHIONI, *Il concetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 209 ss., specie con riguardo alla ricostruzione dell'aspettativa del creditore nell'adempimento spontaneo del debitore il quale dovrebbe essere "co-stretto" ad effettuare la prestazione unicamente dal dovere che deriva dal rapporto obbligatorio, "supplendo", in mancanza, la responsabilità che si esercita sui beni appartenenti al patrimonio del debitore [secondo il Pacchioni, ai due elementi distinti, corrisponderebbero due coppie di termini correlativi: il debito sarebbe rappresentato da un dovere inteso come stato di pressione psicologica, da un lato, e da un'aspettativa come stato di fiducia giuridica di ricevere la prestazione, dall'altro; la responsabilità si attergerebbe invece come assoggettamento, dal lato debitorio e come controllo gestorio prima e diritto di aggressione poi, dal lato creditorio. (In proposito, peraltro, è N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. XII, ad osservare come non sia «qui luogo a ricercare e stabilire priorità cronologiche», poiché, ripetendo ciò che un critico della poesia aveva affermato, «poco o punto conta aver detto prima, l'unica cosa che conta è aver detto meglio»)].

²³ Connessa alla risalente teorica *Schuld-Haftung* è l'individuazione di ipotesi di «debito senza responsabilità» e di «responsabilità senza debito»: le prime si avrebbero nei casi delle obbligazioni naturali e del debito prescritto [ai quali G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Jovene, Napoli, 1966, p. 315, aggiunge l'«insolubilità del debitore per inesistenza o per impignorabilità di beni responsabili» (nonché le «ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale»)]; fra le seconde sono poi comunemente da annoverare il pegno o l'ipoteca per debito condizionale o futuro, nonché i casi del fideiussore, del terzo datore di garanzia reale (pegno o ipoteca) per debito altrui o del terzo acquirente del bene ipotecato.

Peraltro, la recente trattazione del tema da parte di L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il codice civile. Commentario*, P. Schlesinger (fondato e già diretto da), F.D. Busnelli (continuato da), II ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 25 [il quale si riferisce alle ipotesi tradizionali (del terzo datore di pegno o di ipoteca o dell'acquirente di beni gravati da garanzia reale), aggiungendovi il caso dell'azione diretta del danneggiato nei con-

mente predicabile l'esistenza di un credito mutilo del "connaturale" collegamento con la facoltà-potere di pretenderne la soddisfazione²⁴.

La responsabilità – che, per usare una formula cara ai pandettisti tede-

fronti dell'assicuratore della responsabilità civile e sottolineando l'esigenza di tenere ben distinte la responsabilità personale (del debitore) da quella patrimoniale] dimostra che il concetto di «responsabilità senza debito» non è stato abbandonato dalla dottrina.

²⁴ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, cit., p. 58 ss.; Id., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., p. 81 ss.; R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile*, A. Scialoja-G. Branca (a cura di), artt. 2740-2899, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1945 (anche in una II ed., 1955), p. 9 (per il quale «Un debito senza responsabilità, ossia senza sanzione per il debitore e senza la possibilità del creditore di conseguire coattivamente il bene dovuto, non può considerarsi un'entità giuridicamente rilevante»); A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 231 ss. (che osserva: «Non si ha invece rapporto di credito cui non sia inerente la garanzia patrimoniale. E ciò perché sta in questa la tutela giuridica: il credito è bene giuridico in quanto garantito dai beni del debitore. Ne consegue che debito e responsabilità sono elementi inseparabili del rapporto di credito: si ha debito in quanto vi è responsabilità, e correlativamente si ha credito in quanto v'è la garanzia patrimoniale ... La responsabilità patrimoniale non è dunque effetto o sanzione dell'inadempimento: essa infatti sussiste indipendentemente da questo; e sussiste *ab initio*, nasce col nascer del credito ... Dovrà quindi concludersi che dovere di prestazione e dovere di conservare la garanzia patrimoniale sono ambedue elementi dell'obbligazione, e correlativamente diritto alla prestazione e diritto alla conservazione della garanzia elementi del credito»); S. SATTÀ, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile*, F. Vassalli (diretto da), vol. XV, tomo I, IV ed. riveduta e aggiornata, Utet, Torino, 1963, p. 37 [secondo il quale «Senza questa responsabilità non si ha diritto, perché non si ha obbligazione (eventualmente qualche cosa di diverso); perciò la responsabilità è immanente all'obbligazione, le dà la giuridicità»]; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, F. Vassalli (diretto da), Utet, Torino, 1943 (II ed., 1949; rist. II ed. ampliata, 1952), p. 10 ss. [che offre una lettura in chiave funzionale degli elementi del debito e della responsabilità e su cui E. MIGLIACCIO, *Responsabilità patrimoniale e natura dell'interesse del creditore sul patrimonio del debitore*, in *Domenico Rubino*, P. Perlingieri-S. Polidori (a cura di), I, *Interessi e rapporti giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 597 ss.]; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica-P. Zatti (a cura di), Giuffrè, Milano, 1991, p. 68.

