

Ar2

Giuseppe Vallone

La tutela dei diritti nell'esecuzione forzata

Prefazione di
Federico Russo





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXX
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1900-6

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: febbraio 2020

Indice

7 Prefazione di Federico Russo

II Capitolo I *La responsabilità patrimoniale del debitore*

1.1. La responsabilità patrimoniale del debitore: nozione, oggetto, universalità, proporzionalità e adeguatezza, 11 – 1.2. La responsabilità/garanzia patrimoniale quale elemento strutturale del rapporto obbligatorio, 17 – 1.3. Obbligazione, inadempimento e responsabilità patrimoniale: dalla responsabilità personale (art. 1218 c.c.) alla responsabilità sul patrimonio (art. 2740 c.c.), 23 – 1.4. Teorie patrimoniali e teorie personali: *Schuld und Haftung*, 27 – 1.5. La *par condicio creditorum* quale elemento caratterizzante la responsabilità patrimoniale, 32 – 1.6. Cenni storici e comparatistici sulla *par condicio creditorum*: gli antecedenti storici dell'art. 2741 del codice civile, 34 – 1.7. Portata e significato dell'«eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore», 38 – 1.8. Recenti sviluppi della responsabilità-garanzia patrimoniale, 42 – 1.9. Il dogma dell'universalità cede di fronte ai patrimoni separati: il *trust*, 44 – 1.10. Gli atti di destinazione patrimoniale previsti dall'art. 2645-ter c.c., 47 – 1.11. La tutela successiva della garanzia patrimoniale: il ruolo dell'azione revocatoria ordinaria e la nuova “revoca senza revocatoria”, 50 – 1.12. Divieto di patto commissorio e finanziamenti garantiti dal trasferimento del bene, 52.

61 Capitolo II *Diritto sostanziale e processo esecutivo*

2.1. Diritti soggettivi e tutele esecutive, 61 – 2.2. L'ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato e il dibattito intorno all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, 68 – 2.3. Correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata e incoercibilità degli obblighi di fare e di non fare: sull'esistenza di sentenze di “condanna” non suscettibili di esecuzione forzata, 74 – 2.4. Ipotesi di sussistenza di un sistema generalizzato di misure coercitive, 78 – 2.5. (segue) L'esecuzione forzata in forma specifica come misura coercitiva per gli obblighi a carattere continuato e il

superamento del principio di tipicità delle forme di esecuzione forzata: critica, 81 – 2.6. La correlazione tra condanna ed esecuzione forzata oggi, 84 – 2.7. La tutela esecutiva dei diritti di credito, 86 – 2.8. L'esecuzione in forma specifica dei diritti di credito, 89 – 2.9. Obblighi di consegna o rilascio di cose determinate, 91 – 2.10. (segue) L'esecuzione in forma specifica nella locazione: l'obbligazione di consegna del locatore, 94 – 2.11. Obblighi di consegna di cose determinate solo nel genere, 98 – 2.12. Obblighi di fare e di non fare, 102 – 2.13. Esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare e responsabilità patrimoniale, 105 – 2.14. Ambito e presupposti di applicazione dell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare: surrogabilità dell'obbligo ed "esercizio del diritto giurisdizionalmente controllato", 108 – 2.15. Esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare e risarcimento del danno in forma specifica, 115.

125 Capitolo III

La coazione all'adempimento

3.1. Esecuzione indiretta e misure coercitive, 125 – 3.2. Le misure coercitive: funzioni e classificazioni, 127 – 3.3. Verso l'introduzione di un sistema di coercizione indiretta nell'ordinamento italiano, 130 – 3.4. La misura coercitiva prevista dal "vecchio" art. 614-bis c.p.c.: gli «obblighi di fare infungibili e di non fare», 133 – 3.5. La misura di coercizione indiretta prevista dal nuovo art. 614-bis c.p.c.: i presupposti, 136 – 3.6. L'estensione della misura coercitiva alla condanna all'adempimento di — tutti — «gli obblighi diversi dal pagamento di una somma di denaro» e il possibile concorso con l'esecuzione in forma specifica, 141 – 3.7. L'attuazione della misura coercitiva, 144 – 3.8. La concorrente natura risarcitoria delle misure di coercizione indiretta, 148 – 3.9. Misure coercitive, risarcimento e danni punitivi: il punto di Cass., 15-4-2015, n. 7613, 151 – 3.10. La coazione all'adempimento nelle esperienze straniere. L'ordinamento francese: le *astreintes*, 154 – 3.11. L'ordinamento anglosassone: l'*injunction* e il *contempt of court*, 159 – 3.12. L'ordinamento tedesco: le *Zwangsstrafen*, 163.

