



CAPITOLO PRIMO

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE (art. 2740 c.c.)

SOMMARIO: 1. Dalla responsabilità personale alla responsabilità patrimoniale. – 2. Il carcere per debiti nel XXI secolo. – 3. La responsabilità patrimoniale: le questioni da affrontare. – 4. Debito (*Schuld*) e responsabilità (*Haftung*) – 5. Inadempimento e responsabilità patrimoniale. – 6. La regola sulla responsabilità patrimoniale: norma sostanziale o processuale? – 7. Funzione diretta e sussidiaria dell'art. 2740 c.c. – 8. In particolare: la funzione sussidiaria e la pretesa insoddisfatta. – 9. La responsabilità patrimoniale quale vincolo sui beni. – 10. La responsabilità patrimoniale come obbligo di non alterare la consistenza patrimoniale e l'azione revocatoria (premesse). – 11. *Segue:* il sequestro conservativo, l'azione surrogatoria ed altre disposizioni. – 12. Configurabilità della responsabilità patrimoniale come obbligo di non alterare la consistenza del patrimonio. – 13. I patti sulla esclusione dei beni dalla garanzia patrimoniale: l'esclusione totale. – 14. *Segue:* i patti su parte del patrimonio: ammissibilità. – 15. *Segue:* efficacia reale vs. efficacia obbligatoria del patto? – 16. Limiti ai patti su parte del patrimonio: i comportamenti del debitore. – 17. *Segue:* e gli eventi del mercato. – 18. Il patto sulla graduazione temporale dei beni soggetti ad esecuzione. – 19. I mezzi preventivi di tutela. – 20. Il patto ed i terzi. – 21. Il c.d. principio di unicità del patrimonio. – 22. L'oggetto della responsabilità: i beni presenti e futuri. – 23. La nozione di limitazione della responsabilità. – 24. I beni assolutamente impignorabili (art. 514 c.p.c.). – 25. I beni parzialmente impignorabili: i beni per l'esercizio della professione, dell'arte e del mestiere. – 26. *Segue:* i crediti alimentari. – 27. *Segue:* stipendi ed altre provvidenze nel percorso della Corte costituzionale. – 28. *Segue:* le pensioni ed i crediti per indennizzi dovuti dall'Inail ed altre forme previdenziali. – 29. La giurisprudenza ordinaria su salari, pensioni ed indennizzi. – 30. La responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione: il demanio ed il patrimonio indisponibile; i beni dello Stato trasferiti agli enti locali in forza del d.lg. 28-5-2010, n. 85. – 31. *Segue:* i beni gravati da usi civici. – 32. *Segue:* i vincoli sulle disponibilità finanziarie delle amministrazioni pubbliche. – 33. *Segue:* i diritti dei privati sui beni demaniali; dalle spiagge ai cimiteri. – 34. La responsabilità patrimoniale degli Stati esteri. – 35. L'attività economica in forma societaria: la persona giuridica. – 36. In particolare: la responsabilità della capogruppo. – 37. Il superamento della personalità giuridica. – 38. Le associazioni non riconosciute. – 39. I patrimoni destinati a specifici affari. – 40. I fondi speciali per la previdenza e l'assistenza (art. 2117 c.c.) ed i fondi pensione. – 41. Altre ipotesi di separatezza patrimoniale. – 42. Le partecipazioni sociali. – 43. La responsabilità dei coniugi in regime di comunione legale: i debiti personali. – 44. La responsabilità dei beni della comunione. – 45. *Segue:* l'individuazione dei beni personali e della comunione. – 46.

La responsabilità dei coniugi in regime di separazione dei beni. – 47. La comunione convenzionale. – 48. I beni conferiti nel fondo patrimoniale. – 49. La successione con beneficio d'inventario. – 50. I diritti del coniuge superstite sui beni del defunto. – 51. La proprietà fiduciaria – 52. I *trusts*: l'opponibilità ai creditori del disponente. – 53. I *trusts* e i creditori del *trustee*. – 54. Gli atti di destinazione.

1. Dalla responsabilità personale alla responsabilità patrimoniale.

«Tra i compiti primari dell'ordinamento giuridico vi è di provvedere ad una efficace *tutela dei diritti* che in esso sono riconosciuti e garantiti»¹: proteggere i diritti soggettivi è a ben vedere il cardine dell'effettività del diritto oggettivo², la cui forza non è rimessa alla pura volontà di adesione del singolo; senza una tutela coattiva da parte dello Stato, la pretesa del singolo non assurgerebbe infatti nemmeno a diritto, rimanendo confinata nell'ambito delle mere aspettative³.

La protezione dei diritti è di conseguenza precetto costituzionale (art. 24)⁴ e trova attuazione nel Libro VI del codice civile⁵, nelle molteplici forme che riveste e che ha assunto nel tempo, di cui quella connessa alla responsabilità patrimoniale è solo una delle diverse.

È fatto notorio che il diritto moderno non prevede più il carcere quale conseguenza dell'inadempimento: le sanzioni penali vigenti sono infatti sempre collegate alla ricorrenza di un comportamento ulteriore rispetto al mancato pagamento o esecuzione di un obbligo⁶, quali gli artifici o raggiri nella truffa (art. 640 c.p.), l'aver celato la propria incapienza nell'insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.), aver tardato nel chiedere il fallimento per la bancarotta semplice o aver preferito qualche creditore a dispetto degli altri in quella preferenziale, falsificando o distruggendo le scritture contabili in quella fraudolenta (artt. 216 ss. l. fall.) e così via.

Il solo inadempimento, di per sé, comporta infatti oggi solo l'assoggettamento del patrimonio del debitore alle azioni esecutive o a quelle di esecuzione specifica e nulla più⁷, sebbene dovremo indicare, nel prossimo paragrafo, un'eccezione di

¹ DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 1.

² DI MAJO, *ibidem*.

³ Sul tema, cui qui è possibile solo un semplice accenno, v. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1998, 657, ma anche le antiche pagine di esemplare chiarezza di SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1963, 3 ss.

⁴ Per i collegamenti anche con gli artt. 2, 3 e 47 v. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale disposizioni generali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, 6 ss., 27, che argomenta quindi la «copertura costituzionale» degli artt. 2740 e 2741 c.c.: *ivi*, 6.

⁵ PRATIS, *Della tutela dei diritti, La responsabilità patrimoniale*, in *Comm. del codice civile*, VI, 2, 1, Torino, 1976, 2; si ricorda come la previgente collocazione nel Libro III del codice civile del 1865 mal si inquadrasse armonicamente con la disciplina degli altri istituti: RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1949, 5.

⁶ Cfr. anche PRATIS, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 20.

⁷ V. ad es. Cass. pen., sez. II, 11-7-2006, in *Riv. pen.*, 2007, 416: «ai fini della sussistenza del reato di insolvenza fraudolenta, la condotta di chi tiene il creditore all'oscuro del proprio stato di insolvenza al momento di contrarre l'obbligazione assume rilievo quando sia legata al preordinato

dubbia coerenza sistematica e costituzionale; sembra quindi errato indicare, in senso diverso, nell'art. 388 c.p. una disposizione "che incrimina la mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice"⁸ come se il non adempiere ad un decreto ingiuntivo o ad una sentenza di condanna comportasse di per sé il reato e dunque la sanzione penale⁹.

Si tratta peraltro di una conquista moderna, solo a ricordare come il codice civile del 1865, agli artt. 2093 ss., prevedesse invece l'arresto personale per talune ipotesi di debito, che venne parzialmente abrogato solo con la l. 6-12-1877, n. 4166 e venne meno anche per le ipotesi residue solo con l'emanazione dell'attuale codice civile¹⁰.

In realtà la strada per giungere alla totale eliminazione di qualsiasi conseguenza sulla persona del debitore inadempiente è stata molto lunga: risaliva infatti alle XII tavole il diritto del creditore di infliggere perfino la morte al debitore¹¹.

Più in generale nel diritto romano la responsabilità per l'adempimento riguardava la persona del debitore «anzitutto *in quanto titolare di un patrimonio*, eventualmente – in mancanza di patrimonio – *in quanto persona fisica*. Il patrimonio intero o la persona fisica: ecco le due garanzie dell'obbligazione, su cui il creditore può metter le mani per soddisfarsi»¹².

proposito di non adempiere la dovuta prestazione, mentre non si configura alcuna ipotesi criminosa, ma solo illecito civile, nel mero inadempimento non preceduto da alcuna intenzionale preordinazione».

⁸ ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1045; *amplius Id.*, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1997, 498-499, ove si precisa che i comportamenti del debitore sanzionati penalmente sono quelli «che siano qualificati da particolari circostanze», come per l'art. 388 c.p. è quella che il credito sia oggetto di accertamento giudiziale. Tanto però ugualmente non basta, perché agli effetti del reato occorre l'ulteriore condotta materiale del compiere sui beni «atti simulati e fraudolenti», nonché il dolo specifico della volontà di «sottrarsi all'adempimento» di quegli obblighi.

⁹ V. per tutte Cass., S.U., 27-9-2007, in *Giust. pen.*, II, 2008, 266: «il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziari previsti dall'art. 388, 2° co., c.p., non costituisce comportamento penalmente rilevante, a meno che la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento esigano per l'esecuzione il contributo dell'obbligato; infatti, l'interesse tutelato dai primi due commi dell'art. 388 c.p. non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l'esigenza costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale».

¹⁰ Ciò fu subito notato dai primi commentatori: BUTERA, sub *art. 2740 c.c.*, in *Codice civile italiano commentato*, Torino, 1942, 118, il quale rilevò che di conseguenza «il debitore insolvente, salvo il caso dell'insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.), finisce col non rispondere per nulla delle assunte obbligazioni, secondo il noto insegnamento di Gaio, nella l. 6, D., *de dolo malo*, IV, 3: *nam in nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est*».

¹¹ Tavola III, frammento IV: «*tertiis autem nudinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. Si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare si vellent, atque partim corpus addicti sibi homines promiserunt*».

¹² BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, 218; PRATIS, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 3, il quale segnala peraltro come la concentrazione della responsabilità sui beni del debitore in luogo della sua persona fosse già stata introdotta nel diritto romano, citando Tito Livio, *Ab urbe condita*, 28, 8. Il brano di Livio si riferisce, pare, alla *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. circa che ha definitivamente cambiato l'originaria concezione di

Il presupposto era infatti che la persona del debitore fosse un bene economicamente utilizzabile al pari degli altri¹³ e quindi che il creditore insoddisfatto potesse costringerla in catene a lavorare con la forza (*manus iniectio*) o venderla *trans Tiberim* e perfino ucciderla¹⁴.

Nel diritto germanico ed in quello francese del XII secolo il debitore poteva costituirsi – o essere costituito – come ostaggio del creditore, andando a vivere in un luogo del creditore ma mantenendosi a proprie spese¹⁵.

Inoltre l'inadempimento poteva comportare che la casa del debitore fosse bolata¹⁶ e lui messo al bando¹⁷ oppure poteva portare alla pena dell'infamia¹⁸ ed essere oggetto di costrizione sulla persona del debitore: «l'esecuzione personale portava che il debitore dovesse rispondere delle obbligazioni con il corpo»¹⁹.

Ben si comprende quindi perché si definì un progresso quando l'esecuzione personale venne sostituita con l'arresto²⁰ e che «il progresso della concezione moderna sulla concezione romana consiste, come si vede, nell'aver, a dir così, *obiettivato* la prestazione, nell'averla *distaccata dalla persona del debitore* conferendole una certa autonomia»²¹.

Nel codice civile del 1865, infatti, fu contemplato l'arresto (da tre mesi a due anni: art. 2102), che fu inserito nonostante i vari progetti ne prevedessero l'abolizione: venne in tal modo mantenuta una linea di continuità con le legislazioni degli stati preunitari, dalle quali l'arresto per debiti venne così ereditato.