Per la Consulta, il diritto soggettivo di obbligazione è «svuotato» se lo si privi «dell'elemento della responsabilità patrimoniale del debitore, che ne è una componente essenziale» (Corte cost., 15 luglio, 1992, n. 329, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2784 ss., con nota di M. MONNINI, *Rilievi processuali in tema di misure esecutive e cautelari su beni di Stati stranieri, prima e dopo il fondamentale intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 329 del 1992*; in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2309; in *Dir. lav.*, 1992, II, p. 362; in *Riv. dir. internaz.*, 1992, p. 395 ss., con commento di L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La coercizione sui beni statali stranieri: l'Italia volta finalmente pagina*; in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1992, p. 941 ss., con commento di E. CANIZZARO, *Reciprocità ed interessi statali nella disciplina dell'immunità di Stati stranieri dalla giurisdizione esecutiva e cautelare*; in *Foro pad.*, 1993, I, c. 1 ss., con nota di A. RUBINO SAMMARTANO, *Il requisito della reciprocità per l'esecuzione contro Stati esteri (passaggio dell'accertamento dall'esecutivo al giudice ordinario)*; in *Rass. avv. Stato*, 1992, p. 183; in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, p. 773; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 30 ss., con nota di G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *Immunità dalla giurisdizione e compatibilità costituzionale*. In senso contrario la Corte costituzionale si era espressa con la sentenza 13 luglio 1963, n. 135, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1597 ss.; e in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 116 ss., con nota critica di V. DENTI, *Il diritto di azione e la Costituzione*.

schì, segue «come un'ombra» il debito (*wer schuldet, haftet auch*) – può infatti dirsi *strumentalmente e funzionalmente* connessa all'obbligazione, cui attribuisce il carattere della *giuridicità e realizzabilità*.

Quand'anche volesse considerarsi l'*Haftung* una componente esterna al rapporto obbligatorio, non è ad esso *estranea*²⁵, nel senso che solo l'attribuzione di una tutela coattiva alla pretesa del creditore conferisce il connotato di doverosità (giuridica) all'obbligazione.

È questo che segna il legame inscindibile tra debito e responsabilità e che distingue l'obbligazione in senso proprio da una pretesa pura e semplice, sfornita di tutela nell'ordinamento giuridico²⁶.

Solo la prima vanta l'attributo della *coercibilità*²⁷, derivante dalla fun-

²⁵ V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), vol. 19, *Tutela dei diritti*, tomo I, II ed., Utet, Torino, 1997, p. 490; ID., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1043; U. BRECCIA, *op. loc. ult. cit.*; D. RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 7; F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Diritto civile*, N. Lipari-P. Rescigno (diretto da), A. Zoppini (coordinato da), vol. IV, tomo 2, *L'attuazione dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 169; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (diretto da), *Le obbligazioni*, 2, Utet, Torino, 2011, p. 18.

²⁶ In questa prospettiva, solo dissociando il momento della giuridicità da quello della coercibilità della posizione creditoria potrebbe farsi parola di un'obbligazione civile, dotata di giuridicità; ma simile assunto risulta opinabile, ove si consideri che i requisiti di rilevanza di una determinata situazione concreta (*Lebenssacheverhalt*) vanno ritenuti come egualmente essenziali (cfr., lucidamente, E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Zanichelli, Bologna, 1920, p. 21), per cui, in difetto anche di uno soltanto tra essi (nel caso in esame: la coercibilità), la rilevanza giuridica eventualmente assunta dalla medesima, nella dimensione del mero fatto, non potrà che essere diversa da quella assicurata dallo schema del rapporto giuridico.