167 Bibliografia

Prefazione

Federico Russo*

Con il volume in esame l'autore affronta un tema classico e assai dibattuto del diritto processuale civile, *scil*: quello della tutela dei diritti nell'esecuzione forzata.

La scelta del tema dell'indagine è assai ambiziosa, e viene affrontata dall'autore muovendo da riflessioni di ordine generale (teorie patrimoniali e personali sulla responsabilità patrimoniale) e con ampio riferimento a casi pratici (dal *trust*, al classico e controverso tema della reintegra del lavoratore licenziato, al risarcimento in forma specifica, alle misure coercitive indirette).

Per quanto concerne l'espropriazione forzata (oggetto della prima parte della trattazione), il tradizionale concetto di responsabilità patrimoniale, come il suo corollario della *par condicio creditorum*, è stato oggetto di numerosi e quasi sempre disorganici interventi nella legislazione dell'ultimo ventennio, al punto da far dubitare, perfino, della sua concreta persistenza nel sistema normativo. Penso, particolarmente, alla disciplina del *Trust*, come pure alla circoscrizione, ad opera delle riforme del 2005–2006, della possibilità di intervento nell'esecuzione forzata (oltre che ai creditori muniti di titolo esecutivo) alle sole specifiche categorie di creditori *sine titulo* individuate dall'art. 499 c.p.c.

Le riforme a carattere processuale, va osservato, sono state mosse, più che da un'accurata e consapevole riflessione sull'utilità della *par condicio creditorum*, da una banalizzata *ragion pratica*, *i.e.*, accelerare e rendere più efficiente il processo esecutivo. Le soluzioni adoperate dal legislatore, però, appaiono assai discutibili non tanto nelle premesse — la necessità di rendere più efficace e veloce il processo esecutivo è da tutti condivisibile e condivisa — quanto nella effettiva idoneità e coerenza degli strumenti adoperati rispetto agli obbiettivi prefissati. Che la ragione della lentezza del processo esecutivo fosse da ricercare

* Associato di Diritto processuale civile, Università degli Studi di Palermo.

nella possibilità, prima concessa ai creditori non titolati, di intervenire nell'espropriazione forzata (o nell'esercizio preventivo dell'azione revocatoria, tema questo trattato nel volume) è in sé assai dubbio. E ciò senza considerare i prevedibili effetti collaterali di incremento del contenzioso ordinario, correlati alla necessità, ora cogente, per i creditori esclusi dall'intervento di munirsi di un titolo attraverso un processo di cognizione (parlo, ovviamente, del tema dell'intervento). Avere impedito l'intervento ai creditori privi di titolo costringe, nei fatti, tali categorie di soggetti ad avviare procedimenti giurisdizionali contenziosi — a partire dai monitori — per procurarsi un titolo esecutivo, prima non necessario.

La garanzia della *par condicio creditorum*, dunque, è stata vulnerata dal legislatore senza una ragione scientifica valida, o anche solo esplicitata, e senza neppure un correlato beneficio in termini di accelerazione o riduzione del contenzioso. Il principio della *par condicio creditorum*, in effetti, è oggi assicurato in modo talmente labile e con tante e tali deroghe ed eccezioni, da far dubitare, come già detto, della sua stessa attuale persistenza.

Anche le riforme a carattere più propriamente di diritto sostanziale, volte ad attuare forme di separazione (o segregazione) patrimoniale e dunque derogare alla garanzia patrimoniale universale e al concorso dei creditori, risultano caratterizzate da quella frammentarietà e da quella disorganicità lamentata dall'autore.

Con riguardo all'esecuzione c.d. in forma specifica o diretta, il tema della riflessione si sposta da quello della *par condicio creditorum* (connaturato all'espropriazione forzata) a quello dell'effettività della tutela. Delicato e controverso il tema — che ha, in passato, suscitato un vivace e acceso dibattito — della tutela in sede di esecuzione forzata dei diritti relativi, o comunque personali. Se si accoglie — come l'autore — l'idea che l'esecuzione forzata diretta possa avere ad oggetto solo diritti o "situazioni reali" (locuzione, per la verità, abbastanza ampia da ricomprendere, secondo l'autore, anche la detenzione) occorre affrontare in modo rigoroso e soddisfacente il problema della tutela della parte in tutte quelle situazioni in cui, almeno in apparenza, un diritto reale non sussista.