Le ipotesi di applicazione dell'arresto in realtà erano poche: il debito doveva superare le 500 lire (art. 2096), non poteva riguardare i minori, gli anziani e gli eredi (art. 2097), non si poteva eseguire simultaneamente contro il marito e la moglie (art. 2098) ecc. ed aveva ad oggetto principalmente l'inadempimento di obbligazioni nascenti «da violenza, da dolo o da spoglio, ancorché il fatto non costituisca reato», la contravvenzione dolosa ad «inibizioni giudiziali» o la mancata esibizione, restituzione o consegna di documenti o valori da parte di pubblici ufficiali (art. 2094). Era infine consentito contro contabili dello Stato e di enti pubblici per la mancata restituzione di denaro «ancorché non siavi dolo» (art. 2095).

obligatio (fondata sul *nexum*) e introdotto una nozione di obbligazione in senso nuovo e moderno; la circostanza è attestata anche da Varrone (Varro, de l. l., 7, 105); GAETANO, *Dei privilegi*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1949, 35; SALONO, *Debiti (arresto personale per)*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1989, 122 indica invece che la legge fu emanata a seguito di una sollevazione popolare del 429.

¹³ SALONO, *op. cit.*, 122.

¹⁴ RUBINO, *op. cit.*, 122; GAETANO, *op. cit.*, 34.

¹⁵ SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, I, Torino, 1921, 163 ss., ove altre indicazioni relative al diritto medioevale italiano; altre indicazioni in SALONO, *ibidem*.

¹⁶ SCHUPFER, *op. cit.*, 289.

¹⁷ SCHUPFER, *op. cit.*, 291 ss.

¹⁸ SCHUPFER, *op. cit.*, 264 ss.

¹⁹ SCHUPFER, *op. cit.*, 283 ss.

²⁰ SCHUPFER, *op. cit.*, 285, ove l'indicazione di vari statuti comunali italiani dal XIII secolo in poi che contenevano la disciplina dell'arresto per debiti.

²¹ BETTI, *Il concetto della obbligazione*, cit., 219.

La funzione dell'arresto non era peraltro diretta alla vendetta del creditore insoddisfatto, ancorché occorresse comunque la sua «istanza» (art. 2093): era infatti facoltà del debitore evitarlo, pagando un quarto della somma dovuta ed offrendo adeguate garanzie per il pagamento del residuo, fermo che in caso di mancato pagamento integrale il creditore poteva nuovamente chiederne l'arresto (art. 2104).

Si trattava insomma di una «temporanea privazione della libertà [...] inflitta al debitore inadempiente, con l'intendimento di costringerlo ad eseguire l'obbligazione»²².

Tuttavia già al tempo si riteneva che il carcere per debiti fosse «la fedele espressione della barbarie di popoli rozzi», tanto che «la sua graduale abolizione cammina di pari passo con la conquista della civiltà»²³.

L'abolizione operata con la l. 6-12-1877, n. 4166, avvenuta in un periodo in cui varie legislazioni europee si erano mosse nella stessa direzione²⁴, non fu integrale, perché l'arresto venne mantenuto per l'inadempimento alle obbligazioni civili nascenti da reato. Il codice di commercio del 1882, invece, eliminò le ipotesi di arresto contemplate negli artt. 727 e 728 del precedente codice del 1865, mantenendo tuttavia all'art. 695 quello del fallito già previsto nell'art. 548 previgente: ma si trattava di arresto quando ricorressero «sufficienti indizi di penale responsabilità» e dunque non per l'inadempimento alle ordinarie o obbligazioni civili.

2. Il carcere per debiti nel XXI secolo.

Una volta ricordato come l'ordinamento moderno sia giunto, sia pure a fatica, ad eliminare del tutto il carcere per debiti²⁵ e che il codice penale del 1930 e la legge fallimentare del 1942 non prevedano come reato il mero inadempimento, ci si dovrebbe attendere che la questione rappresenti una mera curiosità storica; quanto meno se sia vero che «la sua graduale abolizione cammina di pari passo con la conquista della civiltà», come si è ricordato nel paragrafo precedente.

Vanno però segnalate due ipotesi particolari tutt'ora vigenti che impongono un'attenta riflessione, per accertare la coerenza del sistema sanzionatorio penale in tutte le ipotesi di inadempimento.

La prima è rappresentata dal mancato pagamento dell'assegno di mantenimen-

²² GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II ed., Prato, s.d. ma 1906-1907, II, 238-239; Cass. Firenze, 12-3-1866, *La legge*, I, 1866, 429.

²³ MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 1883, 514, cit. da SALONO, *op. cit.*, 122, il quale ricorda come una prima proposta di abolizione del carcere per debiti risalisse a Pisanelli e Mancini.

²⁴ L'elenco in SALONO, *op. cit.*, 123.

²⁵ Si dice che con la codificazione del 1942 le questioni relative all'effettiva abrogazione del carcere per debiti operata nel 1877 giunsero a «dissolversi»: BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 62; anche PRATIS, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 4 parla di «totale abolizione» del carcere per debiti con il codice civile del 1942.

to dovuto al coniuge o ai figli e disposto dal tribunale in sede di separazione personale tra i coniugi.

Tale inadempimento viene ricondotto al reato di cui all'art. 570 c.p. allorché il mancato pagamento dell'assegno causi il venir meno dei mezzi di sussistenza spettanti all'avente diritto, sicché non può parlarsi di reato nascente dal puro inadempimento, giacché occorre l'ulteriore elemento oggettivo appena indicato²⁶.

Da questo profilo non può indicarsi allora un'eccezione al principio per cui l'inadempimento di obbligazioni non è sanzionato penalmente, perché il bene protetto, a ben vedere, è rappresentato dalla tutela del soggetto economicamente bisognoso, che può non risultare danneggiato da un inadempimento modesto²⁷. D'altro canto anche un inadempimento totale può non costituire reato se il coniuge obbligato provveda a versare del denaro prima che si concretizzi lo stato di bisogno; si può perfino ipotizzare una prestazione in luogo dell'adempimento se, ad es., consenta l'uso di un immobile e fornisca il vitto necessario, ove beninteso non manchino altre necessità.

Dunque perché possa comminarsi la sanzione penale occorre la realizzazione di una fattispecie diversa dal puro inadempimento all'obbligo di pagare una somma in denaro, al pari delle altre fattispecie di cui si è fatto cenno in precedenza.

Costituisce invece oggi²⁸ una vera e propria eccezione quella prevista dalla

²⁶ V. ad es. Cass. pen., sez. VI, 12-7-2007: «il mancato versamento da parte del coniuge separato dell'assegno di mantenimento stabilito in sede civile, non implica la necessaria configurabilità del delitto di cui all'art. 570, 2° co., n. 2, c.p., la cui sfera di operatività è circoscritta alla sola mancata corresponsione da parte dell'obbligato dei mezzi di sussistenza al soggetto favorito, intesi quali mezzi economici necessari per la soddisfazione di elementari esigenze di vita». Precisa poi Cass. pen., sez. VI, 31-10-2006 che «ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 570, 2° co., c.p. nell'ipotesi di mancata corresponsione – anche parziale – da parte del coniuge obbligato al versamento dell'assegno stabilito in sede di separazione coniugale, il giudice penale deve accertare se, per effetto di tale condotta, siano venuti a mancare in concreto ai beneficiari i mezzi di sussistenza accertamento che è diverso e indipendente da quello compiuto dal giudice civile per la determinazione dell'assegno».

²⁷ Per Cass. pen., sez. VI, 17-5-2004, «il reato di cui all'art. 570 c.p. non si verifica automaticamente a seguito dell'omessa o parziale corresponsione dell'assegno di mantenimento e resta escluso in ogni caso in cui, nonostante l'inadempimento totale o parziale dell'agente, il soggetto passivo non sia rimasto privo di mezzi di sussistenza (come avviene nel caso in cui egli disponga di redditi personali sufficienti ad assicurare il soddisfacimento dei bisogni primari o nel caso in cui la minor somma corrisposta dall'obbligato sia comunque sufficiente a tal fine)».

²⁸ In passato la giurisprudenza discuteva infatti se al mancato pagamento dell'assegno di divorzio si applicasse o meno la previsione dell'art. 570 c.p. Ad es. per Cass. pen., 19-2-1981, si diceva che «nel valutare la sussistenza o meno del reato di cui all'art. 570 c.p., occorre ricercare, caso per caso, quando l'assegno di divorzio, previsto dall'art. 5, 4° co., l. 1°-12-1970, n. 898 sia concepito in funzione esclusivamente assistenziale, e quando invece abbia carattere risarcitorio; nel primo caso è ipotizzabile il reato di violazione degli obblighi di assistenza». Invece per Cass. pen., 26-1-1985, «non sussistono gli estremi del delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare nella condotta del coniuge divorziato che ometta di corrispondere al coniuge beneficiario l'assegno divorzile al cui versamento sia tenuto, essendo venuta meno, con la sentenza di divorzio, la qualità di coniuge, elemento costitutivo del reato». Di qui l'intervento del legislatore nel formulare la sanzione penale di cui si discute nel testo, ovviamente inapplicabile retroattivamente (Cass. pen.,

disciplina del divorzio e segnatamente dall'art. 12 *sexies*, l. 1-12-1970, n. 898, giacché qui il mancato versamento dell'assegno è sanzionato con le pene previste dall'art. 570 c.p., cui la disposizione rinvia, secondo i giudici per il semplice fatto del mancato pagamento²⁹ e quindi a prescindere da altri requisiti oggettivi³⁰.

In realtà la disposizione individua l'elemento materiale del reato nel fatto del coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno, che ben potrebbe riferirsi ai comportamenti diretti ad occultare il patrimonio con il fine di non pagare quanto dovuto, come se si trattasse di una specificazione del delitto previsto dall'art. 388 c.p., che punisce gli atti fraudolenti per sottrarsi all'adempimento di un obbligo, appunto presupponendo un *quid pluris* rispetto al mero inadempimento.

Tuttavia l'applicazione ripetuta della disposizione non conosce eccezioni: il reato si consuma per il solo fatto di non pagare integralmente l'assegno e viene meno solo se il coniuge obbligato dimostri la propria incolpevole indigenza, sicché un inadempimento volontario è sanzionato penalmente.

Dunque esiste un caso in cui il mancato pagamento di un debito comporta, nella legge, la conseguenza della reclusione ed è proprio questa fattispecie a riportare l'ordinamento ad una sanzione – il carcere per debiti – che aveva iniziato ad abrogare addirittura nel 1877!

Si noti che la consumazione del reato legata al solo mancato pagamento, anche parziale, del debito prescinde dal danno che ne derivi: quand'anche il coniuge avente diritto sia munito di adeguate sostanze per vivere, al punto di non ricevere alcun nocumento dal difetto di adempimento, il reato sussiste ugualmente.

La Corte costituzionale si è ripetutamente pronunciata sulla fattispecie: al di là delle decisioni che riguardano la perseguibilità d'ufficio del reato, che non interessano la sostanza del problema, la possibile incostituzionalità dell'art. 12 *sexies* della

10-2-1988: «l'inadempimento dell'obbligo di corrispondere un assegno all'ex coniuge in caso di divorzio non integra, se commesso prima dell'entrata in vigore dell'art. 21, l. 6-3-1987, n. 74, che ha aggiunto l'art. 12 *sexies*, alla l. 1°-12-1970, n. 898, gli estremi del reato previsto dall'art. 570 c.p., ma costituisce soltanto un illecito civile»).

²⁹ V. ad es. Cass. pen., sez. VI, 5-11-2008: «in tema di reati contro la famiglia, il delitto previsto dall'art. 12 *sexies*, l. 1°-12-1970, n. 898, si configura per il semplice inadempimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno nella misura disposta dal giudice in sede di divorzio, prescindendo dalla prova dello stato di bisogno dell'avente diritto». Inoltre per Cass. pen., sez. VI, 27-3-2007, «il delitto previsto dall'art. 12 *sexies*, l. 1°-12-1970, n. 898 si configura anche in presenza di un inadempimento parziale dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile, non essendo riconosciuto all'obbligato un potere di adeguamento dell'assegno in revisione della determinazione fattane dal giudice»; v. anche Cass. pen., sez. VI, 3-12-2003, in *Giust. pen.*, II, 2005, 706. Ancora, per Cass. pen., sez. VI, 19-5-2005, «il reato di cui all'art. 12 *sexies*, l. 1°-12-1970, n. 898 è integrato per il solo fatto del mancato versamento dell'assegno stabilito nella sentenza divorzile, sicché qualora il genitore divorziato faccia mancare nel contempo i mezzi di sussistenza al figlio minore è realizzata anche la distinta fattispecie di cui all'art. 570 cpv., n. 2, c.p.»).

