

LA FUNZIONE DEL CONTRATTO DI CESSIONE DEI BENI AI  
CREDITORI NELL'ORDINAMENTO ATTUALE

THE FUNCTION OF THE CONTRACT OF SALE OF ASSETS TO  
CREDITORS INTO CURRENT LEGAL SYSTEM

*Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 213-230.*

---

Fecha entrega: 02/07/2015  
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. ERIKA GIORGINI  
Ricercatrice di Istituzioni di diritto privato  
Università Politecnica delle Marche  
erika.giorgini@univpm.it

**RIASSUNTO:** Il saggio analizza il contratto di cessione dei beni ai creditori e, in particolare, la sua funzione. Lo studio è condotto tenendo conto della evoluzione storica dell'istituto sia in Italia, sia nei principali paesi di *civil law* europei. Alla luce dell'attività di comparazione emerge l'innovatività della figura disciplinata agli artt. 1977-1986 c.c., soprattutto per essere questa un esempio di cessione volontaria dei beni che ha quale scopo la liquidazione del patrimonio del debitore e, per tale via, la soddisfazione dei creditori, ma nondimeno il contratto in esame si rivela un rimedio volto a perseguire le finalità della responsabilità patrimoniale. In questo quadro emerge altresì che il contratto di cessione dei beni ai creditori, unitamente alla spinta propulsiva in favore dell'autonomia privata, nella risoluzione delle crisi e alla, conseguente, nuova portata dell'esdebitazione può concorrere a indurre a ripensare il rapporto obbligatorio e l'adempimento dello stesso.

**PAROLE CHIAVE:** cessione dei beni, liquidazione, adempimento.

**ABSTRACT:** The essay analyzes the contract for the sale of assets to creditors and, in particular, its function. The study is conducted taking into account the historical evolution of the contract both in Italy and in the main civil law countries in Europe. As a result of comparison shows the innovativeness of the figure governed by Articles 1977-1986 c.c., especially for being this contract an example of a voluntary transfer that has as its purpose the liquidation of the debtor's assets and consequently the creditor satisfaction. The contract in question turns out to be a remedy designed to achieve the purposes of the financial liability. In this context, it is also clear that the contract for the sale of assets to creditors along with the thrust in favor of private autonomy in the resolution of the crisis and, consequently, new role of the discharge can help to induce us to rethink the idea of obligation and fulfillment of the same.

**KEY WORDS:** sale of assets, liquidation, fulfillment of the obligation.

**SOMMARIO:** I. L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELLA CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI NELLE CODIFICAZIONI FRANCESE E ITALIANA. IL PORTATO INNOVATIVO DEL CODICE ITALIANO DEL 1942. – II. L'ESPERIENZA SPAGNOLA E TEDESCA: IL PROGRESSIVO ABBANDONO DELLA CESSIONE VOLONTARIA DEI BENI AI CREDITORI. – III. RIMEDITAZIONE DELLA CAUSA DEL CONTRATTO DI CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI ALLA LUCE DI TUTTI GLI INTERESSI SOTTOSTANTI ALLA VICENDA NEGOZIALE. LA CESSIONE HA FUNZIONE LIQUIDATIVA E, CONSEGUENTEMENTE SOLUTORIA, MA NONDIMENO RIMEDIALE. – IV. IL CONTRATTO DI CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI UNITAMENTE ALLA SPINTA PROPULSIVA IN FAVORE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA RISOLUZIONE DELLE CRISI E ALLA, CONSEGUENTE, NUOVA PORTATA DELL'ESDEBITAZIONE CONCORRONO A INDURRE A RIPENSARE IL RAPPORTO OBBLIGATORIO E L'ADEMPIMENTO DELLO STESSO.

#### I. L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELLA CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI NELLE CODIFICAZIONI FRANCESE E ITALIANA. IL PORTATO INNOVATIVO DEL CODICE ITALIANO DEL 1942.

In un lavoro piuttosto lontano degli anni trenta in tema di cessione dei beni a creditori si trova affermato che “il disagio economico di questi ultimi anni e la conseguente necessaria liquidazione di numerosi patrimoni per sopperire, in tutto o in parte al pagamento dei debiti, hanno reso abbastanza frequente nella pratica il ricorso all'istituto della cessione volontaria dei beni”<sup>1</sup>. La disarmata attualità di una simile considerazione – quantomeno in ordine al disagio economico e alla necessaria liquidazione dei patrimoni – impone di verificare se l'esito è, anche nel tempo presente, quello del ricorso all'istituto della cessione volontaria dei beni<sup>2</sup>.

A tal proposito, non può, tuttavia, sfuggire che all'epoca del saggio richiamato non era stata ancora codificata la disciplina della cessione dei beni ai creditori né quella strettamente civilistica, né quella prevista in seno alle

---

<sup>1</sup> FOÀ, A.: “Cessione dei beni ai creditori”, *Riv. dir. comm.* (1934), I, p. 40; occorre sottolineare che l'anno immediatamente successivo veniva edito anche il lavoro di BETTI, E.: “Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori”, in *ivi* (1935), p. 304 ss., il quale anch'egli riprende la considerazione secondo cui sono i periodi di grande disagio economico quelli nei quali la pratica della cessione dei beni ai creditori si fa più frequente.

<sup>2</sup> DE MEO, R.: “Cessione dei beni ai creditori e termine di efficacia”, *Contratti* (2004), p. 232, rileva che del contratto in parola la giurisprudenza e, dunque, la pratica se ne è occupata in maniera sporadica. Negli stessi termini MUSIO, A.: “Sub. Art. 1977”, in *Comm. c.c. Utet*, IV. Torino (2011), p. 805.

procedure concorsuali esistendo, infatti, soltanto una norma di natura tributaria<sup>3</sup>. Com'è noto, in Italia, il Codice del 1942, facendo proprie le considerazioni di molta parte della dottrina del tempo<sup>4</sup>, ha tipizzato il contratto di cessione volontaria dei beni ai creditori (artt. 1977 ss.) e pressoché contestualmente, nell'ambito della articolata normativa delle procedure concorsuali, è stato disciplinato il concordato, in particolare preventivo, con cessione dei beni (art. 160, comma 2, n. 2 l.f.).

In questo quadro pare particolarmente significativo evidenziare che il Codice del 1865, diversamente da quanto accaduto per la maggior parte degli altri istituti, nel particolare ambito che ci occupa, non ha riproposto quanto previsto dal Codice napoleonico del 1804. Questo, infatti, aveva espressamente disciplinato la cessione dei beni ai creditori, agli artt. 1265 ss.<sup>5</sup>. La codificazione del 1865, invece, aveva inteso non positivizzare la cessione dei beni in quanto, come si legge nella relazione Pisanelli, "Il solo risulterebbe adunque della cessione dei beni, consiste nell'esimere dall'arresto personale il debitore sfortunato e di buona fede. Ma nel sistema del progetto l'arresto personale non è ammesso in materia civile, se non quando siavi dolo provato o presunto dal canto del debitore. Sotto questo aspetto, la cessione dei beni sarebbe pertanto senza scopo"<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Art. 26 della Tariffa all. A al Testo Unico del r.d., 30 dicembre 1923, n. 3269 (Legge di Registro).