È il caso dell'azione personale di rilascio di un bene, ad esempio fondata su un contratto di compravendita inadempito. Solo con un notevole sforzo ermeneutico è, infatti, possibile affermare che tale

tipo di azione abbia ad oggetto una tutela reale e dunque che la sentenza conseguente possa costituire titolo per fondare una successiva esecuzione forzata. E lo stesso dicasi per i procedimenti in materia di locazione, ove il tema della sussistenza di un diritto reale rimane assolutamente marginale, se non proprio esterno, all'oggetto del contendere.

Il vuoto di tutela — potrà dirsi — è solo apparente, dal momento che potrà essere colmato con i rimedi più propriamente risarcitori, anche ricondotti al *genus* ampio del risarcimento c.d. in forma specifica.

I temi, come visto, sono realmente ampi e potrebbero riempire, come hanno infatti riempito, le pagine di riviste, volumi, interi trattati. L'indagine svolta dall'autore, nel suo complesso, è destinata a costituire senz'altro un fondamentale punto di partenza per successive riflessioni da parte di chiunque si troverà, in futuro, ad occuparsi degli argomenti.

La responsabilità patrimoniale del debitore

SOMMARIO: 1.1. La responsabilità patrimoniale del debitore: nozione, oggetto, universalità, proporzionalità e adeguatezza, 11 – 1.2. La responsabilità/garanzia patrimoniale quale elemento strutturale del rapporto obbligatorio, 17 – 1.3. Obbligazione, inadempimento e responsabilità patrimoniale: dalla responsabilità personale (art. 1218 c.c.) alla responsabilità sul patrimonio (art. 2740 c.c.), 23 – 1.4. Teorie patrimoniali e teorie personali: *Schuld und Haftung*, 27 – 1.5. La *par condicio creditorum* quale elemento caratterizzante la responsabilità patrimoniale, 32 – 1.6. Cenni storici e comparatistici sulla *par condicio creditorum*: gli antecedenti storici dell'art. 2741 del codice civile, 34 – 1.7. Portata e significato dell'«eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore», 38 – 1.8. Recenti sviluppi della responsabilità-garanzia patrimoniale, 42 – 1.9. Il dogma dell'universalità cede di fronte ai patrimoni separati: il *trust*, 44 – 1.10. Gli atti di destinazione patrimoniale previsti dall'art. 2645-ter c.c., 47 – 1.11. La tutela successiva della garanzia patrimoniale: il ruolo dell'azione revocatoria ordinaria e la nuova “revoca senza revocatoria”, 50 – 1.12. Divieto di patto commissorio e finanziamenti garantiti dal trasferimento del bene, 52.

1.1. La responsabilità patrimoniale del debitore: nozione, oggetto, universalità, proporzionalità e adeguatezza

Con l'art. 2740 si apre il Titolo III del libro IV del vigente codice civile, stabilendo che «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità patrimoniale non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge».

L'istituto della responsabilità patrimoniale è posto a garanzia di chiunque, a fronte di un'obbligazione, sia divenuto creditore sicché, nel caso in cui il debitore non adempia spontaneamente all'obbligazione assunta, la legge appresta idonei strumenti di soddisfa-

ne attraverso la potenziale aggressione di — quasi — tutto il suo patrimonio.

Il debitore, infatti, sin dal momento in cui assume un'obbligazione, impegnandosi nei confronti del creditore ad eseguire una prestazione, espone *ex lege* il proprio patrimonio a garanzia dell'adempimento di quella stessa obbligazione, nel caso in cui si renda inadempiente.

V'è un errore di fondo nel ritenere che, poiché l'istituto della responsabilità patrimoniale è inserito nel libro VI del codice civile, che tratta *Della tutela dei diritti* e sia intimamente connessa con il processo esecutivo, abbia riflessi esclusivamente sul piano del diritto processuale, perché, altrimenti — come esamineremo nei successivi paragrafi — la disposizione sarebbe inutile o quanto meno ridondante, giacché il codice di procedura civile già di per sé disciplina compiutamente l'esecuzione forzata sul patrimonio.