³⁰ Infatti per Cass. pen., sez. VI, 19-5-2005, «il reato di cui all'art. 12 *sexies*, l. 1°-12-1970, n. 898 è integrato per il solo fatto del mancato versamento dell'assegno stabilito nella sentenza divorzile, sicché qualora il genitore divorziato faccia mancare nel contempo i mezzi di sussistenza al figlio minore è realizzata anche la distinta fattispecie di cui all'art. 570 cpv., n. 2, c.p.»).

l. n. 898 del 1970 per violazione dell'art. 3 della Costituzione è stata invece esclusa rilevando la diversità del rapporto che lega qui i due *ex* coniugi, idonea come tale a giustificare una diversa disciplina sanzionatoria della violazione dell'obbligo di versare l'assegno³¹.

Per la Corte, infatti, «l'art. 12 *sexies* garantisce un rapporto di credito che esaurisce in sé, successivamente al divorzio, ogni collegamento tra le sfere degli *ex* coniugi, mentre l'art. 570 del codice penale tutela un rapporto personale tuttora in atto. Si tratta, quindi, di situazioni non omogenee, le cui tutele diversificate rendono ultronea ogni valutazione in termini di maggiore o minore intensità dell'una rispetto all'altra, trovando le differenze tra esse sufficiente giustificazione in tale non omogeneità»³².

Quel che non convince è però la ragionevolezza della sanzione penale per il semplice inadempimento del debito pecuniario, prescindendo da qualsiasi danno e dalla mancanza di mezzi di sussistenza del coniuge creditore³³: si scrive infatti che il carcere per debiti abolito nel 1942 era già allora «istituto radicato sempre più nella coscienza sociale e nella cultura giuridica nazionale (da quella europea, di fatto, era già da tempo scomparsa)»³⁴.

In tal senso pur essendo indubitabile la diversità delle due situazioni – separazione e divorzio – il problema è appunto quello della ragionevolezza in sé della sanzione prevista, su cui la Corte non si è pronunciata, giacché ha solo escluso che sussista una ingiustificata disparità di trattamento sanzionatorio avendo rilevato la diversità delle situazioni regolate.

Resta allora da comprendere se appaia congruo che l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria, addirittura quando marginale, possa venir sanzionato con la reclusione: al che la risposta negativa pare la più coerente se confrontata con l'intero sistema sanzionatorio penale, posto che si tratta dell'unica ipotesi in cui la conseguenza sia collegata al puro inadempimento, senza alcun ulteriore requisito.

³¹ In tal senso v. QUADRI, *Legittimità costituzionale della nuova tutela penale del divorziato*, in *Foro it.*, I, 1990, 1815, il quale sottolinea anche la circostanza che mentre l'*ex* coniuge che riceve il versamento in unica soluzione del contributo è in tal modo soddisfatto, chi attenda l'assegno sarebbe invece privo di tutela.

³² C. cost., 31-7-1989, n. 472, in *Foro it.*, I, 1990, 1815, la quale individua tra le differenze, ad es., «ad escludere la completa equiparabilità del trattamento economico del divorziato a quello del separato basterebbe rilevare che per il divorziato l'assegno di mantenimento non è correlato al tenore di vita matrimoniale. Non meno rimarchevole appare la differenza» alla stregua della quale, in luogo dell'assegno periodico di divorzio, è possibile «la corresponsione in unica soluzione ai sensi dell'8° comma dell'art. 5 della l. n. 898 del 1970, così da garantire patrimonialmente e definitivamente l'*ex* coniuge, prescindendo da ogni esigenza assistenziale, di natura solidaristica, risalente al dissolto vincolo matrimoniale. Ma, al di là di tutto questo, resta il fatto che, mentre il divorziato riacquista comunque lo stato libero, il separato continua ad essere vincolato allo stato coniugale, con la conseguenza, fra l'altro, di non venire privato delle sue aspettative successorie».

³³ Nel ricostruire le vicende che portarono all'abrogazione della legislazione previgente, SALONO, *op. cit.*, 123 scrive che «del resto, in caso diverso la sorte dell'istituto sarebbe pur sempre stata segnata dalla sua lampante incompatibilità con testo e spirito della nuova Costituzione repubblicana».

³⁴ SALONO, *ibidem*.

3. *La responsabilità patrimoniale: le questioni da affrontare.*

Il codice civile vigente riproduce nell'art. 2740 la formula che già esisteva, in termini pressoché identici, nel codice civile del 1865, il cui art. 1948 indicava appunto che «chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri»³⁵.

La Relazione al codice del 1942 (nn. 1123 e 1124) tace sulle ragioni della diversa formulazione dell'art. 2740, probabilmente perché le modifiche costituivano in concreto piccole sfumature lessicali: l'elencazione di beni mobili ed immobili avrebbe potuto ad es. introdurre dubbi sulla possibilità di espropriare i crediti, sicché l'eliminazione di tale riferimento, letta alla luce delle regole del processo esecutivo del codice di rito, ha reso inconsistenti i dubbi sull'espropriabilità di beni non mobili né immobili o sui crediti.

Talora la letteratura ha evidenziato la diversa rilevanza della volontà esecutiva del debitore assunta nella nuova disciplina, che risulterebbe dalla diversa formulazione del previgente art. 1948 c.c., dove si indica appunto che il debitore «è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni»³⁶. In realtà il codice civile del 1865 si esprimeva con un linguaggio carico di finzioni solo a ricordare che la risoluzione per inadempimento era considerata oggetto di una «condizione inespressa» (art. 1165) ed è quindi difficile ricostruire in modo inequivocabile le intenzioni del legislatore del XIX secolo.

Non sembra quindi il caso di soffermarsi sulle diverse parole utilizzate per indicare la responsabilità illimitata del debitore, che tale era ed è rimasta in entrambe le regole ora esaminate³⁷, al punto che anche parte della letteratura formata nel 1942 concluse che «il nuovo codice non innova sostanzialmente a quello del 1865»³⁸.

Va invece letta autonomamente una precisazione importante contenuta nel n. 1124, ovvero che il principio di responsabilità patrimoniale veniva «rafforzato dalla norma (art. 2740, 2° co.) che, nell'interesse del credito e dell'economia, non consente limitazioni di responsabilità fuori dei casi stabiliti dalla legge».

Per quanto la regola appaia intuitiva – nessuno può sottrarsi per scelta autonoma alle proprie responsabilità –, in realtà questa disposizione costituisce il filo conduttore dell'intera disciplina della responsabilità patrimoniale, la cui funzione assume un peso decisivo una volta sistematizzata con l'intero impianto del codice civile relativo ai principi inerenti il diritto patrimoniale.

Alcune indicazioni, che andranno appunto ordinate per costruire il tessuto argomentativo delle soluzioni poste dai più disparati istituti, si colgono in tema

³⁵ Sulle origini storiche della disposizione v. ALB. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità civile (alle origini dell'art. 2740 c.c.)*, in *Studi in memoria di Gorla*, III, Milano, 1994, 1805.

³⁶ ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 487.

³⁷ Parla infatti di semplici «perfezionamenti tecnici» BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 6.

³⁸ D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1942, 433.

di obbligazioni e contratti: ad es. l'art. 1229 c.c., che dichiarando la nullità dei patti di esonero da responsabilità per dolo e colpa grave conferma l'interesse pubblico e non meramente interno, della funzione anche preventiva che ricopre la regola della responsabilità, salvo poi accertarne in concreto i limiti di operatività al di fuori di una persistente ipostatizzazione della regola, invocata come divieto contro patti leciti e funzionali anche agli interessi dei creditori³⁹.

La ridotta capacità espansiva del contratto, incapace di imporre regole agli estranei (art. 1372, cpv., c.c.), conferma da un diverso profilo l'impossibilità di incidere in qualsiasi modo sull'eguale diritto dei creditori, di soddisfarsi sui beni del debitore, ad es. dando vita a privilegi atipici, peraltro vietati anche dall'art. 2745 c.c.

Ancora più importanti sono però le regole sulla revocabilità degli atti in frode ai creditori, tanto se posti in essere tra creditori ordinari (artt. 2901 ss. c.c.), quanto se valutati con l'ottica delle procedure concorsuali, le quali fanno della revocatoria fallimentare terreno elettivo per la ripartizione sull'intero ceto creditorio, del peso economico dell'insolvenza, la cui importanza economica ben si intuisce alla luce delle diverse discipline di risanamento delle grandi imprese in crisi.

In realtà la letteratura ha indicato altre ragioni che dovrebbero aver portato all'attuale formulazione della disposizione in esame.

Si è infatti notato come il legislatore, nel modificare la precedente formula, eliminando l'indicazione dell'obbligo per il debitore di «adempiere le obbligazioni con tutti i suoi beni» per sostituirla con la responsabilità inerente i beni stessi, avrebbe spostato l'accento dai beni come mezzo per l'adempimento alla soggezione del patrimonio alla responsabilità: ciò per eliminare qualsiasi legame della responsabilità patrimoniale con la struttura dell'obbligazione⁴⁰.

In altre parole, la notorietà della tesi di matrice tedesca, che distingue debito (*Schuld*) e responsabilità (*Haftung*) e di cui si dirà meglio, che pervadeva la letteratura dei primi decenni del secolo scorso, avrebbe indotto il legislatore ad un chiarimento in senso diverso, tale da escludere che si potesse ravvisare nella responsabilità un elemento costitutivo dell'obbligazione, addirittura «incardinato della struttura» dell'obbligo⁴¹, come invece si sosteneva sulla base di quella lettura.

Di tale volontà di chiarimento non c'è traccia e, pur potendo essere plausibile⁴², in realtà resta una pura ipotesi priva di riscontri documentali.

Da altri si segnala invece, ma qui dichiaratamente in via di ipotesi, un percorso opposto nelle intenzioni iniziali.

Si è infatti evidenziato come il progetto del codice civile del 1940 avesse col-

³⁹ Si noti fin d'ora che una cosa è il patto per cui un contraente non risponde verso l'altro per il proprio inadempimento, regolato dall'art. 1229 c.c. ed altra cosa è il patto tra creditore e debitore sulle modalità di attuazione della responsabilità patrimoniale, cui sono dedicate specifiche considerazioni nei paragrafi successivi.

⁴⁰ MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1988, 1.

⁴¹ MIRAGLIA, *ibidem*.

⁴² ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 488.

locato la regola della responsabilità patrimoniale immediatamente dopo la disposizione sulla nozione di obbligazione, così confermando una possibile iniziale adesione del legislatore alla ricordata teoria tedesca⁴³; salvo poi discostarsene al momento della codificazione effettiva, allorché della prima non rimase traccia mentre la seconda venne collocata nel Libro VI⁴⁴.

Anche questa è una ricostruzione plausibile ed anche questa è del pari priva di prove certe su una volontà effettiva del legislatore di prendere posizione in ordine ad una teoria che, già da tempo, stava perdendo terreno nelle opinioni della letteratura, mentre il silenzio delle fonti non sembra aiutare in alcuna direzione.

È noto infatti che quando il codificatore decise di prendere posizione su dibattute questioni teoriche talora di ampio respiro, lasciò tracce ben chiare nella Relazione, ove si ricordino ad es. il rifiuto espresso di codificare il negozio giuridico⁴⁵, la definitiva presa di posizione nella diatriba tra nozione soggettiva ed oggettiva della causa del contratto od ancora sulla rilevanza della colpa nell'adempimento delle obbligazioni.