<sup>4</sup> Lo rileva SOTGIA, S.: "La cessione dei beni ai creditori", in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, IX. Torino (1954), p. 12; DE MARTINI, A.: "La cessione dei beni ai creditori", *Riv. dir. comm.* (1942), p. 311. Non è, peraltro, inutile ricordare che la mancata codificazione della cessione c.d. ordinaria dei beni ai creditori nel Codice del 1865 spicca se soltanto si pone mente al fatto che il Codice napoleonico l'aveva invece espressamente prevista ma v. *infra* nel testo.

<sup>5</sup> Recitava l'art. 1265 che "La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes". Proseguiva l'art. 1266 disponendo che la cessione poteva essere volontaria o giudiziale e la prima, ai sensi e per gli effetti del seguente art. 1267, era configurabile quando i creditori accettavano volontariamente la cessione, i quali effetti vengono così definiti "e qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur".

<sup>6</sup> PISANELLI, G.: *Relazione sul progetto di codice civile*, in <http://www.giuseppepisanelli.it/relazioni-parlamentari>, il quale prosegue sostenendo che la cessione dei beni "[...] produce inoltre molti inconvenienti che basterebbero ad eliminarla. Le disposizioni che la riguardano sono di una semplicità seducente nella legge civile, ma in quella di procedura acquistano proporzioni complicate. I beni sono posti sotto amministrazione; i creditori deliberano in comune; si dubita se l'azione dei creditori ipotecari venga intanto arrestata; l'autorità giudiziaria ordina la vendita dei beni, e ne fissa il prezzo e le condizioni; la vendita è promossa senza una precedente offerta che tolga il pericolo d'incanti inutili; le spese si accumulano a danno dei creditori e del debitore; gli anni passano senza alcun positivo risulterebbe". È stato sottolineato che in occasione dei lavori per l'unificazione della codificazione l'istituto della cessione era presente sia nel progetto di riforma del Codice Albertino, sia nel progetto Cassinis in quest'ultimo veniva ricompresa tra i modi di estinzione dell'obbligazione mentre nel progetto di riforma tra i modi di garanzia delle obbligazioni: SOTGIA, S.: "La cessione dei beni ai creditori", cit., p. 9.

Tale presa di posizione, tuttavia, non teneva conto che, com'è noto, il Codice napoleonico prevedeva due distinte fattispecie di cessione: quella volontaria e quella giudiziale e soltanto quest'ultima, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1268, serviva a conservare la libertà del debitore potendo appunto quest'ultimo reclamare, a fronte della sussistenza di taluni requisiti, il beneficio della cessione giudiziale dei beni. Ancora sul versante della disciplina francese si rivela utile ricordare che il debitore poteva comunque domandare, sempre a mente dell'art. 1268 e nonostante ogni stipulazione contraria il beneficio della cessione giudiziale e che, peraltro, anche in Francia l'arresto personale in materia commerciale, civile e contro gli stranieri fu abolito nel 1877.

Sì che la mancata codificazione dell'istituto ha al fondo finito per indebitamente equiparare cessione volontaria e giudiziale. Occorre anticipare sin da ora che il Codice italiano del 1942 si rivela sul tema particolarmente innovativo, non soltanto in quanto supera la precedente impostazione del Codice del 1865, ma in quanto recupera la figura della cessione volontaria senza fare cenno a quella giudiziale. Tale notazione si presta ad essere maggiormente apprezzata al lume della considerazione che l'istituto del diritto romano della *cessio bonorum* prevedeva l'intervento del magistrato e, pertanto, pur con le ovvie e dovute differenze, la disciplina romanistica risulta maggiormente avvicinata alla cessione giudiziale piuttosto che a quella volontaria<sup>8</sup>.

Le differenze tra la regolamentazione francese e quella italiana non si limitano a quanto riferito in merito all'assenza dell'istituto nella codificazione italiana del 1865. A fronte, infatti, del già più volte accennato inserimento nel Codice italiano del 1942 dell'istituto della cessione dei beni, quasi per una sorta di gioco di contrapposizioni, il Codice francese ha abrogato, seppur in tempi relativamente recenti, il paragrafo V del capitolo V dedicato proprio alla cessione dei beni<sup>9</sup>. Non può sfuggire che l'abrogazione suddetta è

---

<sup>7</sup> Per utili considerazioni sul punto cfr. BAUDRY-LACANTINERIE G. e BARDE, L.: "Delle Obbligazioni", in *Tratt. Teorico-pratico di Dir. civ.*, II, trad. it. a cura di BONFANTE P., PACCHIONI G. e STRAFFA A. Milano (1914), p. 740 ss.

<sup>8</sup> Esorbita dall'economia del presente lavoro tratteggiare la figura della *cessio bonorum* nel diritto romano ma occorre, tuttavia, accennare che questa era intesa "quale figura a carattere processuale, col la quale la condotta dell'esecuzione veniva sottratta alla libera disposizione delle parti": SOTGIA, S.: "Cessione dei beni ai creditori", in *Noviss. dig. it.*, III. Torino (1959), p. 141; Sull'origine nelle fonti romanistiche dell'istituto v. almeno, BIONDI, B.: "Cessio bonorum", in *ivi*, p. 139 ss. al quale si rinvia anche per i richiami bibliografici.

<sup>9</sup> L'istituto è stato abrogato espressamente dalla *Loi* n. 91-650 du 9 juillet 1991 - art. 94 (VI) JORF 14 juillet 1991 entrata in vigore dal primo agosto 1992. A sua volta la suddetta legge è stata abrogata dall'*Ordonnance* n. 2011-1895 du 19 décembre 2011. Sorte diversa è toccata in Francia all'istituto del rilascio che, invece, continua a vivere. Sul punto lucidamente e da ultimo: CIATTI, A.: "Le fattispecie di rilascio", manoscritto consultato per gentilezza dell'a.

intervenuta nell'ambito di una legge interamente ed esclusivamente dedicata alle procedure esecutive. La soppressione, allora, della regolamentazione della cessione dei beni ai creditori a seguito di una significativa rivisitazione delle procedure esecutive è intimamente connessa alla cessione dei beni giudiziale e non a quella volontaria che, pur tuttavia, è stata espulsa ugualmente dall'ordinamento. D'altra parte, non può dimenticarsi che l'apparato di norme dedicato alla cessione volontaria era pressoché integralmente devoluto alla volontà delle parti.

