

---

## INTRODUZIONE

---

Sullo sfondo di quel rapporto dialettico tra libertà e autorità (o tra disordine e ordine<sup>1</sup>), che permea di sé il diritto privato dalla modernità ad oggi, è parsa opportuna una riflessione sulla relazione tra l'autonomia privata e i limiti posti dal legislatore sul versante delle conseguenze dell'inadempimento e, segnatamente, sullo stadio terminale della sequenza logico-cronologica lungo la quale si dipana il rapporto obbligatorio<sup>2</sup>.

La disciplina legale di quest'ultimo, con maggiore frequenza rispetto al passato, lascia ampio margine all'autonomia privata di incidere convenzionalmente<sup>3</sup> entro il perimetro dell'adempimento, ma anche oltre di esso, solcando il terreno dell'inadempimento e, ancora, quello dell'attuazione coattiva del credito<sup>4</sup>.

Il presupposto dell'indagine è dunque quell'assetto del conflitto tra l'autonomia privata e i suoi limiti, che riflette il superamento del paradigma hobbesiano del Leviatano e della sua capacità di generare una forma di realtà omogenea e coordinata, in grado di convogliare entro sentieri defini-

---

<sup>1</sup> Si veda S. MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *A proposito del diritto post-moderno, Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017*, a cura di G. GRISI-C. SALVI, in *L'unità del diritto*, Collana del dipartimento di Giurisprudenza, vol. 12, Quaderni del Dottorato, Roma, 2018, 63 ss., spec. 68.

<sup>2</sup> Sequenza evocata da A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, VI, 1398 ss., spec. 1401.

<sup>3</sup> L'indagine si avvale dei termini "convenzione", "patto", "accordo" e "clausola" come sinonimi, in considerazione di una diffusa indifferenza in dottrina (si vedano ad esempio i contributi indicati alla nota 15 di questo paragrafo) ad adoperare una certa varietà lessicale per indicare le manifestazioni di autonomia privata relative alle tematiche oggetto della ricerca. Cfr. P. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 3 ss.

<sup>4</sup> In proposito A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., 1401.

ti le pulsioni dell'autonomia privata<sup>5</sup>. L'idea di un'autorità che circoscriva il potere dei privati di autoregolamentare i propri interessi entro i margini predisposti dal legislatore, entro quell'ordine sociale costituito, al fine di garantire la coesione sociale, l'efficiente funzionamento della società civile e del mercato in via preventiva rispetto alla stessa attivazione dei poteri autoritativi dello Stato<sup>6</sup>, ha perduto di intensità rappresentativa. Il diritto del presente è infatti percorso da fenomeni (come il crescente utilizzo degli strumenti di "soft law", che introducono tecniche flessibili e indirette di normazione) che testimoniano come l'autonomia privata, diversamente dal passato, non assuma quale dato preconstituito l'ordine sociale, ma partecipi attivamente e gradualmente alla costruzione dello stesso<sup>7</sup>. Si assiste dunque al progressivo smarcarsi del diritto dei privati dalla necessità di una mediazione del potere statale.

Più precisamente, dall'Ottocento ad oggi, com'è noto, la travagliata relazione tra l'autonomia privata e la legge<sup>8</sup> ha percorso differenti stagioni<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Sul punto, C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hamburg, 1938.

<sup>6</sup> Così S. MAZZAMUTO, *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, in *Manuale di diritto privato*, ed. 3, Torino, 2019, 41 ss.

<sup>7</sup> Così L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione e azione*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2019, XII, 31 ss., spec. 50, nel raffronto tra il valore dell'effrazione dell'accordo nel diritto moderno e il medesimo valore dinanzi alla frattura del *vinculum iuris* nel diritto romano, nel quale alla violazione di un ordine racchiuso nell'accordo, ma non esaurito in esso, si faceva fronte con «la mediazione di un'autorità la quale, solo per il fatto di essere un'autorità, si faceva garante del ripristino di quell'ordine».

<sup>8</sup> Sul rapporto tra autonomia privata e ordinamento, *ex multis*, S. ROMANO, voce «Autonomia», in *Frammenti di un dizionario giuridico*, di S. ROMANO, Milano, 1947, 14 ss.; E. BETTI, voce «Autonomia privata», in *Noviss. dig. it.*, vol. I, 2, Torino, 1959, 1559 ss.; S. PUGLIATTI, voce «Autonomia privata», in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 366 ss.; P. BARCELLONA, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 580 ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1967, 3 ss.; ID., *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1968, 529 ss. (ri pubbl. in *Persone e comunità*, di P. RESCIGNO, vol. II, Padova, 1988, 422 ss.); C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 88 ss. Più recentemente, sul tema dell'autonomia negoziale, di sconfinata trattazione, si vedano i contributi di F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. NIVARRA, *Atti del Convegno di Palermo, 7-8 luglio 2006*, Milano, 2008, 119 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato del diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2008; P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2014.