Pare allora strano, anche se nessuno può escluderlo, che il legislatore si sia semplicemente dimenticato di dare almeno un minimo cenno alla scelta operata in sede di codificazione nel decidere di troncicare ogni riferimento alla collocazione strutturale della responsabilità patrimoniale nell'obbligazione, mentre appare più credibile l'idea che la questione non sia stata affatto presa in considerazione, esattamente come si è detto a proposito della codificazione tedesca⁴⁶, forse perché priva, come a noi pare, di qualsiasi rilevanza concreta e dunque superflua.

Che poi si possano sollevare obiezioni che vanno dallo stile letterario all'opportunità dei termini utilizzati, è circostanza che appartiene semmai alla cultura del giurista il quale, nel lodevole tentativo di armonizzare gli istituti, si accolla però alle volte un compito tanto inutile quanto talora perfino pedante, anziché concentrarsi sul buon funzionamento dei meccanismi di soluzione dei problemi pratici cui le regole sono tese.

Il vero tema centrale nella disciplina della responsabilità patrimoniale è invece

⁴³ L'indicazione è di GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, 117 e ribadita ad es. da ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 488. Negli *Atti della commissione delle assemblee legislative, Libro delle obbligazioni*, Roma, 1940, 18, risulta infatti tale collocazione ed in particolare il relatore Giaquinto «ritiene giustificata la collocazione della norma in questa sede. Da molti scrittori si è sostenuto la teoria che l'obbligazione non è che un vincolo del patrimonio verso un altro patrimonio, tendendo così a mettere in rilievo il lato esecutivo dell'obbligazione. Questo elemento della responsabilità è strettamente connesso con quello del vincolo; appunto perché il vincolo in una fase successiva, cioè in quella esecutiva, si traduce in un'aggressione del patrimonio, cioè nell'esercizio di un potere che il creditore ha sul patrimonio del debitore. Ecco perché averlo messo in evidenza gli sembra un completamento sistematico ed armonico del concetto contenuto nell'articolo 1» (ove la nozione di obbligazione).

⁴⁴ ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1042.

⁴⁵ Relazione, n. 602; sul tema v. da ultimo GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2010, 33 ss.

⁴⁶ Cfr. il paragrafo successivo.

un altro, cioè quello della forza espansiva che assuma la regola alla luce dell'emergere di istituti nuovi nemmeno ipotizzati al tempo dell'emanazione del codice.

Si tratta cioè di effettuare una prova di tenuta del principio in relazione, ad es. e senza ordine, all'efficacia del *trust* nei confronti dei creditori del *settlor*; ai diritti spettanti ai creditori degli eredi del *settlor* rispetto alla sopravvivenza del *trust*; ai conflitti tra i creditori del destinante e diritti del beneficiario negli atti di destinazione (art. 2645 *ter c.c.*)⁴⁷ e così via.

È evidente che occorrerà a tal fine ricostruire sistematicamente il tessuto della disciplina dei diversi ambiti di operatività del principio di responsabilità patrimoniale, per verificare quanti e quali eccezioni siano state ammesse. Questo con il dichiarato obiettivo di accertare se esistano occasionali smagliature di quel tessuto, che non ne indeboliscano la capacità di indicare costantemente quali siano gli interessi da privilegiare nei conflitti tra creditori e beneficiari oppure se si debba ritenere che l'emersione di valori nuovi e diversi, imponga di ridisegnare totalmente la regola che dovrebbe proteggere chiunque sia creditore di un determinato soggetto.

Si tratta di un profilo diverso da quello, pure da indagare, del funzionamento operativo del principio di responsabilità patrimoniale, connesso alla disciplina positiva delle cause di prelazione, della *par condicio creditorum* e di tutti gli ulteriori meccanismi attuativi di quella regola: attuativi, appunto e dunque che devono trovare un indice di fondatezza nella misura concreta della regola generale.

4. Debito (Schuld) e responsabilità (Haftung)

Risale alla letteratura tedesca il tentativo di distinguere, all'interno della struttura dell'obbligazione, il debito, che rappresenterebbe l'obbligo gravante sul soggetto tenuto ad una prestazione, dalla responsabilità, intesa come potere del creditore di ottenere la propria soddisfazione anche contro la volontà del debitore⁴⁸: secondo quell'antica lettura debito e responsabilità⁴⁹ costituirebbero elementi strutturali dell'obbligazione, di pari dignità.

⁴⁷ Sulla necessità che la tutela del credito trovi nel nostro ordinamento almeno i medesimi spazi che riceve negli altri, in relazione alle nuove forme di separazione patrimoniale introdotte dal *trust*, v. SICCHIERO, *Ancora sulla revocabilità del trust e dell'atto di destinazione, ovvero delle tesi scritte alla lavagna*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 18 ss.

⁴⁸ La prima indicazione viene ricondotta allo scritto di BRINZ, *Der Begriff obligatio*, in *Grünhuts Zeitschrift für das Privat und öffentliches Recht der Gegenwart*, I, 1874, da parte di ARE, *L'obbligazione e la sua esecuzione coattiva*, Napoli, 1927, 30; GANGI, *Il debito e la responsabilità*, in *Scritti giuridici vari*, Padova, 1933, 3 o di DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina-Milano, VI ed., s.d., 9. V. altresì tra i molti anche GIERKE, *Schuld und Haftung in älteren deutschen Recht*, Breslavia, 1910; SCHREIBER, *Schuld und Haftung als Begriff der privatlichen Dogmatik*, Lipsia, 1914 nonché le indicazioni di BETTI, cit. alla nota successiva.

⁴⁹ Avvisava BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, 28-29, che il termine *Haftung* non può tradursi letteralmente con responsabilità (cui dovrebbe semmai corrispondere il

Tale tentativo nascerebbe dalla necessità di formulare un'adeguata risposta al problema della incoercibilità della prestazione del debitore: spostando infatti l'accento dal comportamento doveroso ma appunto non passibile di coazione, alla valutazione patrimoniale del rapporto e, di conseguenza, alla possibilità di dare attuazione forzata alla pretesa del debitore, si sarebbe in tal modo costruita una nozione completa di obbligazione, capace di resistere alle critiche cui la costruzione più antica non sapeva rispondere⁵⁰.

La letteratura formatasi nei primi decenni del '900 aveva aderito a queste indicazioni: secondo una lettura il termine responsabilità sarebbe utilizzato «per distinguere e designare il lato attivo dell'obbligazione civile perfetta (*Haftung*) in contrapposto al lato passivo (debito: *Schuld*)»⁵¹.

Altre e più approfondite indicazioni erano nel senso di evidenziare come il debito, individuato nel vincolo tra l'obbligo del debitore di eseguire (*Leistensollen*) ed addirittura il dovere (*Bekommensollen*) del creditore di ricevere la prestazione, non fosse sufficiente a delineare il rapporto complessivo tra i due soggetti, come invece faceva la letteratura che nemmeno accennava al problema della responsabilità⁵².

Ciò perché e come anticipato, «non dà al creditore il potere di costringere il debitore al compimento del suo dovere, ossia ad effettuare la prestazione dovuta, perché il creditore abbia questo potere, è necessario che accanto al rapporto di debito esista un rapporto di diversa natura, ossia un rapporto di *responsabilità*»⁵³.

In realtà una spiegazione storica era stata fornita nell'evidenziare che di fronte alle obbligazioni *ex delicto* il danneggiato poteva vendicarsi nei confronti del danneggiato o dei relativi parenti, ma non chiedere un risarcimento: «*Haftung, obligatio*, dunque e non ancora *debitum, Schuld*, cioè dovere di prestare chicchessia»⁵⁴: questa sarebbe forse la genesi della distinzione tra l'essere soggetto passivo della vendetta del danneggiato, ma senza che si creasse alcun rapporto di tipo risarcitorio⁵⁵.

termine *Verantwortlichkeit*), giacché nel diritto tedesco indicherebbe «la destinazione di una persona o di una cosa a servire a soddisfazione ad alcuno (creditore) per alcunché, o –in altra formulazione– l'assoggettamento di una persona o di una cosa a un potere di aggressione (o di coazione, come altri dicono) del creditore»; ivi alla nota 1 vastissime indicazioni bibliografiche.

⁵⁰ Si veda l'ampia ricostruzione operata da GIORGIANNI, *op. cit.*, 151 ss., spec. 176 ss.

⁵¹ PELLEGRINI, *Responsabilità*, in *Nuovo Dig.*, XIX, Torino, 1939, 439, n. 2.

⁵² V. ad es. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. Ascoli e Cammeo, Milano, 1908, 1; RICCI, *Indole e fonti delle obbligazioni e dei contratti*, Torino, 1892, 1; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., *op. cit.*, I, 12 ss.; DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1931, 2; DE RUGGIERO, *op. cit.*, 5 ss.

⁵³ GANGI, *op. cit.*, 7; v. inoltre *ivi*, 29-141 e 209 ss. l'analitica ricostruzione delle varie teorie tedesche della fine dell'800 e dei primi del '900.

⁵⁴ POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 89; ricostruisce invece la vicenda in senso diametralmente opposto BETTI, *Teoria generale*, cit., 94 ss. riferendosi però al diritto romano.

⁵⁵ Per GIORGIANNI, *op. cit.*, 190, il meccanismo varrebbe anche per spiegare «la struttura dell'obbligazione romana in qualche stadio della sua evoluzione» in relazione al vincolo gravante sulla persona del debitore.

Nondimeno la tesi tedesca aveva avuto ampia espansione e nel senso anzidetto si è sostenuta fortemente la possibilità di distinguere in ogni caso debito e responsabilità, tanto che si potrebbe individuarli come «rapporti giuridici indipendenti» già nel diritto di diversi paesi nordici⁵⁶ e poi di quello tedesco anteriore alla codificazione⁵⁷.

La tesi venne sviluppata anche nel senso della possibilità di configurare ipotesi in cui il debito sussista senza la responsabilità e viceversa⁵⁸, quali casi eccezionali di obbligazioni non perfette.

La distinzione sarebbe poi transitata dall'antico diritto a quello codificato⁵⁹ ancorché il legislatore tedesco del 1896, nei §§ 241 e 242 del BGB, nulla avesse detto in proposito, al punto che si sottolinea come «i compilatori del codice non ebbero nozione della distinzione ed invano quindi si cercherebbe di trovare nella terminologia della legge un sostegno per essa»⁶⁰.

Tuttavia il silenzio del legislatore non sarebbe stato d'ostacolo a che, una volta ribadita la distinzione concettuale tra debito e responsabilità⁶¹, si individuasse nella responsabilità un elemento costitutivo dell'obbligazione⁶², con una ricostruzione teorica che non rimarrebbe confinata al solo diritto tedesco, in quanto varrebbe anche a definire la nozione di obbligazione nel diritto italiano⁶³.

Nel nostro diritto si riproporrebbe infatti lo stesso problema evidenziato dalla dogmatica tedesca, giacché si sarebbe trascurata da sempre l'importanza strutturale della responsabilità, tracciando la nozione di obbligazione come puro obbligo di adempimento⁶⁴.

Tale problema sarebbe stato finalmente risolto solo quando, riconosciuto che *nemo cogi potest ad factum*⁶⁵, si sarebbe sostenuto che «l'essenza dell'obbligazione non sta nell'obbligo del debitore di eseguire la prestazione, ma nel diritto del creditore di agire coattivamente contro di lui, e in particolare di aggredire il suo patrimonio, in caso di inadempimento della prestazione stessa»⁶⁶.

Esclusa allora la possibilità di individuare nell'obbligazione la mera pretesa del creditore ad un comportamento del debitore, debito e responsabilità andrebbero

⁵⁶ La ricostruzione venne operata da AMIRA, *Nordgermanisches Obligationsrecht*, nel primo volume, *Altswedisches Obligationsrecht*, Lipsia, 1882 e nel secondo *Westnordisches Obligationsrecht*, Lipsia, 1895; ulteriori indicazioni storiche in GANGI, *op. cit.*, 4-5, nelle note 6 e 7 e ARE, *op. cit.*, 31-32.

⁵⁷ GANGI, *op. cit.*, 22.

⁵⁸ GANGI, *op. cit.*, 22 ss., 148 ss.

⁵⁹ GANGI, *op. cit.*, spec. 164 ss. ed *ivi*, 164-165 il riferimento ai §§ 241 e 242 del BGB; 277.