Non potendo ridursi ad un mero relitto storico di una concezione individualistico-patrimoniale del diritto, e nonostante la concisione della norma di diritto positivo, allora, il concetto di responsabilità patrimoniale è così ampio e gravido di implicazioni, che è impossibile darne una definizione univoca, se non con riguardo agli effetti concreti che essa produce¹.

Volendo approntare una definizione di carattere generale e astratto, la responsabilità consiste nella necessità giuridica di subire un effetto sfavorevole a fine di riparazione e in dipendenza di un evento determinato².

Posto che l'evento foriero di responsabilità è l'inadempimento, la responsabilità patrimoniale assicura il risultato utile dell'obbligazione anche contro l'inerzia o contro la cattiva volontà del debitore, esponendone i beni all'azione esecutiva promossa dal creditore³.

Per una nota teoria, la responsabilità patrimoniale costituirebbe una sorta di diritto reale di pegno generico su tutto il patrimonio del debitore, che si costituisce al momento della nascita dell'obbligazione⁴.

1. M. PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli 2011, p. 13 ss.

2. F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Milano, II ed. 2010, p. 4.

3. F. LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.)*, in *Nuova Giur. Civ.*, 1991, II, pp. 491-492.

4. A. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1910, I, pp. 690 ss.: secondo l'indirizzo citato, la responsabilità patrimoniale si risolve in un diritto di

Ma non è solo questa la funzione della responsabilità patrimoniale, né ciò che propriamente la lega all'obbligazione.

Il concetto può apparire più chiaro se poniamo al centro della nostra riflessione il concetto di garanzia patrimoniale, che è il riflesso della responsabilità patrimoniale del debitore sulla posizione giuridica soggettiva attiva del creditore.

Da questa diversa prospettiva, la responsabilità di cui parla l'art. 2740 c.c. è in realtà una garanzia generale apprestata dalla legge a tutti i creditori verso il debitore, che si attua ed esplica i suoi effetti non solo in seguito all'inadempimento, ma anche e soprattutto prima⁵.

Puntualizzare che l'istituto della responsabilità non possa scindersi da quello della garanzia è importante perché l'esistenza — anzi la coesistenza — di entrambi i momenti è proprio quel che caratterizza il vincolo obbligatorio.

Al riguardo, è stato correttamente sostenuto che «l'istituto della responsabilità patrimoniale nella sua attuale fase evolutiva è tale da dare ad esso [al vincolo obbligatorio] una fisionomia inconfondibile»⁶; si vuole intendere, cioè, che lo studio della responsabilità patrimoniale non può limitarsi soltanto all'esecuzione forzata, che pur sempre la presuppone, ma deve abbracciare l'esame di tutta una serie di istituti che vengono temporalmente prima della fase esecutiva, che nascono contestualmente al rapporto obbligatorio e che mirano tutti alla conservazione della garanzia patrimoniale.

In forza della garanzia sul patrimonio, infatti, il debitore è assoggettato al *controllo gestorio* del creditore, il quale, in pendenza dell'obbligazione e ancor prima dell'adempimento, ha il potere di intervenire ogni qualvolta il debitore, riducendo il proprio patrimonio, metta a rischio sia l'adempimento che l'eventuale soddisfazione coattiva.

Il potere gestorio del creditore sul patrimonio del debitore costituisce pertanto un vero e proprio *status* di soggezione di quest'ultimo nei

pegno generico su tutto il patrimonio del debitore, che viene poi a specificarsi al momento dell'individuazione dei beni che si effettua con il pignoramento. Pur non ritenendo corretta tale impostazione, poiché concepisce pertanto la responsabilità patrimoniale come un diritto reale distinto ed esterno all'obbligazione a cui fa riferimento, essa coglie nel segno nel momento in cui svincola l'istituto dalla fase puramente esecutiva.

5. G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1993, pp. 326 ss.

6. G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano 1975, pp. 85 ss.

confronti del primo — «questi e non altri deve subire un siffatto controllo che pende dal sorgere all'estinguersi dell'obbligo»⁷ — così come solo il creditore, in quanto tale, ha il diritto di limitare la libertà di disposizione patrimoniale del debitore quando ritenga potenzialmente pregiudicato il suo diritto alla prestazione.