Tornando ancora alle differenze intercorrenti tra l'ordinamento italiano e quello francese si deve aggiungere che – ancorché non vi sia dubbio che per mezzo secolo, dal 1942 al 1992, sia la Francia (dal 1804), sia l'Italia (a tutt'oggi) abbiano entrambe avuto una disciplina relativa alla cessione dei beni c.d. ordinaria – questa tuttavia ha avuto diverse funzioni nei due ordinamenti. Anche soltanto a volere guardare alla collocazione topografica emerge con chiarezza che in Italia la cessione dei beni ai creditori è inserita in chiusura dei contratti tipici e, segnatamente, dopo il contratto di transazione, mentre in Francia, quando vigente, la normativa era parte della disciplina del regolamento obbligatorio e, in particolare, era inserita nella parte dedicata al pagamento e ai modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento.

## II. L'ESPERIENZA SPAGNOLA E TEDESCA: IL PROGRESSIVO ABBANDONO DELLA CESSIONE VOLONTARIA DEI BENI AI CREDITORI.

In questo quadro, risulta particolarmente significativo che, in maniera pressoché speculare al Codice napoleonico, anche in Spagna l'istituto della cessione dei beni sia regolato – seppur con una regolamentazione alquanto schematica – nel *Código Civil* al libro quarto dedicato alle obbligazioni e ai contratti e, specificatamente, all'art. 1175 proprio nella parte relativa alla estinzione delle obbligazioni<sup>10</sup>. Relativamente all'estinzione la citata norma prevede secondo la regola generale che, ove non diversamente pattuito, la cessione liberi il debitore solo per l'importo ricavato dalla liquidazione dei beni ceduti.

---

<sup>10</sup> Sotto la *rubrica* “*Del pago por cesión de bienes*” recita l'art. 1175 che “*El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

Il Codice spagnolo, come risulta espressamente dal testo del richiamato art. 1175, non prevede due diverse fattispecie di cessione dei beni ai creditori nei termini di una cessione di natura volontaria e una di natura giudiziale ma dispone, tuttavia, che l'accordo intercorrente tra debitore e creditore sia conforme alla disciplina delle cause di prelazione e alle norme del Codice di procedura civile.

Piú di recente, l'ordinamento spagnolo, nel ridisegnare integralmente il sistema legale di gestione e risoluzione degli stati di insolvenza<sup>11</sup>, ora destinato ad operare anche a prescindere dalla natura commerciale del soggetto, sembrava aver relegato ad un ruolo del tutto residuale l'istituto della cessione dei beni. Infatti, l'art. 100.3 della *Ley Concursal*, nel disciplinare il "convenio" – una delle due fasi in cui può evolvere lo stato di insolvenza dichiarato giudizialmente e dove la gestione dello stato di crisi si realizza mediante un accordo (il *convenio* appunto) tra debitore e creditori – proibisce espressamente che la proposta di *convenio* possa consistere nella cessione di beni e diritti ai creditori o in qualunque altra forma di liquidazione del patrimonio del debitore, salvo il caso in cui non sia lo stesso Giudice della procedura ad autorizzare la cessione in pagamento o finalizzata al pagamento, però, dei crediti privilegiati, secondo quanto previsto dall'art. 155.4 della richiamata *Ley Concursal*.

Da ultimo nell'ambito delle misure legislative intraprese dal Governo spagnolo per sostenere l'iniziativa imprenditoriale<sup>12</sup>, è stata maggiormente valorizzata la soluzione negoziale degli stati di crisi, fino all'introduzione, nel corpo della ridetta *Ley Concursal*, di un intero Titolo, il decimo, dedicato agli accordi stragiudiziali di pagamento. La procedura in questione, che non richiede l'intervento del Giudice ma unicamente di un mediatore che ne regola lo svolgimento, è finalizzata al raggiungimento di un accordo con i creditori sulla base di una proposta che può consistere anche nella cessione dei beni del debitore in pagamento.

In buona sostanza, a ben vedere, sembra che ciò che il diritto spagnolo abbia inteso espungere dal proprio ordinamento siano piuttosto gli strumenti

---

<sup>11</sup> La riforma della legislazione fallimentare spagnola è stata infatti varata con la *Ley* 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*, successivamente a piú riprese modificata, con la quale si è perseguito l'ambizioso progetto di regolare in un unico testo – nel segno dell'unità giuridica, di disciplina e di sistema – gli aspetti sia sostanziali che processuali legati allo strumentario giuridico predisposto per la gestione degli stati di crisi (cosí si esprime la *Exposición de motivos*, § II, di introduzione alla *Ley*). In argomento: ARROYO, I.: "Il diritto concorsuale in Spagna", in *Tratt. dir. fall.* Vassalli, Luiso e Gabrielli. Torino (2014), p. 219 ss.

<sup>12</sup> Trattasi della *Ley* 14/2013, de 27 septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, entrata in vigore il 18 ottobre 2013.

maggiormente riconducibili alla cessione dei beni di tipo giudiziale, mantenendo invece le figure di cessione convenzionale, sia nella tradizionale e risalente forma prevista dal *Código Civil* che in quella rinnovata e piú recente da ultimo introdotta con la riforma della *Ley Concursal*.

Nell'ottica della comparazione, discorso a parte deve farsi per l'ordinamento tedesco che, com'è noto, non conosce nell'ambito del suo ordinamento l'istituto in questione. Tale assenza, stante lo stretto legame del diritto tedesco con il diritto romano<sup>13</sup>, appare singolare ma, a ben vedere, finisce per confermare la visione processualistica e contestualmente di beneficio che della *cessio bonorum* avevano i romani. Alla raggiunta unificazione dell'Impero seguirono, infatti, l'introduzione di norme di c.d. attuazione dell'ordinamento, le quali, a mente della dottrina maggioritaria, avevano, tra gli altri, l'effetto di far perdere di valore alle corrispondenti norme di origine romana. In particolare, la legge sull'attuazione dell'Ordinamento dell'Impero che specificatamente si è occupata della disciplina dei concorsi (*Konkursordnung*) ha abrogato espressamente le disposizioni delle leggi territoriali sul beneficio giuridico della cessione dei beni<sup>14</sup>. In buona sostanza è stato abolito il beneficio giuridico dello stretto necessario (*beneficium competentiae*)<sup>15</sup> al quale il debitore inadempiente ma senza colpa poteva accedere mediante l'abbandono spontaneo del proprio patrimonio ai creditori<sup>16</sup>. Sí che nel diritto tedesco l'istituto della cessione è stato abolito a seguito dell'introduzione della legge fallimentare (*Konkursordnung*) la quale aveva quale principale obiettivo quello di far posto al processo esecutivo concorsuale<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di Fadda C. e Bensa P.E. Torino (1938), I, p. 1, il quale definì il diritto delle Pandette in termini di "diritto privato comune tedesco di origine romana". I traduttori aggiunsero che le alterazioni apportate al colossale edificio del diritto romano erano di poco conto tanto da non scalfirne l'impianto (p. 42). In questi termini di recente anche OLIS ROBLEDA, S.J.: *Introduzione allo studio del diritto privato romano*. Roma (1979), p. 30.