⁶⁰ GANGI, *op. cit.*, p. 148.

⁶¹ POLACCO, *op. cit.*, 77, 91; DE RUGGIERO, *op. cit.*, 11; GANGI, *op. cit.*, 167-168, 170 ss.

⁶² GANGI, *op. cit.*, 183 ss., 293, *passim*; LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, s.d., 10, 13-14.

⁶³ GANGI, *op. cit.*, 314 ss.; A. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1910, 682-683.

⁶⁴ GANGI, *op. cit.*, 316.

⁶⁵ Ad es. da POLACCO, *op. cit.*, 74 o DUSI, *op. cit.*, 4. Il tema è approfondito da A. ROCCO, *op. cit.*, 677 ss. e da ARE, *op. cit.*, 94 ss.; v. anche BRECCIA, *op. cit.*, 61-62.

⁶⁶ GANGI, *op. cit.*, 317, 328 ss.

certamente distinti ma sarebbero pur sempre elementi strutturali dell'obbligazione⁶⁷. Del pari esisterebbero poi anche nel nostro ordinamento ipotesi di debito senza responsabilità (es. le obbligazioni naturali) e di responsabilità senza debito (la fideiussione, il pegno e l'ipoteca per debiti condizionati o futuri)⁶⁸.

Anche qui tuttavia, per mantenere unità al concetto, si giunse a costruzioni non giustificate da alcuna regola positiva ed in definitiva puramente autoreferenziali, come quella che distingueva tra debito in senso ampio e debito in senso stretto⁶⁹ per affermare che anche le obbligazioni naturali, consistendo in un debito fondato su ragioni morali, sarebbero pur sempre obbligazioni in quanto riconducibili alla nozione di debito in senso stretto, sebbene qui «il dovere del debitore non è munito di sanzione per caso di inadempimento, e l'aspettativa del creditore non può essere fatta valere contro il debitore coattivamente»⁷⁰.

Una teoria successiva aveva invece proposto una nozione più ampia di responsabilità: da intendersi riferita, a titolo di ipotesi, al diritto del creditore sul patrimonio del debitore, giacché si era evidenziato che l'azione esecutiva costituisce l'esercizio del potere pubblico dello Stato verso il quale il creditore ha diritto di pretendere l'intervento: donde appunto la necessità di configurare una nozione diversa di responsabilità nell'ambito del diritto privato⁷¹.

Rinviano all'analisi successiva la valutazione della tesi appena riferita ed utilizzata per indicare la natura processuale della responsabilità patrimoniale, c'è da chiedersi invece subito quale possa essere l'importanza della teoria che riconduce la responsabilità all'interno dell'obbligazione.

Nessuna se si volesse tentare di enuclearne una qualche conseguenza pratica⁷². Infatti questo non è in definitiva un obiettivo che si sono posti gli autori, i quali invece hanno identificato la sua funzione in una valutazione complessiva del rapporto tra debitore e creditore, osservando che «l'essenza dell'obbligazione non sta soltanto nel dovere del debitore di eseguire una data prestazione, ma anche e

⁶⁷ GANGI, *op. cit.*, 318 ss., 327, 354.

⁶⁸ GANGI, *op. cit.*, 354 ss.; LONGO, *op. cit.*, 10-14; A. ROCCO, *op. cit.*, 683-684; BETTI, *Teoria generale*, cit., 58 ss.

⁶⁹ Il primo completo di responsabilità, al contrario del secondo: GANGI, *op. cit.*, 322 ss., 326 ss. Ma perfino negli *Atti della commissione delle assemblee legislative, Libro delle obbligazioni*, il relatore Giaquinto osservava che «debito e responsabilità sono due elementi strettamente congiunti e solo concettualmente si possono separare».

⁷⁰ GANGI, *op. cit.*, 322 ss., spec. 325; l'idea che anche le obbligazioni naturali assumano natura di debito è fatta propria da BETTI, *Teoria generale*, cit., 51.

⁷¹ CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, 14-15, 127-128; l'ipotesi trova conferma nelle sue conclusioni, 226 ss.

⁷² Lo avevano notato subito già POLACCO, *op. cit.*, 91; DUSI, *op. cit.*, 5, n. 11; DE RUGGIERO, *op. cit.*, 12; D'AMELIO, *op. cit.*, 431-432; GANGI, *op. cit.*, 282 ss. e 366 ss. nega che se ne possa trarre argomento per una miglior disciplina dell'obbligazione solidale; vedi inoltre *ivi*, 301 ss. le osservazioni in ordine alle capillari e sostanzialmente astrattissime distinzioni operate dalla letteratura tedesca del tempo. GIORGIANNI, *op. cit.*, 187 nega infine valore anche descrittivo a quella formulazione; C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Milano, 1993, 27-28.

principalmente nella responsabilità di lui per l'inadempimento; responsabilità che eleva quel dovere del debitore al grado di vero e proprio obbligo giuridico»⁷³.

Ma anche tale osservazione si è rivelata, nella sostanza, incompleta ed inadeguata, giacché si è potuto facilmente replicare che se la responsabilità fosse una componente strutturale dell'obbligazione al fine di individuarne la capacità satisfattoria della pretesa del creditore, allora «allo stesso modo potrebbe legittimamente affermarsi la partecipazione alla struttura dell'obbligazione di tutti gli altri mezzi attraverso i quali la legge fa raggiungere al creditore la realizzazione del suo interesse, malgrado o contro il comportamento del debitore»⁷⁴.

Si dovrebbe allora replicare che la nozione di responsabilità non possa intendersi in senso strettamente tecnico, non indicando cioè la soggezione del patrimonio all'esecuzione forzata, servendo semmai ad illustrare la possibilità di un'azione – quale che in concreto sia – per il soddisfacimento della pretesa violata. Ma se la risposta fosse davvero questa, in tal modo altro non si direbbe che il creditore riceve una tutela dall'ordinamento e cioè che il credito costituisce un diritto e non una mera aspettativa, il che renderebbe superflue le discussioni sulla natura stessa della responsabilità, perché l'obbligazione in senso proprio si distingue dalla pretesa appunto per la sua giuridicità⁷⁵.

In definitiva l'utilità attuale della teoria in esame è sostanzialmente storica e consiste nel fissare nel tempo – a partire dalle teorie di Brinz e di Amira – il superamento dell'idea, che si afferma «ingiustamente trascurata dalla maggior parte dei pandettisti»⁷⁶, per cui il debito potesse sorgere come dovere di eseguire una prestazione al di là delle conseguenze che l'inadempimento possa o meno comportare.

Non sono invece convincenti le funzioni ulteriori che si indicano nella possibilità di spiegare la nozione di obbligazione naturale come debito senza responsabilità⁷⁷ o

⁷³ GANGI, *op. cit.*, 279, ma anche CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 232.

⁷⁴ GIORGIANNI, *op. cit.*, 188.

⁷⁵ Insomma: «il fenomeno della responsabilità non può considerarsi esclusivo dell'obbligazione, ma anzi può dirsi comune ad ogni dovere giuridico»: GIORGIANNI, *op. cit.*, 187. ARE, *op. cit.*, 34 ss. dedica molte pagine a contestare la distinzione tra debito e responsabilità proprio perché è l'esistenza di una "sanzione" a distinguere il dovere giuridico «dal dovere della morale, del costume, della religione ecc.». Sono parole oggi ovvie ma non quando la distinzione in esame aveva preso piede in Italia, vista ad es. la tesi di BETTI, *Il concetto della obbligazione*, cit., 132 ss., per il quale, configurato il debito come aspettativa del creditore, l'esistenza di casi che non prevedono aspettative di soddisfazione – quali l'obbligazione naturale – dimostrerebbe l'esistenza appunto di debiti che non danno aspettativa di soddisfazione (135) e, di conseguenza, la possibilità di configurare «l'assoluta indipendenza della responsabilità da un debito» (*ivi*, 137).

⁷⁶ GANGI, *ibidem*; ma avvisava ad es. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. Fadda, Bensa, II, 1, Torino, 1904, 55 ss., che l'essenza del debito consiste sì nella pretesa del creditore verso il debitore, ma che la portata del diritto comprende, in caso di inadempimento, anche «il diritto di invocare il giudice» per il soddisfacimento coattivo del creditore stesso.

⁷⁷ Tentativo operato da POLACCO, *op. cit.*, 106-109; GANGI, *op. cit.*, 280 ss., 366-368; BETTI, *Teoria generale*, cit., 57; peraltro BETTI, *Il concetto della obbligazione*, cit., 217-218 scriveva che nel diritto moderno «i due momenti della obbligazione, debito e responsabilità, tendono a corrispondersi, a congiungersi organicamente e ad adeguarsi perfettamente» anche se, come sopra rilevato,

quella, tra altre, di onere reale come responsabilità senza debito⁷⁸, giacché a ben vedere si tratta di illustrazioni autoreferenziali ed in definitiva inutili⁷⁹, in quanto fondano l'essenza dell'istituto da indagare su forme anomale, al solo fine di trovare una radice comune a fattispecie differenti.

Che si tratti di costruzioni barocche emerge dal rilievo che assumono una consistenza giuridica diversa, al punto ad es. che la letteratura definisce l'obbligazione naturale come una «obbligazione giuridica incompleta o imperfetta»⁸⁰ e dunque diversa dall'obbligazione come in quel modo ricostruita.

D'altro canto e per scendere al merito di queste distinzioni, l'esistenza di debiti senza responsabilità è da escludersi⁸¹ solo a considerare la formula delle disposizioni in tema di inadempimento (artt. 1218 e 2740 c.c.), per le quali l'esistenza di un'obbligazione comporta automaticamente la responsabilità per il relativo inadempimento. Non a caso, infatti, la letteratura più antica aveva creato per tale figura la nozione di debito in senso stretto, senza la quale sarebbe mancato ogni sostegno a tale costruzione: figura però apodittica ed inesistente nel nostro ordinamento positivo, perché presuppone l'esistenza di un rapporto giuridico anche laddove la pretesa del creditore si fondi su un dovere morale e sociale ma non giuridico⁸² e sia quindi priva di protezione.

Che poi possano esistere ipotesi in cui un soggetto sia tenuto verso altri pur non avendo instaurato con questi alcun rapporto – si indica quale esempio la responsabilità dell'assicuratore verso il terzo danneggiato dal proprio assicurato⁸³ –, è un dato che non pare decisivo, giacché si verte pur sempre in tema di responsabilità che la legge – qui l'art. 144 del d.lg. n. 209 del 2005 – collega all'esercizio dell'attività di assicurazione. A ben vedere, da questo profilo non vi è diversità dalla responsabilità che l'art. 2054 c.c. fa gravare sul proprietario del veicolo per i danni

aveva anche affermato la possibilità di configurare «l'assoluta indipendenza della responsabilità da un debito» e ritenuto essere «in errore coloro che affermano inconcepibile un debito giuridico disgiunto da responsabilità» (*ivi*, 137). Per le critiche successive v. tra i molti GIORGIANNI, *op. cit.*, 178 ss. o NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1962, 9.

⁷⁸ GANGI, *op. cit.*, 286 ss., 366-368.

⁷⁹ Lo notava già nel 1927 ARE, *op. cit.*, 38-39, 40 ss.

⁸⁰ GANGI, *op. cit.*, 294; BETTI, *Teoria generale*, cit., 51; già WINDSCHEID, *op. cit.*, 125, parlava di «diritto soltanto improprio» quando difetti la tutela della pretesa e proprio con riferimento alle obbligazioni naturali. Per le critiche v. già GIORGI, *op. cit.*, 64 ss.

⁸¹ Così già RICCI, *op. cit.*, 9 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 12; GIORGIANNI, *op. cit.*, 180; RUBINO, *op. cit.*, 8; BRECCIA, *op. cit.*, 68, ove ovviamente distingue il differente caso in cui la pretesa non possa esercitarsi a causa delle eccezioni del debitore; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 488-489.