La garanzia è, dunque, l'altra faccia della responsabilità. Non vi può essere responsabilità senza garanzia; si è garanti in quanto responsabili.

Generalmente, l'oggetto della responsabilità patrimoniale è costituito dall'intera massa dei beni appartenenti al debitore. Però, vi sono dei casi in cui i beni soggetti a responsabilità appartengono a terzi, come, ad esempio, nella fideiussione o nelle ipotesi di costituzione di diritti reali di garanzia da parte di terzi.

La responsabilità patrimoniale è *universale*, perché ha ad oggetto *tutti* i beni del debitore.

Pertanto, tutti i beni del debitore concorrono a formare la garanzia patrimoniale: in linea di massima, nessun bene appartenente ad un soggetto obbligato sfugge alla responsabilità patrimoniale.

Che vengano inclusi non soltanto i beni presenti ma anche quelli futuri significa che costituiscono garanzia per il creditore non solo i beni che fanno parte del patrimonio del debitore al momento della nascita dell'obbligazione, ma anche quelli che verranno acquisiti successivamente al suo sorgere.

L'universalità, però, è solo potenziale: se al momento in cui nasce l'obbligazione e, con essa, la garanzia sul patrimonio, tutti i beni del debitore possono in astratto costituire oggetto di espropriazione, è solo con l'inizio di questa che si specificano i beni sui quali si appunterà la pretesa creditoria e che saranno oggetto di vendita forzata o di assegnazione.

Ed infatti, è con il pignoramento che vengono identificati dei beni determinati dal coacervo indistinto del patrimonio del creditore,

7. G. MONTELEONE, *Profili*, cit. p. 86. L'A., che ha parlato di "status" in capo al debitore, in successive pubblicazioni (in *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale de debitore*, cit.), a fronte delle critiche mossegli ha chiarito che, con tale locuzione, ha inteso riferirsi allo stato di assoggettamento ad una serie di poteri del creditore nei confronti del suo patrimonio, ancor prima dell'eventuale inadempimento, e non all'esistenza di uno "status" giuridico nel senso proprio del termine. Contro la configurabilità di uno "Status" in capo al debitore: C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXIX, Roma 1993, p. 7.

siano essi beni mobili, immobili o crediti, sicché è in questo preciso momento che la responsabilità da universale diventa particolare.

L'universalità della responsabilità trova limitazioni nei principi di *adeguatezza* e *proporzionalità*, che informano tanto le azioni di conservazione della garanzia patrimoniale, quanto l'azione esecutiva.

Adeguatezza e proporzionalità, rispetto all'effettivo credito da garantire, mirano anche a tutelare la *par condicio creditorum*⁸, perché un'esecuzione o una misura conservativa eccessiva rispetto al credito garantito andrebbe a danneggiare gli altri creditori che hanno eguale diritto si soddisfarsi sullo stesso patrimonio.

Varie sono le conseguenze del principio di proporzionalità della responsabilità patrimoniale.

Ad esempio, per quanto riguarda i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (azione surrogatoria, azione revocatoria e sequestro conservativo, mezzi tipici), essi hanno come presupposto il pericolo di perdita della garanzia patrimoniale. Ma tale pericolo non sussiste, e la tutela non verrà concessa, se non vi è proporzione tra il patrimonio del debitore e il debito, che rispetto al primo sia di entità notevolmente inferiore o addirittura trascurabile.

Nel campo dell'espropriazione forzata, diverse norme, poi, hanno lo scopo di garantire la proporzionalità (in relazione al valore) e l'adeguatezza (in relazione al mezzo di esecuzione scelto) tra il credito vantato e i beni soggetti e esecuzione, e ciò per il generale principio per cui «il patrimonio del debitore deve soggiacere alla esecuzione forzata soltanto entro i limiti di quel valore»⁹.

Al riguardo, diverse norme nel codice di procedura civile, nell'ambito del procedimento esecutivo di espropriazione forzata, tendono a far sì che la responsabilità sul patrimonio non diventi in concreto un mezzo di vessazione del debitore, ma di giusta garanzia del credito.