<sup>14</sup> Ne dà conto espressamente WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, cit., III, § 266 ss., spec. nota 5.

<sup>15</sup> In estrema sintesi il *beneficium competentiae* consisteva nell'essere condannati al pagamento soltanto fino all'importo del proprio patrimonio (del momento) e, dunque, nell'ipotesi in cui il debitore avesse acquistato nuovi beni, egli avrebbe dovuto continuare a prestare posto che il beneficio non incideva sulla sussistenza del diritto di credito. Il beneficio consentiva, altresí, al debitore di richiedere in via di eccezione che gli venisse lasciato il necessario per vivere ma non per vivere secondo le sue condizioni sociali. Sul punto v. ancora: WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, cit., § 266 e in tempi piú recenti, GUARINO, A.: *La condanna nel limite del possibile*. Napoli (1975).

<sup>16</sup> Non è inutile rilevare che nel 1968, prima rispetto alla Francia, l'arresto personale come mezzo di esecuzione era stato abolito dall'ordinamento tedesco.

<sup>17</sup> In tal senso disponevano i §§ 30 e 35 della *Konkursordnung*. L'appena evocata legge fallimentare è stata abrogata con l'emanazione circa un secolo dopo della *Insolvenzordnung* del 1994, entrata in vigore nel 1999. Sul punto la nuova disciplina ha reso ancor piú

Sì che nel sistema tedesco attuale non vi sono istituti direttamente riconducibili né alla *cessio bonorum* romanistica né alla cessione dei beni delle altre esperienze europee. Anche nella *Insolvenzordnung*, infatti, non è dato riscontrare un simile istituto se si eccettua quanto previsto dai §§ 217 ss. della suddetta legge fallimentare<sup>18</sup>. A mente di questi ultimi, in estrema sintesi, è consentito anche al debitore, sempre nell'ambito della procedura fallimentare, di proporre un *Insolvenzplan* nel quale poter prospettare una modalità di soddisfazione dei creditori diversa da quella indicata dalla legge fallimentare stessa ma pur sempre fondata sull'intera massa fallimentare acquisita dal curatore<sup>19</sup>.

In ordine al diritto tedesco, tuttavia, non può essere dimenticato che esso prevede espressamente al § 185 del BGB che un atto di disposizione compiuto su di un bene da parte di chi non sia titolare del diritto, è efficace se avviene con il consenso del titolare<sup>20</sup>. Tale referente normativo potrebbe rappresentare il fondamento per l'ammissibilità del negozio di cessione volontaria dei beni ai creditori ma pare potersi sostenere che il concetto oltremodo anticipato di insolvenza previsto dalla *Insolvenzordnung*<sup>21</sup> – tanto più in assenza di una disciplina specifica che regolamenti il profilo del concorso dei creditori nell'ipotesi della cessione e stante la regola generale

---

marginale il diritto di prelazione del creditore procedente a fronte invece di un significativo ampliamento della disciplina della *par condicio creditorum*. Per qualche riferimento sulla legge fallimentare tedesca v. FERRI, C.: "La "grande riforma" del diritto fallimentare della Repubblica Federale Tedesca", *Riv. dir. proc.* (1995), p. 176 ss.; GUGLIELMUCCI, L.: *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, Quaderni giurisprudenza commerciale. Milano (2000). Da ultimo, anche in merito alle recenti modifiche legislative v. KINDLER, P.: "La procedura concorsuale unitaria (Insolvenzverfahren) nel diritto tedesco", in *Tratt. dir. fall.* Vassalli, Luiso e Gabrielli, cit., p. 194 ss.

<sup>18</sup> I §§ 217 ss. dell'*Insolvenzordnung* sono contenuti nella parte VI rubricata *Insolvenzplan* e sono finalizzati anche a consentire delle deroghe a quanto previsto dalla legge fallimentare mediante appunto la predisposizione di un *Insolvenzplan*.

<sup>19</sup> È stato rilevato che nella predisposizione dell'*Insolvenzplan* ampi spazi sono riservati all'autonomia negoziale o, meglio, all'autonomia dei creditori (*Gläubigerautonomie*). Sotto il particolare profilo della possibilità di effettuare una cessione dei beni l'*Insolvenzplan* port[erebbe] a risultati corrispondenti a quelli conseguibili con le differenti forme del concordato preventivo [italiano] con garanzia e del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori": KINDLER, P.: "La procedura concorsuale unitaria (Insolvenzverfahren) nel diritto tedesco", cit., p. 205.

<sup>20</sup> Tale disposizione, come noto, è collocata nella parte generale del BGB ed è espressamente richiamata in tema di adempimento dal § 362. È specificatamente dedicato al tema il lavoro monografico di LUDEWIG, W.: *Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht*. Marburg (1922). Sulla ammissibilità del negozio autorizzativo nell'ordinamento italiano sia consentito il richiamo a GIORGINI, E.: *L'indicazione di pagamento come fattispecie*. Napoli (2012), p. 87, spec. nota 202 alla quale si rinvia per i riferimenti bibliografici.

<sup>21</sup> Sono, infatti tre le situazioni nella quali il Giudice d'insolvenza (*Insolvenzgericht*), delibera, alla presenza degli altri requisiti previsti dalla legge, l'apertura di una procedura di insolvenza: l'insolvenza, il rischio di insolvenza e il sovraindebitamento.

che con il pignoramento il creditore pignorante acquista un diritto di pegno – lasci maggiormente propendere per la soluzione che vede prevalente la disciplina del concorso prevista dalla legge fallimentare.

### III. RIMEDITAZIONE DELLA CAUSA DEL CONTRATTO DI CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI ALLA LUCE DI TUTTI GLI INTERESSI SOTTOSTANTI ALLA VICENDA NEGOZIALE. LA CESSIONE HA FUNZIONE LIQUIDATIVA E, CONSEGUENTEMENTE SOLUTORIA, MA NONDIMENO RIMEDIALE.

I dati appena evocati gettano luce sul cuore del problema posto dalla cessione dei beni e, cioè, quello relativo alla sua funzione che nondimeno finisce per involgere la stessa teoria del rapporto obbligatorio e il connesso tema della natura dell'adempimento<sup>22</sup>.