⁸² GANGI, *op. cit.*, 318-325; ma che non si tratti di un rapporto nel quale il debitore sia tenuto ad una prestazione era chiarito già da MESSINEO, *op. cit.*, 488, il quale precisava che «sino a che non sia adempiuto il dovere morale e sociale, l'ordinamento giuridico ignora il dovere medesimo»; altre osservazioni di antica memoria sulla irrilevanza delle pretese non azionabili sono ad es. di LONGO, *op. cit.*, 5.

⁸³ BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 26.

causati dal conducente: si può condividere insomma che qui manchi un rapporto obbligatorio di fonte volontaria, ma resta il fatto che anche in queste ipotesi vi è pur sempre il sorgere di un debito che la legge pone a carico di chi si trovi nella situazione prevista da una determinata regola.

Esistono infine certamente isolati casi in cui vi è una responsabilità propria per debiti altrui, come quella del terzo datore di ipoteca: ma qui si è in presenza di una responsabilità per garanzia, dove il garante è tenuto all'adempimento proprio perché garante, cioè quale soggetto che mediante la garanzia vincola il proprio patrimonio per l'ipotesi in cui il debitore principale non adempia⁸⁴. Che anche il terzo datore di ipoteca sia soggetto al quale il creditore può rivolgersi per chiedere il pagamento risulta dal fatto che egli dovrà notificare pure a lui il titolo e precetto prima di agire in via esecutiva (art. 603 c.p.c.) e che egli avrà regresso solo dopo aver pagato o aver perso il bene (art. 2871 c.c.).

Se si vuole, si può anche dire che i casi in cui vi è responsabilità propria per fatti compiuti da altri sono «fattispecie modificative della responsabilità personale»⁸⁵, conclusione che salvaguarda la tesi per cui i debiti cui si riferisce l'art. 2740 c.c. sono solo i debiti riconducibili ad una propria azione od omissione. È però preferibile più semplicemente riferire l'adempimento dei propri debiti a tutti i casi in cui esista una fonte (art. 1173 c.c.) dalla quale derivi la posizione di soggetto passivo in un rapporto obbligatorio, anche se la responsabilità sia puramente oggettiva.

In conclusione può condividersi l'indicazione per cui «la responsabilità patrimoniale non è elemento costitutivo dell'obbligazione, e rimane esterna alla struttura di essa; ma all'obbligazione non è certo estranea, essendovi legata da un puntuale e rilevante rapporto di strumentalità»⁸⁶. Eventuali eccezioni vanno prese per quel che sono: il diritto è un insieme di regole prescrittive, che può perfino ammettere discrasie laddove una disposizione si ponga in senso diverso da un'altra, prevedendo applicazioni difformi per casi diversi, pur smagliando la coerenza del sistema⁸⁷.

5. *Inadempimento e responsabilità patrimoniale.*

Una voce autorevolissima ha evidenziato il rapporto intercorrente tra la responsabilità per inadempimento fissata dall'art. 1218 c.c., che sancisce l'obbligo risarci-

⁸⁴ Ricostruisce la fattispecie sulla base della nozione di «bene-strumento» che qualificerebbe il vincolo che colpisce il bene anche del terzo, PUNZI, *Il processo civile Sistema e problematiche*, IV, Torino, 2010, 42 ss.

⁸⁵ BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 26.

⁸⁶ ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1043; ID., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 490; MIRAGLIA, *op. cit.*, 2; RUBINO, *op. cit.*, 7; PRATIS, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 22.

⁸⁷ Sono impossibili qui anche semplici accenni sulla natura del linguaggio prescrittivo: per ogni riferimento occorre rinviare a GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1998.

torio per il ritardo o il difetto di esatta esecuzione e la soggezione all'esecuzione forzata prevista dall'art. 2740 c.c. in ipotesi, anche qui, di inadempimento⁸⁸.

A Giorgianni è parso necessario evidenziare la distinzione tra le due forme di responsabilità e sul punto questa conclusione va ribadita: l'art. 1218 c.c. indica le ipotesi in cui il debitore non può considerarsi libero in caso di mancata esecuzione della prestazione – ovvero i casi di inadempimento imputabile – e dispone che in tal caso egli sia «tenuto al risarcimento del danno», ma nulla prevede su cosa debba accadere una volta affermata tale responsabilità⁸⁹.

Che la responsabilità prevista dall'art. 1218 c.c. consista nel pagamento di una somma di denaro si comprende peraltro dalle disposizioni successive ed in particolare dall'art. 1223 c.c., che include nel risarcimento la perdita subita ed il mancato guadagno, indicando in tal modo che il debitore dovrà pagare appunto una somma di denaro idonea ad eliminare le conseguenze economiche dell'inadempimento.

Senonché l'art. 1218 c.c. non esaurisce l'insieme dei rimedi posti dalla legge in caso di inadempimento, come emerge subito ad una prima lettura dell'art. 2043 c.c.: la sola ipotesi dei fatti illeciti dimostra l'esistenza di una pluralità di fonti che producono la medesima situazione, ovvero l'obbligo risarcitorio, di fronte alla quale la responsabilità patrimoniale funge da rimedio comune.

Vi è allora una corrispondenza diretta tra il diritto al risarcimento del danno in forma monetaria (artt. 1218, 2043 c.c.) e la tutela accordata mediante l'attribuzione del potere di iniziare l'esecuzione forzata per ottenere coattivamente ciò che non sia stato prestato spontaneamente.

Andranno invece trovate in altro luogo le regole che dispongano una protezione di altro tipo laddove il diritto inattuato sia diverso dal credito monetario o allorché la pretesa del creditore non si sostanzi in un puro risarcimento.

Il codice prevede infatti altre forme di tutela rispetto ad un obbligo inattuato: l'art. 1453 c.c. consente al contraente di chiedere, in alternativa alla risoluzione, la manutenzione del contratto ed in entrambe le ipotesi anche il risarcimento del danno.

⁸⁸ GIORGIANNI, *op. cit.*, 162 ss. ed è tesi oggi pacificamente condivisa: v. ad es. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1042 o BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 26. La strada era già stata tracciata da NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 6 ss., il quale peraltro poneva ripetutamente l'accento sulla tesi della natura di sanzione della responsabilità patrimoniale, secondo una chiave di lettura degli istituti civilistici tipica degli anni '40 (la prima edizione del Commentario è del 1942), oggi ovviamente abbandonata (v. ad es. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 19); per riferimenti bibliografici v. SICCHIERO, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2007, 38 ss. Quella impostazione comporta evidenti distorsioni nella valutazione della funzione cui sono destinate le disposizioni in commento, cui è estraneo ogni compito sanzionatorio.

⁸⁹ Nondimeno la connessione tra le due disposizioni è oggi particolarmente valorizzata da MIRAGLIA, *op. cit.*, 2-3, al punto di indicare che «la responsabilità patrimoniale, consumata la lesione, si traduce nell'attribuire al creditore una somma di denaro»: ma come detto nel testo l'art. 1218 c.c. non prevede questa conseguenza, che può consistere invece in uno dei rimedi previsti dagli artt. 2930-2933 c.c., come di dirà poi. Per le critiche anche a questa osservazione, ritenuta descrittiva, v. sempre MIRAGLIA, *op. cit.*, 3.

L'art. 2058 c.c. autorizza la richiesta di reintegrazione del danneggiato in forma specifica e a questa possono ricondursi la ricostruzione del bene danneggiato, la distruzione del bene costruito in violazione a divieti di legge, la restituzione del bene sottratto ecc.

L'art. 2037 c.c. contempla l'obbligo di restituire la cosa indebitamente ricevuta; l'art. 18 dello statuto dei lavoratori (l. 20-5-1970, n. 300) prevede l'obbligo di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato; la disciplina della prelazione consente il riscatto in caso di violazione dei diritti del prelazionario (art. 8, l. 15-9-1964, n. 756; art. 39, l. 27-7-1978, n. 392) e così via.

Rispetto a queste ipotesi di tutela, le regole di riferimento consistono in definitiva nelle forme coattive di attuazione del diritto del creditore contenute negli artt. 2930-2933 c.c. o nelle singole leggi speciali e se è vero che la responsabilità patrimoniale di cui parla l'art. 2740 c.c. è certamente connessa all'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie, ciò non significa appunto che costituisca l'unica forma di tutela coattiva di fronte all'inadempimento in generale.

Anche in questi casi il requisito consisterà necessariamente nel mancato adempimento della prestazione nei termini dovuti ed infatti tutte queste disposizioni si esprimono nello stesso modo, indicando come presupposto il mancato adempimento di quella specifica obbligazione e, come conseguenza, l'intervento coattivo della forza pubblica o quello sostitutivo del giudice.

Esattamente si rileva allora il rapporto di strumentalità che intercorre tra la responsabilità patrimoniale e l'interesse del creditore, salvo distinguere tra la soddisfazione diretta, che si verifica allorché il rimedio concesso consenta di realizzare immediatamente la pretesa non eseguita e quella indiretta che, come si dirà ancora, si attua quando in luogo del diritto insoddisfatto vi sia l'attribuzione del denaro a titolo di risarcimento del danno⁹⁰.

Detto in parole di esemplare chiarezza, «l'esecuzione in forma specifica è un mezzo di realizzazione coattiva del debito, non della responsabilità [...] Se poi l'esecuzione in forma specifica non è possibile [...] il creditore potrà avvalersi solo della esecuzione in forma generica: l'inadempimento determinerà, a carico del debitore, l'obbligazione di risarcire il danno (art. 1218) e, dunque, di corrispondere una somma di denaro»⁹¹.

La strumentalità consiste in definitiva nella predisposizione di un meccanismo di attuazione coattiva della pretesa del debitore, che rimarrebbe altrimenti una pura aspirazione senza assumere consistenza di diritto.

La scelta dello strumento indica invece l'opzione del legislatore nella molteplicità dei mezzi astrattamente utilizzabili e storicamente concessi al creditore, denotando anche il grado di maturazione del singolo ordinamento nel contemperamen-

⁹⁰ CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 119; SATTA, *op. cit.*, 13, 38-39; GIORGIANNI, *op. cit.*, 170; NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 6 ss.; RUBINO, *op. cit.*, 8; PRATIS, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 28.

⁹¹ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III; cit., 330.

to tra la tutela della pretesa economica ed i diritti incomprimibili della persona umana, anche quando debitrice impenitente verso altra persona.

Si può infine condividere l'indicazione per cui non vi è la possibilità che sul medesimo bene possano coesistere due diverse forme di attuazione del diritto, quale quello all'esecuzione in forma specifica (artt. 2930 ss. c.c.) e quello per l'espropriazione (art. 2740 c.c.): una elide l'altra⁹².

Si tratterà semmai di individuare i criteri di soluzione del conflitto stesso, come fa ad es. l'art. 2915 c.c., che rende inopponibili al creditore pignorante gli atti costitutivi di garanzia reale sul bene o i trasferimenti trascritti successivamente, salve le ipotesi in cui un diritto è opponibile in misura ridotta, pur se non trascritto, quando abbia data certa anteriore al pignoramento, come per le locazioni (art. 2923 c.c.).

Tali osservazioni nulla tolgono però al rapporto di strumentalità dei mezzi attuativi della pretesa rispetto alla pretesa rimasta insoddisfatta.

6. *La regola sulla responsabilità patrimoniale: norma sostanziale o processuale?*

Una volta fissato il legame inscindibile tra debito e responsabilità, nel senso che solo l'attribuzione di una tutela alla pretesa del creditore connota in senso giuridico il rapporto obbligatorio, occorre anzitutto verificare la consistenza della protezione accordata.

Tesi risalenti nel tempo, enfaticanti la rilevanza strutturale della responsabilità all'interno dell'obbligazione, avevano notato come il difetto di adempimento spontaneo, attribuendo il diritto al creditore di soddisfarsi in via esecutiva sui beni del debitore, dimostrasse la natura strumentale dal contenuto prettamente processuale della responsabilità patrimoniale⁹³, se non un vero e proprio «diritto autonomo, di natura processuale e quindi come un diritto pubblico, avente per contenuto la facoltà che spetta ad ogni cittadino di ottenere l'intervento dello Stato per la realizzazione dei rapporti giuridici concreti»⁹⁴.