²⁷ L'elemento della coercibilità contraddistingue anche l'interpretazione che voglia dirsi giuridica: si è sul punto rilevato che «l'interpretazione è giuridica se è strumentale al dirigere comportamenti *coercibili*», ma con la precisazione che essa è tale «se concerne non le regole sostenute dalla forza, ma le regole che giustificano l'applicazione della forza» [A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, *Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 253 s., secondo il quale non è «l'effettività della coercizione che caratterizza la giuridicità ... Bensì le regole emanate ed accolte sul presupposto che per la loro violazione sia giustificato – non sia cioè violenza – applicare la forza», con la conseguenza che «l'interpretazione è dunque concettualmente giuridica allorché approda ad un significato in cui si ravvisa una regola di cui al caso sarà giustificata la coercizione». Per rendere l'idea, l'A. – nota 109 – adduce un esempio: «se è violata una regola morale (il tradimento dell'amicizia), o religiosa (il dovere di carità), o di costume (cedere il passo alle signore), pur deplorando, nessuno riterrà appropriato aggredire il trasgressore per costringerlo. Se due parti hanno assunto impegni secondo regole di *soft Law* da esse richiamate, tutti troveranno appropriato che la violazione sia repressa, magari trovando altrove (un qualche ordinamento che a differenza del *soft Law* ne dispone) la forza di costringere»].

La rilevanza del carattere *coercibile* di un'obbligazione si apprezza anche con riferimento a figure dal difficile inquadramento, quali la promessa di mutuo, ove si pone il problema di accordare tutela esecutiva al promissario, nonostante manchi la consegna (del denaro) che contraddistingue negozi tradizionalmente ritenuti reali, come nel caso del mutuo (per riflessioni sul punto, V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 248 ss.).

zione (principale)²⁸ cui assolve la responsabilità patrimoniale, consistente nell'assoggettamento dei cespiti dell'obbligato alla soddisfazione coattiva del diritto di credito.

In quest'ottica, com'è stato efficacemente osservato, la responsabilità patrimoniale rappresenterebbe il «braccio secolare» dei diritti di obbligazione²⁹.

Senza *Haftung* il creditore sarebbe privato della possibilità di aggredire i beni del debitore per la realizzazione forzata del suo diritto, tant'è vero che forma di attuazione della responsabilità³⁰ patrimoniale del debitore è proprio l'esecuzione forzata³¹.

Il sistema presenta chiari indici positivi in tal senso.

La responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740, 1° co., c.c.³² opera at-

²⁸ L'altra funzione svolta dall'art. 2740 c.c. è, più squisitamente, conservativa-cautelativa, atteso che la *Haftung* opera, non soltanto *in via successiva*, ma anche *preventiva*, ossia prima ed indipendentemente dall'inadempimento [cfr. Ad. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, F. Galgano (a cura di), artt. 1173-1176, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 149; A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, Cedam, Padova, 2001, p. 17 ss. e nota 22]. Del resto, il ricorso agli strumenti di tutela comunemente noti con la formula mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale presuppone una mera «situazione di pericolo e non di danno immediato» che, invece, coincide con l'inadempimento *tout court*, rientrando in tale tutela preventiva del credito anche disposizioni che si rinvergono nella parte generale delle obbligazioni (art. 1186 c.c.) e dei contratti (art. 1461 c.c.) [Ad. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 150. Di recente – sulla scia del pensiero di Ad. di Majo – R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Jovene, Napoli, 2012, *passim* e spec. p. 61 ss.]. A tal riguardo, v. anche, *infra*, Cap. II, Sez. I, § 1, nota 1.

²⁹ Ad. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 147. Nella medesima direzione, Id., *Responsabilità e patrimonio*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 38 ss., ove si specifica (p. 48) che la responsabilità «si aggiunge *ab externo* alla obbligazione ma è connaturale ad essa, confermandone la giuridicità».

³⁰ È E. BETTI, *op. ult. cit.*, dopo aver premesso la differenza di senso tra la parola italiana «responsabilità» e la parola tedesca «*Haftung*» (p. 28), a precisare il significato tecnico dell'espressione in diritto privato, definendo la responsabilità come «quella particolare posizione di una persona che risulta dalla *destinazione giuridica* di un bene ad essa pertinente, a *servire di soddisfazione* a un'altra persona per un evento da questa atteso o temuto: destinazione indipendente dalla volontà del titolare del bene e individualizzata così dal bene stesso come dall'evento» (p. 36).