Ora, seppur in via di prima approssimazione e con energica sintesi, può dirsi che mentre in Italia la cessione, quantomeno nel vigore del Codice del 1942, ha sostanzialmente funzione liquidativa<sup>23</sup>, diversamente deve sostenersi per la Francia e conseguentemente anche la Spagna ove ha avuto funzione essenzialmente satisfattiva<sup>24</sup>. Sì che, è proprio indirizzando lo sguardo anche alla disciplina d'oltralpe, che diviene più facile comprendere, probabilmente pure per una sorta di referenzialità verso il Codice napoleonico<sup>25</sup>, le posizioni di quella parte della dottrina interna che hanno inteso continuare a sostenere, anche in Italia, la mera ed esclusiva funzione satisfattiva della cessione dei beni, tanto da inquadrarla tra i mezzi di estinzione dell'obbligazione<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> SALVI, F.: "Della cessione dei beni ai creditori", in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, p. 252; evidenzia altresì l'intima connessione tra il concetto di obbligazione e di cessione dei beni ai creditori PUGLIATTI, S.: "La "cessio bonorum" e la realizzazione dei diritti di credito", *Dir. giur.* (1945), p. 8; ora in ID.: *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*. Milano (1951), p. 587 ss.

<sup>23</sup> Sulla marcata funzione liquidativa della cessione dei beni ai creditori v. diffusamente SPINELLI, M.: *Le cessioni liquidative*, I. Napoli (1959), p. 7 ss.

<sup>24</sup> Scrive LAURENT, F.: *Principes de droit civil*, 18. Bruxelles-Paris (1878), p. 253 s., al fine di argomentare l'effetto liberatorio della cessione, che "le code traite de la cession de biens dans la section du Payement; il met la cession sur la même ligne que le payement en général (§ 1er), le payement avec subrogation (§ 3), les offres de payement suivies de consignation (§ 4); il considère donc la cession comme un mode d'extinction des obligations".

<sup>25</sup> Espressamente lo rileva per la Spagna BARÓ PAZOS, J.: "La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)". Santander (1993), p. 24 s.

<sup>26</sup> La funzione satisfattiva della cessione è stata vieppiù argomentata sul presupposto che essa tende comunque a realizzare l'interesse del creditore all'adempimento: CASTANA, A.: *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*. Milano (1957), p. 184 ss.; ID., "Cessione dei beni ai creditori", in *Enc. Treccani*, VI. Roma (1988), p. 2, il quale sottolinea che tutte le figure di cessione di beni presenti nel nostro ordinamento "si possono raggruppare nell'unico schema dei mezzi di realizzazione dell'interesse dei creditori e delle cause estintive delle obbligazioni".

Occorre, peraltro, evidenziare che anche coloro che non ricomprendono l'istituto in parola tra i modi di estinzione dell'obbligazione in senso stretto non mancano di sottolinearne l'intrinseca funzione solutoria in quanto, secondo tale orientamento, i beni sarebbero ceduti all'unico scopo di soddisfare i creditori<sup>27</sup>.

Sempre in questa ottica andrebbe anche letta la convinzione di taluni autori in merito ad una certa sovrapponibilità nel nostro ordinamento tra il più volte evocato istituto della cessione dei beni ai creditori e quello della cessione del credito *pro solvendo*<sup>28</sup>. Invero soltanto quest'ultima avrebbe funzione satisfattiva<sup>29</sup>, in quanto "oggetto del contratto di cessione [dei beni] non è dunque il pagamento [...] ma questa destinazione [di determinati beni del debitore al pagamento del credito stesso] alla quale funzionalmente corrisponde l'attività liquidatoria dei creditori"<sup>30</sup>.

Aveva del resto già efficacemente confutato gli argomenti su cui poggia la convinzione della funzione meramente satisfattiva degli interessi dei creditori riconducibile alla cessione dei beni un illustre Maestro il quale, addirittura prima dell'ultima codificazione, aveva precisato che "se, ad una buona liquidazione, sono interessate anche persone diverse dal titolare del patrimonio (in specie, i creditori di quel patrimonio); d'altro canto gli interessi di questi altri soggetti sono tutelati in via soltanto *indiretta* e *riflessa*, se non occasionale"<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> VASSALLI, F.: "La cessione dei beni ai creditori", in *Tratt. Rescigno*, 5. Torino (1985), p. 400 s., il quale argomenta che la funzione principalmente solutoria andrebbe rintracciata in taluni dati normativi e, in particolare, nell'art. 1977 c.c. che definisce il contratto di cessione come il negozio con il quale il debitore incarica i suoi creditori di liquidare le proprie attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfazione dei loro crediti; nondimeno, anche il divieto posto in capo al debitore di disporre l'attribuzione dell'amministrazione dei beni ai creditori deporrebbe, seppur indirettamente, per l'affermazione della funzione solutoria della cessione dei beni. Quest'ultima sarebbe, infine, confermata dalla circostanza che una volta intervenuta la liquidazione e la relativa ripartizione del ricavato con conseguente liberazione (totale o parziale) del debitore il contratto di cessione dei beni si estingue.

<sup>28</sup> SPINELLI, M.: "Le cessioni liquidative", in SPINELLI M. e BARBIERA L., *I negozi di destinazione alla liquidazione*. Napoli (1999), p. 286 ss., il quale sottolinea che la cessione *pro solvendo* è una comune cessione di beni ai creditori.

<sup>29</sup> In questo senso in maniera chiara PERLINGIERI, P.: *Cessione dei crediti*. Napoli (2010) (rist.), p. 57, il quale scrive appunto che "i punti di contatto, che pur vi sono, tra la cessione dei beni ai creditori e la *cessio pro solvendo* non legittimano quindi l'identificazione dei due istituti che hanno funzioni socio-giuridiche diverse e non consentono l'applicazione della disciplina, articolata e diffusa, del primo di essi al secondo".

<sup>30</sup> MICCIO, R.: "Cessione dei beni ai creditori", in *Enc. dir.*, VI. Milano (1960), p. 839.

<sup>31</sup> BETTI, E.: "Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori", cit., p. 312 ss. Il corsivo di cui al testo è originale. In tempi recenti, rispetto al Maestro, si esprime in maniera nettamente contraria a SALVI, F.: "Della cessione dei beni ai creditori", cit., p. 265 ss.

L'impostazione poco sopra ricordata ben si comprende se la si legge anche alla luce della visione offerta dal medesimo Maestro in merito al concetto di autotutela<sup>32</sup>. Al fondo, non può essere confutato che il Codice del 1942 si distacca considerevolmente dall'idea di cessione presente nel Codice napoleonico per farla divenire uno strumento negoziale che, *extra processum*, consenta di salvaguardare il valore del patrimonio del debitore e, soltanto conseguentemente, il soddisfacimento delle pretese dei creditori. Individuare i suddetti interessi privati (del debitore e dei creditori cessionari con le rispettive gradazioni) quali fondamento del contratto di cessione non significa in alcun modo escludere che sia rilevante l'interesse e la cura dell'interesse superiore che vale a dire, nella fattispecie, la garanzia patrimoniale che la legge stessa prevede all'art. 2740 c.c.<sup>33</sup>.