Ad esempio, l'art. 496 c.p.c. prevede la riduzione del pignoramento quando il valore dei beni pignorati risulti superiore all'ammontare delle spese e dei crediti: ed infatti ai sensi dell'art. 2910 c.c. «il creditore può far espropriare i beni del debitore», ma solo entro i limiti

8. L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, artt. 2740–2744, *Il codice civile*. Commentario diretto da P. SCHLESINGER, Milano, II ed. 2010, pp. 4 ss.

9. U. NATOLI, L. BIGLIAZZI–GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria)*. *Appunti delle lezioni*, Milano 1974, p.2.

di quanto sia effettivamente necessario per «conseguire quanto gli è dovuto».

La stessa disposizione si applica, ai sensi dell'art. 558 c.p.c., al caso in cui un creditore ipotecario estenda il pignoramento ad immobili non ipotecati: in questo caso, il giudice può limitare l'espropriazione sui beni non ipotecati ovvero sospenderne la vendita fino a che non si sia conclusa quella relativa ai beni ipotecati, qualora si possa ritenere che il ricavato dall'espropriazione del bene ipotecato sia sufficiente a soddisfare il creditore.

Anche il principio di adeguatezza non è estraneo al codice di procedura: l'art. 483 c.p.c. prevede che, data la facoltà del creditore di valersi cumulativamente dei diversi mezzi di esecuzione, il debitore possa fare opposizione al fine di limitare l'espropriazione al mezzo che il creditore o, in mancanza, lo stesso giudice scelga.

In questo caso, come si vede, la generale garanzia sul patrimonio viene di fatto limitata non solo per il principio di proporzionalità, ma anche per quello di adeguatezza: il giudice dell'esecuzione evidentemente riterrà fondata l'opposizione del debitore quando l'utilizzo di una forma espropriativa piuttosto che un'altra risulti più "adeguata", ossia maggiormente idonea allo scopo in relazione all'importo per cui si procede *in executivis*.

Adeguatezza e proporzionalità informano anche il cd. *controllo gestorio* del creditore, esplicazione della garanzia sul patrimonio: lo testimonia la possibilità di chiedere la riduzione delle ipoteche, ai sensi dell'art. 2872 ss. c.c., la necessità del requisito dell'*eventus damni* per il proficuo esperimento dell'azione revocatoria, mentre l'azione surrogatoria per espressa previsione di legge presuppone che sia esperita «per assicurare che siano soddisfatte o conservate le ragioni del creditore».

Allo stesso modo, il giudice concederà il sequestro conservativo dei beni pignorabili soltanto se ritenga il valore di questi beni proporzionato al credito vantato. È innegabile, infatti, che il requisito della proporzionalità dovrà essere accertato ai fini della valutazione sull'esistenza del *periculum in mora*, che è il fondato timore di perdere la garanzia patrimoniale.

Viceversa, adeguatezza e proporzionalità possono anche condurre, secondo le circostanze del caso concreto, a concludere che tutti i beni del debitore, nessuno escluso, salvo le limitazioni di legge alla pignorabilità, siano effettivamente necessari a costituire idonea garan-

zia patrimoniale, venendo così sottoposti tutti alle relative misure di conservazione¹⁰.

1.2. La responsabilità/garanzia patrimoniale quale elemento strutturale del rapporto obbligatorio

La responsabilità patrimoniale in capo al debitore, dunque, non nasce e si esaurisce nell'espropriazione forzata, ma l'esistenza dei mezzi di conservazione della garanzia, che attribuiscono al creditore rilevanti poteri di ingerenza nella sfera patrimoniale del debitore, ci consente di individuarne il momento genetico in una fase anteriore.

La responsabilità patrimoniale sorge contestualmente all'obbligazione e accompagna il rapporto creditore/debitore fin dal suo inizio, mentre l'esecuzione sul patrimonio, a seguito dell'inadempimento, è solo una fase o una conseguenza di esso¹¹.

Non colgono nel segno, a nostro avviso, le teorie che limitano la responsabilità patrimoniale a mero presupposto dell'espropriazione forzata, per cui l'istituto troverebbe attuazione soltanto dopo che si è verificato l'inadempimento¹², ché non si spiegherebbe, altrimenti, la *ratio* dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, se non sostenendo che la responsabilità nulla abbia a che vedere con la garanzia e viceversa.

Si può con certezza affermare, invece, che l'istituto della responsabilità patrimoniale non è fonte di un rapporto esterno all'obbligazione — che in quanto tale si sviluppa nella sola fase esecutiva — ma è una particolare connotazione del rapporto obbligatorio, nel senso che tra le posizioni giuridiche soggettive attive e passive che vengono a sorgere, vi sono anche quelle inerenti alla responsabilità e alla garanzia.

10. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 19, I, Torino 1997, p. 506.

11. In questo senso, F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *Diritto civile* diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano 2009, p. 160 ss.: «Responsabilità e garanzia opererebbero sin dal momento della costituzione del rapporto obbligatorio conferendo al creditore poteri di iniziativa finalizzati ad accrescere il patrimonio del debitore o a conservare i suoi beni».

12. A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, II ed., Torino 1991.

In altri termini è incontestabile che, nello stesso momento di cui viene contratto un debito, il patrimonio del debitore è costituito a garanzia di esso, non in virtù della generale facoltà di disporre di esso, ma perché vincolato dalla legge.

Tuttavia, nella più recente dottrina italiana, si è sostenuto che la collocazione dell'art. 2740 c.c. all'interno del libro VI del codice civile, anziché all'interno del libro IV, è indice che il legislatore del '42 avesse voluto discostarsi dalla teoria che vede la responsabilità elemento caratterizzante e interno al il rapporto obbligatorio¹³.

Nella sua prima stesura, il libro *Delle obbligazioni* conteneva un articolo volto a definire il rapporto obbligatorio, cui faceva seguito una disposizione praticamente coincidente con quello che successivamente sarebbe definitivamente diventato l'art. 2740, e poi trasferita nel libro sulla tutela dei diritti.

Secondo i sostenitori dell'idea di una responsabilità patrimoniale esterna e meramente accessoria all'obbligazione, lo spostamento, in sede di redazione definitiva, della norma sulla responsabilità patrimoniale dal libro IV al libro VI, costituirebbe, la miglior prova del ripensamento del legislatore in tal senso.

Ma la tesi, fondata solo sulla collocazione sistematica della norma, non tiene conto del fatto che, contratto un debito, il debitore, anche prima e indipendentemente dall'inadempimento, non può impunemente disfarsi della garanzia patrimoniale in danno del creditore, che in tale evenienza si attiverà utilizzando i poteri concessigli dall'ordinamento.

E questi poteri, che si attuano tramite i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, trovano il loro fondamento appunto nella responsabilità patrimoniale del debitore.

La collocazione dell'art. 2740 c.c. nella complessa intelaiatura del codice civile lo dimostra, dal momento che il legislatore ha deciso di accorpate in un unico titolo la responsabilità patrimoniale e la conservazione della garanzia patrimoniale.

Dalla suddetta sistematica emerge che, poiché il debitore è fatto responsabile con tutti i suoi beni "presenti e futuri", e con questi risponde dello (garantisca lo) adempimento, il creditore è autorizzato a compiere atti di conservazione del patrimonio del debitore, già prima ed indipendentemente dall'inadempimento.

13. Così, V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit. p. 487.

La responsabilità patrimoniale costituisce anche il *proprium* del rapporto obbligatorio¹⁴, nel senso che lo caratterizza a tal punto che il rapporto di responsabilità (soggezione) e garanzia (poteri di ingerenza e controllo) sono tipici di tutte le obbligazioni e solo di esse¹⁵.

Questo ha importanti influenze, come vedremo, nella tutela esecutiva stessa dei diritti di credito, in netta contrapposizione alla tutela apprestata dalla legge ai diritti reali o assoluti o di più generiche situazioni possessorie legittime, in quanto tali riconosciute e garantite dall'ordinamento¹⁶.

In senso contrario, in dottrina è stato sostenuto che la formulazione dell'art. 2740 c.c. sarebbe imprecisa, allorché dispone che il debitore risponde dell'*adempimento* con il proprio patrimonio, atteso che la responsabilità opera esclusivamente a seguito dell'inadempimento, costituendo essa solo il presupposto del potere di espropriazione forzata e afferente, quindi, esclusivamente al momento processuale / esecutivo del rapporto obbligatorio.

L'idea della responsabilità patrimoniale come elemento intrinseco e coevo del rapporto obbligatorio, perciò, sarebbe frutto di questa imprecisione lessicale, in cui sarebbe incorso il legislatore¹⁷. La re-

14. In questi termini, G. MONTELEONE, in *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., e in *Per un chiarimento*, cit.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano 1953, p. 253 ss.: «L'obbligazione è tale perché, a differenza degli altri doveri giuridici, contiene all'interno della sua struttura la responsabilità patrimoniale».

15. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano 1968, pp. 173 ss.: dopo aver contestato le teorie secondo cui la responsabilità patrimoniale sarebbe elemento intrinseco dell'obbligazione, mentre questa sarebbe soltanto presupposto dell'esecuzione forzata, ed opererebbe solo a seguito della previsione di cui all'art. 1218 c.c., onde sarebbe ricollegata solo all'inadempimento, si concentra sul concetto di "garanzia patrimoniale", che viene definita come un aspetto della responsabilità patrimoniale, avente la funzione di garantire l'"adempimento".

16. Sull'argomento, vedi *infra*, cap II.

17. P. PERLINGERI, L. FERRONI, *Situazioni di garanzia patrimoniale*, in P. PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, 6, Napoli 2007 pp. 299 ss. Secondo gli Autori la responsabilità patrimoniale opera solo a seguito dell'inadempimento, e pertanto «non rappresenta un elemento essenziale e caratterizzante della struttura del rapporto obbligatorio, pur essendo ad esso strettamente connesso». In particolare, la responsabilità patrimoniale viene definita come «quel complesso meccanismo mediante il quale, il creditore insoddisfatto può realizzare il suo interesse aggredendo, in via esecutiva, i beni del debitore». A questo punto, però, è totale la ridondanza della definizione della responsabilità patrimoniale dell'art. 2740 c.c. con il disposto dall'art. 2910 c.c. Ancora, in dottrina, i sostenitori della teoria che vede la responsabilità patrimoniale elemento esterno al rapporto obbligatorio criticano la formulazione del testo della legge, sostenendo che le incertezze sul punto derivano da un'imprecisa

sponsabilità patrimoniale, al contrario, sarebbe destinata ad operare sempre a seguito dell'inadempimento, in quanto non farebbe altro che attribuire al creditore il potere di espropriare i beni del debitore per ottenerne una somma di denaro, la quale, però, soddisferebbe pienamente il creditore solo quando l'obbligazione originaria abbia ad oggetto una somma di denaro; negli altri casi, costituirebbe solo un mero surrogato della prestazione¹⁸.

Il riferimento indirizzato ritiene pure che con la nuova formulazione dell'art. 2740 c.c. del codice del '42, il legislatore avrebbe corretto — seppur imprecisamente — la *infelice* formulazione dell'art. 1948 del codice del 1865¹⁹, dove si prevedeva che «il debitore è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri».

Tale disposizione, a sua volta, si ispirava all'art. 2092 del codice civile francese (attualmente in vigore), per il quale «quicounque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir», mentre, ancor più significativamente, il successivo art. 2093 dispone che «les biens du débiteur sont la gage commun de ses créancier».

La formulazione riportata dal previgente codice faceva ritenere che la responsabilità patrimoniale non fosse soltanto strumento di realizzazione coattiva del credito ma compendiasse tutti quegli strumenti diretti a mantenere in vita l'obbligazione stessa.

La norma, in particolare, poneva l'accento sulla volontaria esecuzione del debitore e concepiva il patrimonio di lui come mezzo del suo spontaneo adempimento, quindi, come entità strumentale all'osservanza dei suoi obblighi di condotta²⁰.

La nuova formulazione dell'art. 2740 c.c., risentendo delle teorie patrimoniali che ebbero larga diffusione in Italia a partire dal XX secolo,

tecnica legislativa, per tutti: C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani: «Statuire che il debitore risponde con tutto il suo patrimonio non già dell'adempimento ma dell'inadempimento sarebbe stato più coerente con un progetto di responsabilità patrimoniale esente da vincoli strutturali dell'obbligazione»; di «imprecisione tecnica del linguaggio legislativo» hanno invece parlato M. GIORGIANNI, *op. cit.* e R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, artt. 2740–2899, Bologna–Roma 1945, p. 1 ss.

18. P. PERLINGERI, L. FERRONI, *Situazioni di garanzia patrimoniale*, *op. loc. cit.*, p. 299.

19. In particolare, M. PORCELLI, *op. cit.*, p. 24; G. LASERRA, *op. cit.* pp. 3 ss.; L. BARBIERA, *op. cit.*, p. 5.

20. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 487.