Sui diversi possibili significati che il termine «responsabilità» assume nel nostro ordinamento, cfr. S. SCHIPANI, *Schede sull'origine del termine responsabilità (contributo per una riflessione sul problema dell'elaborazione del concetto generale sistematico designato con tale termine)*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 885-918.

³¹ In termini, chiaramente, Ad. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 148, il quale sottolinea, appunto, che l'«*esecuzione sul patrimonio* (art. 2910 e segg.)» è «considerata come forma di realizzazione o di attuazione della *responsabilità patrimoniale* del debitore (art. 2740 c.c.)».

Per una sintesi delle opinioni sulle relazioni tra esecuzione forzata e responsabilità patrimoniale, v. A. BONSIGNORI, voce *Esecuzione forzata in genere*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 571 s.

³² Sull'istituto declinato dall'art. 2740 c.c. numerosi sono i contributi della dottrina. Tra gli altri: M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della con-*

traverso l'espropriazione dei beni che appartengono al debitore.

È l'art. 2910, 1° co., c.c., «complementare all'art. 2740, nel quale ha il suo necessario presupposto»³³, a stabilire che il creditore può conseguire quanto gli è dovuto con l'espropriazione dei beni del debitore³⁴ e,

servazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali, in *Commentario al codice civile*, M. D'Amelio-E. Finzi (diretto da), S.A.G. Barbera, Firenze, 1943, p. 438 ss.; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit. (da cui traggono spunto gli scritti di E. MIGLIACCIO, *Responsabilità patrimoniale e natura dell'interesse del creditore sul patrimonio del debitore*, cit. e di M. PORCELLI, *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Domenico Rubino*, I, cit., p. 619 ss.); R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, cit.; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit.; G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Giuffrè, Milano, 1975; ID., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, cit., p. 315 ss.; F. LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 cod. civ.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, p. 491 ss. (ove una sintesi delle opinioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali sul tema); L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., p. 3 ss.; C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991; AL. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (Alle origini dell'art. 2740 codice civile)*, in *Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Giuffrè, Milano, 1994, p. 1805 ss.; V. RÖPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit.; ID., voce *Responsabilità patrimoniale*, cit.; A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, cit. [il quale osserva che, nel contesto dell'obbligazione, la responsabilità patrimoniale svolge diverse funzioni: «in primo luogo essa è l'indice rivelatore della giuridicità del vincolo venuto in essere tra le parti» (p. 11); in secondo luogo, fornisce «al creditore uno strumento per ottenere – in via coattiva – il soddisfacimento della propria pretesa» (p. 13)]; F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Trattato di diritto privato*, M. Bessone (diretto da), vol. IX, tomo III, Giappichelli, Torino, 2005; ID., *La responsabilità patrimoniale e le relative azioni conservative*, in *Rosario Nicolò*, N. Lipari (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 473 ss.; F. MACARIO, *La responsabilità patrimoniale oltre il dogmatismo. Spunti per una concezione moderna e funzionalistica di principi e regole a tutela del patrimonio e dei diritti dei creditori*, *ivi*, p. 307 ss.; ID., *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 59 ss.; G. ROJAS ELGUETA, *L'autonomia privata e le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, Aracne, Roma, 2006; ID., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, Milano, 2012; ID., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore: nuove prospettive*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 813 ss.; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit.; ID., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 91 ss.; M. PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

³³ S. SATTA, *op. loc. ult. cit.* In senso contrario, G. MONTELEONE, *op. ult. cit.*, p. 317, il quale, richiamando il suo pensiero (precedentemente espresso in ID., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, cit.) e fornendone un'interpretazione "autentica", critica l'affermazione secondo cui l'art. 2740 c.c. costituirebbe il presupposto dell'art. 2910 c.c., poiché, in tal modo, si postulerebbe «una sostanziale coincidenza tra i due fenomeni giuridici».

³⁴ In riferimento all'art. 2910 c.c. ed alle strette relazioni logico-giuridiche tra quest'ultima disposizione e l'art. 2740 c.c., ha così rilevato S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), vol. 20, *Tutela dei diritti*, tomo II, Utet, Torino, 1985 (anche in II ed., Utet, Torino, 1998), pp. 200 e 204: «l'art. 2910 c.c. ..., al pari dell'art. 2740 c.c., descrive anch'esso uno stato di assoggettabilità all'esecuzione dei beni del debitore, ad eccezione di quelli impignorabili (v. artt. 514 ss. c.p.c.) e dei beni appartenenti

quindi, con il ricorso all'azione esecutiva³⁵.