Occorre innanzitutto rilevare che già da tempo la dottrina più sensibile evidenzia la necessità di superare una ricostruzione degli interessi pubblici e privati in termini antagonisti e separati senza tenere in alcun conto il loro concreto assetto in relazione al caso concreto<sup>34</sup>. Ma a ben vedere, nel caso che ci occupa quel che sembra maggiormente significativo nella selezione degli interessi qualificanti è che quelli di natura privatistica e pubblicistica coinvolti non risultano essere in conflitto tra loro. Non può, infatti ragionevolmente sostenersi che gli interessi del debitore siano in contrasto né con quelli dei creditori partecipanti all'accordo né con quelli che vi restano estranei e, per tale via, con quelli superiori dell'ordinamento. Vero è invece

---

<sup>32</sup> BETTI, E.: "Autotutela (diritto privato)", in *Enc. dir.*, IV. Milano (1959), p. 529 ss.

<sup>33</sup> SALVI, F.: "Della cessione dei beni ai creditori", cit., p. 261, il quale – ancorché neghi il parallelismo tra cessione dei beni ai creditori e esecuzione forzata con una argomentazione che riposa tutta sull'idea che il ricordato contratto risolva soltanto un conflitto di interessi privati – finisce per ammettere che il debitore offre spontaneamente la realizzazione della garanzia patrimoniale. Altra parte della dottrina – pur qualificando [...] la cessione dei beni nei termini di un contratto di autotutela convenzionale – sostiene che la evocata cessione rientri tra le gestioni c.d. imparziali nelle quali non prevale né l'interesse del debitore, né l'interesse dei creditori cessionari ma "la loro componente, quell'interesse cioè al buon governo dei beni sottoposti ad amministrazione, che è un interesse obiettivo, è l'interesse cioè superiore, che viene direttamente protetto, tutelato, curato e, attraverso la cui cura, tutela protezione, ricevono soddisfazione altresì gli interessi individuali così conciliati di debitori e creditori cessionari": SPINELLI, M.: "Le cessioni liquidative", in SPINELLI M. e BARBIERA L., *I negozi di destinazione alla liquidazione*, cit., p. 115 s.

<sup>34</sup> In questi termini v. PERLINGIERI, P.: "L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata", *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 936; ID.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3<sup>a</sup> ed. Napoli (2006), p. 406 ove si ribadisce che "l'interesse pubblico e quello privato e individuale non possono essere fisiologicamente in conflitto, così come non possono non essere presenti in ogni attività giuridicamente rilevante"; OPPO, G.: "Diritto privato e interessi pubblici", *Riv. dir. civ.* (1994), I, p. 25 ss. PERLINGIERI, G.: "Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89", *Rass. dir. civ.* (2006), p. 849; ID.: "Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti". Napoli (2003), p. 16 ss., spec. nota 37.

che è quantomeno comune l'interesse affinché la procedura di liquidazione porti il maggiore frutto possibile<sup>35</sup>.

Un sicuro indice in grado di rivelare i compositi interessi sottostanti andrebbe, peraltro, rintracciato anche nel non insignificante dato che la codificazione del 1804 prevedeva l'abbandono di tutti i beni del debitore a fronte, invece, dell'assoluta ammissibilità, ai sensi e per gli effetti delle disposizioni del Codice italiano del 1942, dell'ipotesi in cui a formare oggetto del contratto di cessione fosse anche uno soltanto dei beni del debitore<sup>36</sup>. Quel che rileva nella costruzione del contratto tipico, non è quanto patrimonio del debitore venga fatto oggetto del contratto di cessione ma che questo venga destinato (vincolato) alla liquidazione e che tale attività sia condotta dal ceto dei creditori sotto il controllo del debitore.

Il dato ancor più caratterizzante è, infatti, che la liquidazione avviene proprio sotto il diretto controllo del debitore. Tale espressa disposizione relativa al potere del debitore di controllare manca del tutto nelle esperienze straniere di cessione dei beni ai creditori che hanno continuato a confinare il suddetto istituto nell'alveo delle modalità di estinzione delle obbligazioni, imprimendo in tal modo alla cessione esclusiva finalità soddisfattoria.

La sintesi di tutti i suddetti interessi, causa del contratto di cessione dei beni ai creditori, induce a rivedere la funzione della cessione dei beni ai creditori

---

<sup>35</sup> BARBIERA, L.: "§ 33 bis", in SPINELLI M. e BARBIERA L.: *I negozi di destinazione alla liquidazione*, cit., p. 117, il quale – oltre a sottolineare che la gestione imparziale presuppone che l'interesse del titolare di diritti sui beni e l'interesse dei terzi estranei siano confliggenti – non ha mancato di evidenziare che l'impostazione tesa ad argomentare la qualificazione in termini di imparzialità della gestione nella cessione dei beni non ha incontrato adesioni nella dottrina successiva a quella dello Spinelli che l'aveva con vigore argomentata.

<sup>36</sup> È significativo sottolineare che anche la novellata disciplina del concordato preventivo *ex art. 160 l. fall.* prevede che la soddisfazione dei crediti possa avvenire attraverso qualsiasi forma, compresa quella della cessione dei beni. Il nuovo testo, peraltro, non specifica più, diversamente da quanto accadeva nella precedente versione, che la cessione debba riguardare l'intero patrimonio del debitore. In dottrina v. tra i tanti BOZZA, G.: "La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni", *Fallimento* (2012), p. 747 ss. Occorre, tuttavia, dare conto che la giurisprudenza di merito che si è espressa sino ad ora relativamente a tale profilo ha inteso mantenere una impostazione particolarmente rigida. Cfr: App. Roma, 5 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*, nella quale si sostiene che una cessione dei beni parziale si porrebbe in contrasto con l'art. 2740 c.c. Ad ogni buon conto, la pronuncia in esame si occupa del delicato e non identico problema del concordato di gruppo ove la parzialità della cessione era data dal fatto che, nell'ambito del gruppo oggetto della sentenza, soltanto talune società erano patrimonializzate a fronte di altre sprovviste di beni. Sì che il pagamento dei debiti di queste ultime sarebbe avvenuto attraverso la liquidazione dei beni delle prime.

e a qualificarla certamente come liquidativa e, conseguentemente solutoria, ma non di meno rimediale<sup>37</sup>.

La funzione rimediale va rintracciata direttamente nella già rilevata circostanza che la cessione dei beni ai creditori è sí strumento dell'autonomia negoziale ma altresí volto a perseguire le finalità della responsabilità patrimoniale<sup>38</sup>. Detto in altri termini, la cessione dei beni ai creditori è uno strumento di realizzazione della garanzia patrimoniale, in quanto quest'ultima rappresenta il fondamento logico e sostanziale alla realizzazione del credito. In quest'ottica, prende sostanza sia l'affermazione contenuta nella, seppur laconica, Relazione al Re secondo la quale il contratto in parola avrebbe proprio funzione di realizzazione del credito sia la già evocata collocazione topografica del contratto<sup>39</sup>.