Da altri si è però obiettato che l'art. 2740 c.c. «contribuisce a rendere perfetto il rapporto obbligatorio, ed appunto perciò si deve ritenere che il substrato basilare dell'azione esecutiva sui beni del debitore rientri nel campo del diritto sostanziale, come aspettativa tutelata del creditore per l'ipotesi d'un futuro inadempimento»⁹⁵.

⁹² NICOLÒ, *op. cit.*, 19 ss.; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 210 ss.

⁹³ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Studi Chioventa*, Padova, 1927, 308 ss.; VOCINO, *Patrimoni separati*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, fondato da Scialoja, V, I, Milano, 1937-39, 234; NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 4.

⁹⁴ A. ROCCO, *op. cit.*, 687.

⁹⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1995, 407; PRATIS, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 22-23 ma già prima GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1932, 797 ss.; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, 102; CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 129; RUBINO, *op. cit.*, 5, 10.

In altre parole, il diritto di azione, di natura processuale e consistente nella possibilità di chiedere l'intervento dello Stato per l'impiego della forza, si porrebbe in funzione strumentale del diritto sostanziale attribuito dall'art. 2740 c.c. al creditore⁹⁶.

Una terza lettura evidenzia invece che il codice civile «regola la responsabilità patrimoniale nel Libro VI tra le situazioni giuridiche che stanno a cavallo tra il diritto sostanziale e il diritto processuale»⁹⁷.

La distinzione, sulla quale sono stati spesi fiumi di parole soprattutto dei processualisti, non si rivela di importanza pratica: anzitutto manca una partizione formale tra le due discipline⁹⁸, le cui regole si trovano a volte nei rispettivi codici ed in molti casi in altre disposizioni o corpi normativi, al punto che la loro natura viene individuata sulla base di indici su cui le rispettive scienze giuridiche nemmeno concordano.

In secondo luogo la natura sostanziale o processuale della disposizione non attribuisce maggiori o minori diritti al relativo titolare.

In realtà si potrebbe rilevare che le norme processuali, siccome appartenenti al diritto pubblico, non si dividono in imperative e dispositive al pari di quelle sostanziali dettate in tema di disciplina del contratto e sarebbero quindi tutte inderogabili. Peraltro la disciplina processuale dell'arbitrato depone nel senso della massima ampiezza concessa all'autonomia privata, mentre in altra occasione si è detto che «le regole pubblicistiche che presiedono alle procedure concorsuali sono derogabili in via privatistica solo in forza di accordi con i creditori (che rappresentino la maggioranza qualificata dei crediti *ex art. 182 bis l. fall.*)», dunque norme derogabili sia pure entro tali limiti⁹⁹.

La soluzione della derogabilità o meno della disposizione in commento non può allora trarsi dalla sua natura sostanziale o processuale, giacché in entrambi i settori, anche se in proporzioni molto diverse, si trova o si nega spazio all'autonomia dei soggetti interessati: nemmeno da questo profilo, dunque, la questione assume una rilevanza particolare.

Detto questo e ribadita la rilevanza del tutto marginale del problema agli effetti pratici, la disposizione può ritenersi di diritto sostanziale¹⁰⁰ perché non contiene

⁹⁶ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, cit., 123-125; v. anche le considerazioni di SATTA, *op. cit.*, 38-39 e spec. 47.

⁹⁷ NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 3, che peraltro mentre subito dopo, *ivi*, 4, precisa che l'art. 2740 c.c. non costituirebbe comunque «una norma di diritto processuale» perché «contiene un precetto materiale» aggiunge anche che il potere d'azione esecutiva "diretta" del creditore quando riguarda le ipotesi contemplate dagli artt. 2930-2932 c.c., «dimostra in maniera evidente la natura processuale della responsabilità patrimoniale del debitore e la sua autonomia rispetto al concetto di obbligo»: *ivi*, 6 e ss. anche per la responsabilità *ex art. 2740 c.c.* La sua lettura è condivisa da ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 491 mentre il Libro VI del codice civile è definito «ponte di passaggio tra l'ordine sostanziale e l'ordine processuale» da MICHELI, *Esecuzione forzata*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, 1.

⁹⁸ V. anche MICHELI, *op. cit.*, 1.

⁹⁹ Trib. Milano, 22-10-2009, in *Notaro*, I, 2010, 13.

¹⁰⁰ RUBINO, *op. cit.*, 10; PRATIS, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 22. Secondo BARBIERA,

alcuna indicazione del procedimento esecutivo che il creditore debba seguire per ottenere la soddisfazione, cui è riservato infatti il Libro III del codice di rito.

D'altro canto l'art. 474 c.p.c. pretende che il creditore si munisca di titolo esecutivo per iniziare "l'esecuzione forzata" e rinvia quindi ad un concetto diverso, che lega l'attuazione processuale della pretesa ad un fondamento sostanziale che giustifichi quell'esecuzione e che peraltro l'art. 2740 c.c. copre solo in parte, ulteriori essendo le disposizioni del codice civile che pure consentono azioni esecutive sui beni del debitore¹⁰¹.

Non è peraltro il caso di indugiare di più sulla natura della disposizione, che in ogni caso presta il fianco a critiche¹⁰², sia perché non ne discenderebbe una diversa disciplina, quanto perché non darebbe miglior luce ai problemi connessi alla qualificazione dell'istituto.

7. Funzione diretta e sussidiaria dell'art. 2740 c.c.

Per comprendere se la regola sulla responsabilità patrimoniale costituisca un meccanismo di portata generale occorre anzitutto individuare le conseguenze che il codice prevede in ipotesi di inadempimento delle obbligazioni: si è infatti appena visto che i rimedi sono molteplici ed operano in fasi distinte del rapporto obbligatorio e solo in alcuni casi l'obbligo inadempito è rappresentato dal pagamento di una somma di denaro.

Come detto, il creditore può aver diritto alla consegna di un bene determinato: il bene acquistato; un immobile al termine del rapporto di locazione o alla fine del comodato; quanto gli sia stato sottratto illegittimamente: in queste ipotesi la pretesa riguarda dunque un bene del creditore stesso¹⁰³, rispetto alla quale l'espropriazione forzata non è il rimedio apprestato dal codice.

Può inoltre pretendere, più in generale, l'adempimento delle obbligazioni nascenti da un rapporto contrattuale o il risarcimento in forma specifica di un danno da fatto illecito; può esigere, ancora, l'adempimento di un'obbligazione dal contenuto negativo (patto di non concorrenza) e così via.

Esattamente si è portati a vedere in tutte queste ipotesi la possibilità di agire in via esecutiva per il soddisfacimento della pretesa, ma la regola di riferimento è solo in qualche caso l'art. 2740 c.c.

Responsabilità patrimoniale, cit., 20, la responsabilità patrimoniale considerata dal lato attivo del rapporto «si connota quindi come una situazione soggettiva attiva del creditore, del tipo potestativo, che riassume in se la possibilità di fere ricorso ai vari mezzi legali, sostanziali (decadenza dal beneficio del termine) o processuali (azione surrogatoria, revocatoria, sequestro conservativo, azioni esecutive) per soddisfare il suo interesse, modificando le situazioni soggettive del debitore, senza che costui possa fare nulla per impedirlo»

¹⁰¹ V. le osservazioni di MICHELI, *op. cit.*, 21.

¹⁰² V. ad es. MIRAGLIA, *op. cit.*, 4.

¹⁰³ Lo evidenziava GIORGIANNI, *op. cit.*, 167 e già NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 2 ss.

Il fondamento delle diverse pretese si individua infatti in molteplici disposizioni: nell'art. 1453 c.c., che consente di chiedere o l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo – ma appunto come tutela ulteriore – il risarcimento del danno; negli artt. 2058 e 2930-2933 c.c. per le forme di esecuzione specifica ed infine nell'art. 2740 c.c. che si riferisce generalmente e genericamente all'inadempimento delle obbligazioni di ogni sorta.

È chiaro allora che l'art. 2740 c.c. opera a due livelli¹⁰⁴: o come risposta immediata all'insoddisfazione del creditore, il quale ad es. non riceve il denaro che gli spetti¹⁰⁵ o come rimedio all'impossibilità o al suo disinteresse¹⁰⁶ a ricevere in sede di esecuzione coattiva la prestazione che gli compete con le relative procedure¹⁰⁷, ferma ovviamente la funzione di deterrente a qualsiasi inadempimento¹⁰⁸ che svolge in entrambe le ipotesi.

Vi è dunque una funzione diretta della responsabilità patrimoniale consistente nell'assicurare, in via di previsione normativa, la soddisfazione coattiva del diritto ad una prestazione patrimoniale pecuniaria che il debitore non abbia adempiuto: questo è indubbiamente il ruolo principale che l'art. 2740 c.c. svolge a protezione del creditore.

Si badi però che questa operatività della regola non costituisce la soluzione indefettibile dei casi in cui la prestazione principale non resa sia infungibile, come se di fronte all'inadempimento della prestazione infungibile il creditore potesse solo chiedere il risarcimento per equivalente.

In altre parole non è vero che la responsabilità patrimoniale operi necessariamente e come unico rimedio allorché si tratti ad es. di inadempimento ad obbligazioni personali di fare che riguardino attività infungibili, perché il creditore può

¹⁰⁴ BETTI, *Teoria generale*, II, cit., 65 ss.; in senso contrario v. BONSIGNORI, *Esecuzione forzata in genere*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 572 e 573 ss., per il quale l'art. 2740 c.c. si riferisce a tutte le ipotesi di esecuzione forzata e non solo alle obbligazioni pecuniarie, perché la disposizione stessa non distingue tra le ipotesi di esecuzione forzata.

¹⁰⁵ GIORGIANNI, *op. cit.*, 165 avvisa appunto essere necessario presupposto della responsabilità patrimoniale «che l'oggetto del credito sia costituito da una somma di denaro»; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 493. Per osservazioni in senso diverso, autorevoli ma non seguite dalla letteratura, v. SATTA, *op. cit.*, 18 ss., 25-26 e 264 ss., 273 ss., per il quale anche nei casi previsti dagli artt. 2931 e 2933 c.c. la tutela accordata sarebbe sempre la stessa, salvo poi distinguere le tutele tra espropriazione ed esecuzione in forma specifica.

¹⁰⁶ Per NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 8, la conclusione si riferisce a «tutti i casi in cui il creditore non si vale dell'esecuzione in forma specifica». BETTI, *Teoria generale*, cit., 100 negava però che il creditore possa chiedere la condanna ad una prestazione diversa da quella dovuta, ma è smentito sul punto dall'art. 1453 c.c., che non pone una gerarchia, in tema di inadempimento contrattuale, alla scelta tra manutenzione e risoluzione, con il concorso in entrambe le ipotesi del risarcimento.

¹⁰⁷ NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 8, parla di obbligo originario ed obbligo secondario di risarcimento, per esprimere i medesimi concetti.

¹⁰⁸ CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 33, 118 ss., 225; BETTI, *Teoria generale*, cit., 35, 65, VOCINO, *Patrimoni separati*, cit., 235 (che al pari di Nicolò parlano di sanzione e di pena con terminologia oggi desueta).

sempre domandare l'adempimento di ciò che gli spetta, altro essendo il problema della scelta del debitore di eseguire la sentenza e delle conseguenze che derivino in caso negativo.

L'art. 1453 c.c., allorché concede al contraente deluso di avvalersi alternativamente dell'azione di manutenzione o della risoluzione, non contiene infatti alcun limite nella scelta e sebbene sia vero, ad es., che il prestatore d'opera intellettuale non potrà subire l'esecuzione coattiva della prestazione che non voglia effettuare, tale constatazione non vale ad impedire al creditore di chiedere ugualmente la sua condanna.

Ben può infatti accadere che il debitore, condannato all'esecuzione, adempia¹⁰⁹ o comunque che il creditore possa domandare la controprestazione che gli spetta¹¹⁰; oppure che la sentenza di condanna sia il presupposto per l'escussione di una garanzia o consenta al creditore di rifiutare a propria volta una diversa prestazione e così via, sicché la decisione se domandare l'adempimento dovuto o il denaro ad effetti risarcitori è sempre rimessa alla volontà del creditore e non può essere negata in astratto.