Il creditore, al fine di conseguire la soddisfazione della propria pretesa, può agire esecutivamente sui beni del debitore³⁶, a ciò funzionalmente destinati³⁷.

a terzi dei quali è ammessa l'espropriazione (art. 2910, comma 2, c.c.) ed è proprio nella individuazione più compiuta ed esauriente dell'oggetto dell'espropriazione che può cogliersi il residuo contenuto autenticamente sostanziale dell'art. 2910 c.c. e la sua portata specificativa della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. (...) il contenuto autenticamente sostanziale dell'art. 2910 c.c. risiede nell'avvio del processo di individuazione della responsabilità patrimoniale, o meglio nel suo ambito oggettivo, indispensabile ai fini del conseguimento *manu militari* di ciò cui aspira il creditore: una funzione che la norma in esame condivide non solo con i successivi artt. 2911-2912 c.c. ma anche con talune disposizioni processuali, le quali sviluppano e completano la delimitazione di quell'ambito e concorrono a dimensionare in modo più articolato e preciso l'oggetto dell'espropriazione per rapporto all'entità della pretesa».

³⁵ L'art. 2910, 1° co., c.c. opera un rinvio *per relationem* alle «regole stabilite dal codice di procedura civile».

Diversa è, invece, l'ipotesi del rinvio ad una norma di legge contenuto nel contratto (per osservazioni sul problema che pone tale rinvio, cfr. M. CONFORTINI, *Problemi generali del contratto attraverso la locazione*, Cedam, Padova, 1988, p. 249 ss.).

³⁶ Si è sottolineata la tendenza della dottrina ad "appiattare" la responsabilità patrimoniale sull'espropriazione forzata [cfr. L. BARBIERA, *op. ult. cit.*, p. 17 e nota 37 (ove sono riportati alcuni riferimenti bibliografici)], quale esito di un ragionamento che enfatizza l'indefettibile legame tra le due, nel senso che la prima non può che realizzarsi per mezzo esclusivo dell'azione esecutiva (è qui evidente l'eco del pensiero di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in E. BETTI-F. CARNELUTTI, *Diritto sostanziale e processo*, cit., part. p. 266 ss., che, in un certo senso, esaurisce la responsabilità patrimoniale nell'azione esecutiva, concepandola come soggezione del debitore allo Stato, titolare del potere di procedere *in executivis*).

Sotto questo profilo, però, non è mancato chi, anche in tempi relativamente più recenti, ha osservato come la responsabilità patrimoniale, riguardata nell'ottica di una *garanzia generale* a favore del creditore in vista dell'adempimento, non possa ridursi esclusivamente a presupposto della fase esecutiva (così, anche se in senso leggermente diverso, G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., p. 53 ss.; ID., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, cit., p. 318 s.; L. BARBIERA, *op. ult. cit.*, p. 14 ss.).

³⁷ Per il PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, p. 143 ss., il rapporto sostanziale produce, oltre al vincolo della prestazione, anche un vincolo di garanzia. Ma già G. ROTONDI, *Garanzia*, in *Diz. Prat.*, III, pt. I, 1923, p. 236, riteneva che, in largo senso, non v'è obbligazione mancante di garanzia, perché il diritto, dando efficacia giuridica al vincolo tra le parti, assicura con i suoi mezzi coattivi al creditore l'adempimento della prestazione che gli è dovuta. E anche per G. BO, voce *Garanzia*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1937, p. 192, non v'è, dal lato attivo, diritto di credito sprovvisto di garanzia.

In argomento, L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 515 (nonché in ID., *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 283 ss.), secondo il quale il debitore garantisce l'adempimento fino al limite della sopravvenienza di una causa di liberazione dal vincolo; ciò significa che la responsabilità del debitore non si fonda sulla colpa, ma sul vincolo di garanzia inerente per sua natura al rapporto obbligatorio.