Accolta la funzione complessa del contratto di cessione dei beni nei termini sopra evidenziati divengono altresí chiare le ragioni che hanno indotto il legislatore del 1942 a regolare in maniera estremamente dettagliata l'istituto, specialmente sotto il profilo tecnico, tanto che una simile elaborazione non si rinviene negli altri ordinamenti presi in considerazione. Al fondo, come già sottolineato, la ultima codificazione italiana si è sensibilmente distaccata dalle altre, in quanto ha proposto un rimedio esclusivamente rimesso alla volontà delle parti sulla scia dell'antica bipartizione tra cessione volontaria e giudiziale che, tuttavia, nel corso del tempo e, a dire il vero, sin dal diritto romano aveva finito per essere sostanzialmente soltanto giudiziale<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Più di recente afferma che trattasi di un contratto "avente una funzione liquidativa e solutoria": DEL PRATO, E.: "Le risoluzioni negoziali delle controversie", in *Diritto civile*, diretto da Lipari N. e Rescigno P., IV, II. Milano (2009), p. 541. Contesta la funzione di rimedio giuridico della cessione dei beni CASTANA, A.: "Cessione dei beni ai creditori", cit., p. 6 sul presupposto del tutto formalistico che nella fattispecie in esame mancherebbe il profilo sanzionatorio tipico del rimedio. Per una rinnovata idea di rimedio: PERLINGIERI, P.: "Il "giusto rimedio" nel diritto civile", *Giusto proc. civ.* (2011), p. 1 ss.

<sup>38</sup> Ha da ultimo sottolineato l'aspetto rimediale della responsabilità patrimoniale: MIGLIACCIO, E.: *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*. Napoli (2012), p. 77 ss.

<sup>39</sup> Anche se con posizioni non del tutto condivisibili in ordine alla funzione meramente solutoria della cessione, scrive correttamente FUNAIOLI, C.A.: "Cessione dei beni ai creditori", in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, V. Milano, 1961, p. 114 che non diversamente dal sequestro convenzionale che sostituisce le forme processuali cautelari e dalla transazione che sostituisce il processo di cognizione e la sentenza, la cessione dei beni ai creditori sostituisce l'esecuzione coattiva.

<sup>40</sup> Financo inutile rilevare che in Italia la cessione dei beni di natura giudiziale è rimessa all'ipotesi concordataria e fallimentare con cessione dei beni. Sul rapporto tra cessione volontaria disciplinata dal c.c. e quella giudiziale (concordataria e fallimentare) riscontrabile nella legge fallimentare la dottrina si è a lungo interrogata e svariati sono i contributi anche di natura monografica. Tra i tanti v. almeno, MICCIO, R.: *La cessione dei beni nel concordato*. Milano (1953), p. 157 ss.; più di recente LANDOLFI, G.: *Il concordato preventivo con cessione dei beni*. Padova (2000), *passim*; dopo la riforma della legge fallimentare PERRINO, M.: "La

#### IV. IL CONTRATTO DI CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI UNITAMENTE ALLA SPINTA PROPULSIVA IN FAVORE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA RISOLUZIONE DELLE CRISI E ALLA, CONSEGUENTE, NUOVA PORTATA DELL'ESDEBITAZIONE CONCORRONO A INDURRE A RIPENSARE IL RAPPORTO OBBLIGATORIO E L'ADEMPIMENTO DELLO STESSO.

La lungimiranza mostrata dal legislatore si rivela quanto mai attuale ove si volga l'attenzione al fatto che nell'ultimo decennio, complici anche le difficoltà economiche delle quali si accennava in apertura del presente lavoro, si assiste ad una spinta propulsiva in favore dell'autonomia privata nella risoluzione delle crisi<sup>41</sup>. Non può tacersi, infatti, che diversi sono stati gli istituti introdotti a tal fine: dagli accordi di ristrutturazione ai piani di risanamento alle più generali procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento<sup>42</sup>. Tale tendenza – se la si legge con lo strettamente connesso dato normativo che sembra aver abbandonato l'idea per cui, ai fini della liberazione integrale del debitore, sia necessario il totale soddisfacimento di almeno alcune categorie di creditori<sup>43</sup> – potrebbe ulteriormente fiaccare il principio generale previsto dall'art. 1218 c.c., secondo il quale il debitore è esonerato dalla responsabilità contrattuale soltanto se dimostra la sopravvenuta impossibilità e la non imputabilità della stessa<sup>44</sup>. Del resto, l'impostazione in ordine alla responsabilità, come

---

liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione”, *Giur. comm.* (2009), p. 51 ss. In questa sede conviene rammentare che la giudizialità della procedura consente la liberazione del debite indipendentemente da quanto ricavato.

<sup>41</sup> CAPOBIANCO, E., “Gli accordi stragiudiziali per la risoluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore”, *Banca borsa tit. cred.* (2010), p. 295, il quale osserva che “gli strumenti di gestione privatistica dell'insolvenza si avviano quindi, nella prospettiva tracciata dal legislatore della riforma della legge fallimentare, a rappresentare nuovi e importanti modelli di riferimento nella gestione della crisi d'impresa o del possibile risanamento di quest'ultima”.

<sup>42</sup> Da ultimo, per una prospettiva, SANDULLI M., *Presentazione*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*. Torino (2014), p. 1 s.

<sup>43</sup> Cass., Sez. un., 18 novembre 2011, n. 24214, in *DeJ on line*; Cass., Sez. un., 18 novembre 2011, n. 24215, *ivi*, le quali – argomentando dall'assunto secondo cui il *favor* del legislatore è orientato verso l'esdebitazione e in presenza di forte ambiguità delle norme di riferimento – precisano che il per soddisfacimento almeno parziale dei creditori concorsuali, ai fini dell'esdebitazione, non si deve neppure intendere il pagamento integrale dei creditori privilegiati. Il giudice del merito, a mente di tale significativo orientamento del giudice di legittimità, deve infatti effettuare una valutazione comparativa dell'attivo rispetto a quanto complessivamente dovuto. Nello stesso senso v. anche Cass., 14 giugno 2012, n. 9767, *ivi*.

<sup>44</sup> Financo inutile osservare che l'enorme portata del dibattito, peraltro non ancora sopito, in ordine alla responsabilità contrattuale e alle connesse implicazioni rende impossibile, anche soltanto per sommi capi, darne conto in questa sede. Per una lucida e recente analisi delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza, anche tedesca cfr. CLARIZIA, O.:

delineata dall'art. 1218 c.c., si era andata progressivamente sfaldando grazie a quegli attenti orientamenti che avevano visto l'obbligazione quale rapporto obbligatorio tra situazioni giuridiche composite e complesse che, in quanto tali, presuppongono la cooperazione dei titolari delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte<sup>45</sup>.