Dunque la fungibilità o meno della prestazione non resa non è mai presupposto della domanda di condanna in forma specifica e, di conseguenza, in questo ambito la responsabilità ai sensi dell'art. 2740 c.c. opera qui a titolo di risarcimento del danno che dovrà mantenere indenne il creditore dalle conseguenze della mancata prestazione oggetto della condanna, per l'ipotesi in cui il debitore continui nella scelta dell'inadempimento.

La letteratura ha detto poi che la funzione dell'art. 2740 c.c. si riferirebbe sempre e solo alle obbligazioni che abbiano per oggetto un bene o il denaro: sarebbe cioè «naturale la delimitazione dell'area funzionale della responsabilità patrimoniale ai rapporti obbligatori aventi contenuto di dare»¹¹¹.

¹⁰⁹ V. ad es. Cass., 1°-12-2000, n. 15349: «anche relativamente a rapporti contrattuali che comportino per una delle parti, o per entrambe, obblighi di fare non suscettibili, per loro intrinseca natura, di esecuzione forzata (nella specie, vendita di appartamento), è ammissibile un'azione di condanna del contraente inadempiente alla prestazione promessa, non potendosi, per un verso, escludere che l'obbligato ottemperi volontariamente alla decisione, né potendosi, per altro verso, negare che la sua inosservanza sia sufficiente a giustificare una successiva domanda di risarcimento del danno che abbia nella condanna ad un *facere* il suo presupposto, alla stregua di una sentenza di accertamento»; così anche Cass., S.U., 13-10-1997, n. 9957, in *Nuova giur. comm.*, I, 1998, 871.

¹¹⁰ La giurisprudenza segue queste indicazioni. V. ad es. Cass., 17-6-2004, n. 11364, in *Notiziario giurisprudenza del lav.*, 2004, 746: «le sentenze che accertano il diritto del lavoratore ad una qualifica superiore e condannano il datore di lavoro all'attribuzione di detta qualifica, ancorché in parte di accertamento e in parte di condanna, non sono comunque suscettibili di esecuzione forzata, non potendo l'attribuzione della qualifica (ed il conferimento delle relative mansioni) avvenire senza la necessaria cooperazione del debitore; pertanto, ai fini della condanna del datore di lavoro ad un *facere* infungibile, l'effetto imperativo della decisione si estrinseca nel legittimare il lavoratore ad offrire la propria prestazione lavorativa esclusivamente con quelle modalità che la controparte è condannata ad accettare e con la conservazione del diritto alla retribuzione corrispondente alla qualifica superiore nel caso in cui il datore di lavoro non ottemperi alla condanna medesima».

¹¹¹ BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 22.

Quanto appena osservato consente di ribadire che effettivamente la responsabilità patrimoniale in senso proprio e diretto opera solo di fronte all'inadempimento di obbligazioni pecuniarie.

Invece per le altre pretese del creditore, ove queste non ricevano soddisfazione diretta, le stesse potranno ricevere una tutela indiretta se si possa quantificare l'incidenza economica del relativo inadempimento in relazione ai danni causati al creditore, dando vita così ad un'obbligazione pecuniaria che consente di far valere la responsabilità ai sensi dell'art. 2740 c.c., come si dirà subito di seguito, come rimedio.

L'altro compito svolto dall'art. 2740 c.c. è infatti secondario e si collega a quanto appena indicato: la responsabilità patrimoniale entra in gioco solo se l'adempimento di quella specifica obbligazione non avvenga e, nel contempo, il creditore non ne chieda l'esecuzione coattiva, perché non vuole o non può.

In queste ipotesi il debitore sarà tenuto a risarcire il danno per la prestazione non eseguita: secondo alcuni ne costituisce appunto un surrogato¹¹², quale risulta essere in definitiva il denaro che verrà corrisposto, a seguito dell'esecuzione forzata, a tacitazione del creditore che non abbia ricevuto quel che effettivamente gli spettasse¹¹³. In realtà, come si dirà con maggior precisione nel paragrafo successivo, tale non è giacché il risarcimento comprende anche le ulteriori perdite derivanti dall'inadempimento, ad es. il reddito che la prestazione avrebbe consentito di ricevere come sua conseguenza immediata e diretta (art. 1223. c.c.).

La distinzione tra le due funzioni rivestite dall'art. 2740 c.c. non è puramente formale, perché sottende un problema: il debitore inadempiente può contestare l'azione del creditore il quale, anziché chiedere ad es. l'esecuzione coattiva del preliminare o di un obbligo di fare, domandi invece la risoluzione del contratto ed il risarcimento o il risarcimento del danno per equivalente della prestazione non effettuata?

Nel caso in cui l'azione abbia ad oggetto il mancato pagamento della somma di denaro, il debitore nulla potrebbe obiettare di fronte alla reazione del creditore, giacché al denaro non versato spontaneamente si sostituirà necessariamente ed esclusivamente il denaro ricavato dall'esecuzione.

Nella seconda ipotesi il debitore potrebbe invece accampare un abuso di diritto del creditore, il quale chieda qualcosa di diverso e maggiormente lesivo del suo patrimonio, pur avendo a disposizione un'azione meno invasiva della sua sfera patrimoniale. Potrebbe ad es. rilevare che escutendo una garanzia il creditore sarebbe subito ristorato, mentre nel domandare l'attuazione coattiva di un obbligo di non fare e quindi distruggendo beni del debitore, creerebbe così un danno maggiore rispetto a quello derivante dal regresso che segue l'escussione predetta.

¹¹² Il termine è usato da NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 5; v. anche MICHELI, *op. cit.*, 8-10.

¹¹³ GIORGIANNI, *op. cit.*, 168 ss.; NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 7-8; MIRAGLIA, *op. cit.*, 2.

Non si ritenga che tale eccezione rappresenti una pura astrazione: la giurisprudenza ha già individuato una forma di abuso processuale del diritto del creditore che frazioni il proprio credito, domandando più decreti ingiuntivi, anziché uno solo, per il pagamento dell'importo complessivo¹¹⁴.

Ora una tale pronuncia, condivisibile in relazione all'ipotesi decisa, formula peraltro un principio di portata generale nell'ambito processuale, dal quale si potrebbe tentare di dedurre il diritto del debitore di pretendere che il creditore si avvalga dell'azione meno invasiva per il patrimonio colpito o perfino di scegliere quale rimedio spetti al creditore deluso.

Una tale scelta assomiglia al contenuto della pretesa, già avanzata da qualcuno, per cui in caso di inadempimento contrattuale il contraente deluso non sarebbe libero di decidere se avvalersi della risoluzione o della manutenzione, dovendo appunto tenere nella debita considerazione anche le conseguenze che la sua domanda comporterebbe per la controparte¹¹⁵.

Anzi, la letteratura ha perfino tratteggiato la possibilità di prospettare un c.d. inadempimento efficiente¹¹⁶ laddove il debitore, trovando un estraneo disposto a pagare maggiormente la prestazione che egli debba invece alla controparte contrattuale, dovrebbe essere legittimato a non adempiere perché in tal modo il sistema vedrebbe meglio utilizzata una risorsa.

Questa lettura del principio di buona fede è stata però vigorosamente conte-

¹¹⁴ Cass., 27-5-2008, n. 13791 sulla scorta di Cass., S.U., 15-11-2007, n. 23726, in *Giur. it.*, 2008, 929, la quale indica in motivazione che «il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi (cfr., in particolare, Cass. 3775/1994 e Cass. 10511/1999), a maggior ragione deve ora riconoscersi che un siffatto originario equilibrio del rapporto obbligatorio, in coerenza a quel principio, debba essere mantenuto fermo in ogni successiva fase, anche giudiziale, dello stesso (cfr. Cass. 13345/2006) e non possa quindi essere alterato, ad iniziativa del creditore, in danno del debitore. Il che, però, è quanto, appunto, accadrebbe in caso di consentita parcellizzazione giudiziale dell'adempimento del credito. Della quale non può escludersi la incidenza, in senso pregiudizievole, o comunque peggiorativo, sulla posizione del debitore: sia per il profilo del prolungamento del vincolo coattivo cui egli dovrebbe sottostare per liberarsi della obbligazione nella sua interezza, ove il credito sia nei suoi confronti azionato inizialmente solo *pro quota* con riserva di azione per il residuo (*omissis*). Oltre a violare, per quanto sin qui detto, il generale dovere di correttezza e buona fede, la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto (sia pur nella fase patologica della coazione all'adempimento), in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve automaticamente anche in abuso dello stesso». V. anche Cass., 3-5-2010, n. 10634.

¹¹⁵ Per i ragguagli v. SICCHIERO, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 314 ss.

¹¹⁶ P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 164, ma già ad es. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, 484 ss. La teoria proviene dalla letteratura americana (tra i molti POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1986) ampiamente ricordata da BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, 28 ss. e vede poi una sua traduzione in termini strettamente economici in COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole Analisi economica del diritto civile*, I e III, Bologna, 1999, 342 ss.

stata, giacché il codice ha apprestato diversi rimedi quali tutele utilizzabili a protezione dagli effetti dell'inadempimento imputabile, che non può assurgere in alcun modo a diritto del contraente infedele¹¹⁷.

Anche qui la soluzione va ribadita: il debitore inadempiente, quale che sia la prestazione non eseguita, non può invocare a propria tutela l'effetto deteriore che l'azione esecutiva proposta contro di lui possa produrre. Infatti laddove l'inadempimento sia imputabile, egli è appunto causa del proprio danno oltre che del danno provocato al creditore, al quale non può proprio opporre alcunché: se vuol evitare il pregiudizio ha una sola via, l'adempimento¹¹⁸. Del pari non potrà pretendere dal creditore che debba chiedere il risarcimento per equivalente anziché l'esecuzione coattiva, in quanto la possibilità concessa dall'art. 2058 c.c., di cui si dirà nel prossimo paragrafo, deve ritenersi del tutto eccezionale.

Dunque la funzione indiretta della responsabilità patrimoniale rispetto a quella principale consentita dagli artt. 2930-2933 c.c. per i casi in cui questi possano trovare applicazione, non consente alcuna tutela a favore del debitore inadempiente in ordine alla scelta operata dal creditore insoddisfatto.

Quindi il debitore non avrà titolo per chiedere, ad es., il rigetto della domanda di risoluzione del contratto e risarcimento del danno in luogo di quella di manutenzione e viceversa, perché egli può solo adempiere ove sia possibile, beninteso sempreché la domanda sia fondata.

Vi sono infine ipotesi in cui la responsabilità patrimoniale regolata dall'art. 2740 c.c. non opera nemmeno indirettamente a tutela del diritto violato, che può solo essere protetto mediante il ripristino del diritto spettante al titolare.

Si pensi al conduttore che non restituisca l'immobile al locatore: qui la pretesa del creditore potrà essere accordata solo con l'esecuzione per rilascio, mentre quella risarcitoria coprirà semmai il danno per il ritardo¹¹⁹, che però è conseguenza eventuale e comunque diversa, ancorché immediata e diretta, da quella attinente la mancata restituzione.

8. In particolare: la funzione sussidiaria e la pretesa insoddisfatta.

Allorché il denaro ricavato dall'esecuzione forzata venga assegnato al creditore in luogo della diversa prestazione non eseguita, è necessario avvisare che tale attribuzione non può essere considerata il valore sostitutivo della prestazione non resa¹²⁰,

¹¹⁷ SICCHIERO, *ibidem*, cui si rinvia per le molteplici argomentazioni in proposito.

¹¹⁸ Cfr. BETTI, *Teoria generale*, cit., 100-101.

¹¹⁹ GIORGIANNI, *op. cit.*, 170.

¹²⁰ Come pareva invece ad A. ROCCO, *op. cit.*, 680. Anche CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 25 parla di «trasformazione del diritto all'originaria prestazione in diritto alla prestazione del risarcimento... Si ha cioè una sostituzione nel contenuto del diritto di credito»; stesse parole in RUBINO, *op. cit.*, 11; PRATIS, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 23.