Nega che la c.d. garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c. possa costituire una garanzia in senso tecnico, M. FRAGALI, voce *Garanzia (diritto privato) II. - Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 451 ss., atteso che il disposto del primo comma dell'art. 2740 c.c. si risolverebbe nell'attribuire al creditore il diritto di aggressione sui beni del debitore, risultando "servente" rispetto alla realizzazione dell'effetto ordinario dell'azione ese-

Il quadro risulta, tuttavia, incompleto, atteso che non può essere trascurata – al fine di spiegare le concrete modalità di attuazione della responsabilità patrimoniale – una disposizione normativa rinvenibile nel codice di rito, dal decisivo valore sistematico, secondo la quale «l'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo» (art. 474, 1° co., c.p.c.).

Tale norma, oltre che assumere un rilievo per così dire formale, stabilendo il requisito per potersi procedere nell'esecuzione forzata, esprime altresì una regola di effettività, ossia implica come l'aggressione del patrimonio dell'obbligato attraverso l'azione esecutiva debba essere preceduta, in via generale³⁸, dall'esercizio di un'altra azione, quella di cognizione, diretta all'accertamento del diritto di credito ed alla conseguente sentenza di condanna, che costituisce il titolo esecutivo³⁹.

Secondo il sistema positivo, dunque, la responsabilità si realizza con l'esecuzione forzata ed attraverso il processo⁴⁰.

cutiva (peraltro, l'A. – p. 453 ss. – per spiegare il concetto tecnico di garanzia si muove nell'area dell'art. 2741 c.c., attraendolo, per così dire, nell'orbita delle garanzie "specifiche", in quanto esse attribuiscono un *quid* al creditore garantito, rappresentato dalla situazione di preferenza che consegue al diritto di prelazione).

³⁸ È chiaro che in un discorso a largo spettro, quale quello che si sta conducendo, si tiene in considerazione la principale categoria di titolo esecutivo di cui all'art. 474 c.p.c., rappresentata dalla sentenza di condanna, tralasciando gli altri titoli, specie di formazione stragiudiziale – introdotti anche più di recente (con le leggi 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263) – di cui si fa menzione nella stessa norma.

³⁹ Per un rilievo di tal genere, v. A.M. PALMIERI, *Gli accordi di concredito*, ed. provv., Giuffrè, Milano, 2003, p. 158 s.

⁴⁰ In questa direzione, l'esecuzione coattiva estinguerebbe l'obbligazione, realizzando lo stesso risultato dell'adempimento volontario, seppure con mezzi diversi [così, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 12 ss., il quale precisava che «mediante l'adempimento volontario o mediante l'esecuzione coattiva si ottiene lo stesso risultato: l'estinzione dell'obbligazione. È diverso però il mezzo che conduce a questo fine». Si è peraltro sostenuto che la sola forma di esecuzione dell'obbligazione che assicuri un'effettiva certezza della sua realizzazione, in quanto, a differenza dell'adempimento volontario, non può più essere rimessa in discussione, è costituita dall'esecuzione processuale, la quale, pertanto, nei suoi due profili dell'esecuzione forzata e del fallimento, finirebbe per configurare la più completa forma di adempimento (A. NASI, *Processo e esecuzione nel fallimento*, Cedam, Padova, 1973, pp. 42, 146, 191)].

Ed è sempre in tale contesto che l'esecuzione forzata si atterrebbe a "surrogato" dell'adempimento [ma, in tono dubitativo, sull'assoluta "veridicità" – potrebbe dirsi – "empirica" di tale proposizione, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., p. 230, ove si osserva che «quel che importa non è constatare una verità che nessuno ha mai negato, cioè che la *esecuzione sia un surrogato dell'adempimento*, ma invece se *ciò che si ottiene con la esecuzione possa essere la stessa cosa o debba essere una cosa diversa, e così soltanto un surrogato di ciò che si doveva ottenere e non si è ottenuto con l'adempimento*» (l'illustre A. adduce poi il seguente esempio: «Se è dovuto un quadro di Tiziano e questo, anziché essere dato dal debitore, lo va a prendere l'ufficiale giudiziario, come si può negare che vi sia perfetta identità tra ciò che il creditore ottiene con l'esecuzione e ciò che gli avrebbe procurato l'adempimento»)].

Sottolineano l'equivalenza giuridica fra adempimento ed esecuzione forzata, A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile*, A. Scialoja-G. Branca (a cura di), II ed., Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1964, p. 2; L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Jovene, Napoli, 1965, p. 57.