Se si pone mente agli evocati istituti di risoluzione delle crisi e nondimeno alla disciplina della cessione dei beni parrebbe di potersi sostenere che si vada verso una rinnovata idea di mancato adempimento<sup>46</sup>. Nella fattispecie oggetto di studio, date, infatti, determinate circostanze, l'iniziativa di autonomia privata del debitore, la quale si estrinseca nella manifestazione di volontà in merito alla disponibilità a far liquidare il proprio patrimonio, potrebbe ben integrare il dovuto contegno del debitore<sup>47</sup>. In altre parole, il complesso procedimento amministrativo, liquidatorio e di controllo oggetto del negozio di cessione dei beni ai creditori sarebbe in grado di escludere, seppur in chiave rimediale, il mancato adempimento o almeno il danno da inadempimento<sup>48</sup>. La complessa procedura che si delinea comporta, quale

---

*Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*. Napoli (2012), p. 43 ss., alla quale si rinvia per i necessari riferimenti bibliografici.

<sup>45</sup> Sul punto la voce ferma di PERLINGIERI, P.: *Le obbligazioni tra vecchie nuovi dogmi*. Napoli (1990), p. 18 ss. In merito alla cooperazione è significativo ricordare l'affermazione di illustre giurista, il quale al fine di distinguere tra rapporti reali e obbligatori sottolinea che "l'idea della cooperazione sia il filo conduttore che serv[e] a orientare il giurista attraverso le massime questioni del diritto delle obbligazioni": BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, I. Milano (1953), p. 10. In tema di cooperazione sempre decisiva l'opera di FALZEA, A.: *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*. Milano (1947), pp. 15 ss. e 50 ss. La cooperazione a seconda che venga qualificata quale onere, obbligo (principale o accessorio) o mera facoltà sposta il baricentro del rapporto obbligatorio e colora diversamente anche l'interesse debitorio: ora alla mera liberazione del vincolo, ora a quello dell'adempimento.

<sup>46</sup> Sottolinea di recente la necessità di rivedere proprio il concetto di adempimento CATERINI, E.: "Sovraindebitamento, ristrutturazione del debito e datio insolutum", *Rass. dir. civ.* (2014), p. 343, spec. nota 14.

<sup>47</sup> Sull'adempimento sempre da vedere le dense e approfondite indagini, anche sul versante della dottrina e della giurisprudenza tedesca, di ROMANO, G.: *Interessi del debitore e adempimento*. Napoli (1996), p. 188 ss., ma *passim*, il quale evidenzia che le posizioni della giurisprudenza teorica, per quanto diverse tra loro, finiscano invero per presupporre che le situazioni debitorie e creditorie non siano complesse. Qualora si muova, invece, da questa prospettiva e si recuperi l'aspetto teleologico e assiologico del rapporto obbligatorio stesso si dovrà giungere necessariamente alla conclusione che un'utile risposta non può essere data una volta per tutte prescindendo dal regolamento obbligatorio in concreto. Sì che avrà diversa configurazione la collaborazione in un rapporto sinallagmatico rispetto a quei rapporti nei quali la cooperazione del creditore non confligge con alcun interesse meritevole di tutela del debitore.

<sup>48</sup> Non manca la consapevolezza che nel caso che ci occupa si è in assenza dell'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione e, dunque – almeno per certa parte della dottrina – è da escludersi qualsiasi riferimento al concetto di adempimento. Illuminanti sul punto le parole di PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 325 e nota 137 per i

inevitabile conseguenza, il mutamento della situazione giuridica del creditore. Quest'ultima, al pari di quanto accade nelle più recenti discipline di risoluzione della crisi, “degrada in aspettativa di soddisfazione del credito”<sup>49</sup>, nell'ipotesi in cui le parti abbiano pattuito la liberazione integrale del debitore indipendentemente dall'effettivo ricavato della liquidazione. Ma la situazione giuridica del creditore muta altresì nel caso di liberazione corrispondente a quanto ricavato, in quanto il creditore, al fine di ottenere l'atto solutorio del pagamento (ripartizione, nel caso di specie), deve comunque condurre la complessa attività di liquidazione.

Non sfugge che una simile impostazione potrebbe sottoporsi alla critica di confondere i diversi concetti di impossibilità – nelle pur varie accezioni proposte nel corso del tempo dalla dottrina (impossibilità oggettiva e soggettiva e, ancora, economica, giuridica e morale) – con il diverso concetto, di derivazione tedesca, di impotenza del debitore ove questo sia inteso nei termini dell'incapienza patrimoniale, ossia quale incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni a causa della mancanza di risorse proprie per farvi fronte<sup>50</sup>.

Tuttavia, nel caso della cessione dei beni – sia essa inserita nell'ambito di una procedura concorsuale o volontaria – la liberazione (ancorché limitatamente a quanto ricevuto) del debitore non sarebbe effetto diretto della impotenza del debitore stesso ma sarebbe piuttosto generata dalla ulteriore e diversa valutazione effettuata dal creditore in ordine alla inutilità di mantenere in vita (anche soltanto parzialmente) un rapporto obbligatorio per il quale, stante l'impotenza del debitore, non è (più) nei fatti praticabile l'adempimento, neppure in via coattiva<sup>51</sup>.

Conclusioni non dissimili si possono trarre anche nell'eventualità di cessione di beni intervenute nell'ambito di procedure concordatarie. Com'è noto, infatti, è pur sempre la massa dei creditori che esprime, ancorché a

---

richiami bibliografici, il quale, nell'evidenziare che l'autonomia negoziale ha quale suo minimo comune denominatore l'atto di iniziativa di almeno una delle parti interessate alla negoziazione, afferma che “i dubbi sulla compatibilità tra l'adempimento di un dovere o di un obbligo e la natura negoziale dell'atto sono destinati a svanire”.

<sup>49</sup> CATERINI, E.: “Sovraindebitamento, ristrutturazione del debito e datio insolutum”, cit., p. 349; e, ampiamente, MIGLIACCIO, E.: *Parità di trattamento e concorso dei creditori*. Napoli (2012), p. 251 ss.

<sup>50</sup> In Italia definisce in questi termini l'impotenza BARASSI, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, III, 1<sup>a</sup> ed. (1946), p. 1040.

<sup>51</sup> È stato efficacemente osservato che il vincolo giuridico e, nella specie quello obbligatorio, nasce per finalità pratiche concrete e nell'ambito di queste va compreso quali cause esterne siano idonee ad estinguere l'obbligazione: PUGLIATTI, S.: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Napoli (1978) (rist.), p. 9.

maggioranza, la valutazione sulla convenienza della proposta concordataria tanto da approvarla o meno. A maggiore testimonianza di quanto si va argomentando, si osservi che nel concordato preventivo, ai creditori è richiesta primariamente proprio la valutazione in ordine alla convenienza tra quanto loro offerto e il patrimonio del debitore con la conseguente necessità che vengano accertate tutte le attività, comprese quelle potenziali.