<sup>9</sup> Sulle quali, *ex multis*, si veda la sequenza tra diritto "mimetico", "ortopedico" e

Con una certa dose di approssimazione, una prima è caratterizzata dal modello dello Stato liberale, nella quale la regola giuridica costituisce una norma d'azione che si limita a indicare le condizioni di ammissibilità dell'atto di autonomia, traduzione di processi economici presupposti, e dunque il diritto è "mimesi" dinanzi allo spontaneismo del mercato. L'autonomia privata è pertanto un fattore essenziale dell'ordinamento, ma richiede di essere incardinata su tracciati definiti, senza tuttavia ridursi a una mera subordinazione alla norma.

A seguire, sopraggiunge una seconda stagione, corrispondente al modello dello Stato "interventista", nella quale la regola giuridica diviene uno strumento di "ortopedia" dell'atto di autonomia privata, che deve essere reso funzionale ad altri obiettivi (ad esempio la giustizia sociale), e dunque il diritto si adopera nel timore che il mercato fallisca.

Si giunge poi a una terza stagione, che prende avvio dagli anni Ottanta del secolo scorso, ispirata al modello dello Stato "regolatore", nella quale l'autonomia privata è avvinta da norme di azione, ma anche di relazione, ed è traghettata dal diritto ("omeopatico"), teatro del principio della concorrenza, in direzione del mercato, non più inteso quale presupposto, ma quale obiettivo da realizzare<sup>10</sup>.

A quest'ultimo periodo prego di limiti per l'autonomia privata, caratterizzato da una legislazione «cresciuta in volume e in deformità»<sup>11</sup>, segue infine il tempo attuale, scenario dell'indagine che muove dalle pagine che seguono. In esso si insinua il dubbio dell'assenza di un'efficacia "ordinante" della regola giuridica, una crisi della legge<sup>12</sup>, dinanzi alla quale si constata l'ascesa di un giudice che si atteggia a legislatore, con conseguente aumento del soggettivismo interpretativo<sup>13</sup>. La parabola ripercorsa costi-

---

"omeopatico" in L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo – Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, 10 ss. e 22 ss.

<sup>10</sup> Sulla riferita periodizzazione, ispirata a modelli statuali distinti, si veda, come prima, L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo – Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, cit., 10 ss. e 22 ss.

<sup>11</sup> L'espressione utilizzata da C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *A proposito del diritto post-moderno, Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017*, cit., 13 ss., riprende G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, vol. I, (1780) ripubbl. Roma, 1980, 123.

<sup>12</sup> Sul punto, *ex multis*, G. GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, in *A proposito del diritto post-moderno, Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017*, cit., 29 ss., spec. 33.

<sup>13</sup> C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, cit., 15; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, IV, 13 ss. Cfr. G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contratto e impr.*, 2017, 1 ss.

tuisce una semplificazione della graduale transizione della modernità a un tempo profondamente diverso, in cui si avverte – sulle suggestioni del dibattito sviluppatosi attorno al tema del diritto “postmoderno”<sup>14</sup> – che le categorie tradizionali hanno perso la loro portata unificante, la capacità di razionalizzare il materiale normativo, per fornirgli quell’armamentario utile ad adattarlo all’evoluzione sociale<sup>15</sup>. Ma a ben vedere, se così fosse, quegli elementi che preordinano il sistema normativo difficilmente avrebbero palesato dignità di categoria giuridica.

Queste prime considerazioni, già ampiamente note alla civilistica dell’ultimo decennio, costituiscono un’inevitabile anticamera della riflessione, che è stata sollecitata dalla lettura di alcuni contributi sulle tematiche indagate: tanto sulla determinazione convenzionale del danno<sup>16</sup>, quanto sui rapporti tra l’autonomia privata, da un lato, e la responsabilità patrimoniale o l’attuazione coattiva del credito<sup>17</sup>, dall’altro, e in particolare sui “nuovi marciari”<sup>18</sup>.

Eppure, rispetto ai precedenti studi che hanno orientato il lavoro svol-

<sup>14</sup> Termine utilizzato a partire dall’opera di J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, 1979 (trad. it. Milano, 1985). Cfr., *ex multis*, S. MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *A proposito del diritto post-moderno, Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017*, cit., 63 ss., critico sulla capacità euristica della postmodernità.

<sup>15</sup> Sul punto, tra i tanti, a testimonianza dell’attuale condizione del diritto civile, cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013; F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; S. MAZZAMUTO, *L’eclissi e l’antieclissi. A proposito di due libri recenti: Carlo Castronovo, Eclissi del diritto civile (Milano 2015) e Giuseppe Terranova, Elogio dell’approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa (Pisa 2016)*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, IV, 1129 ss.; A. DI MAJO, *Ascesa e/o declino del diritto civile?*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, IV, 1143 ss.; G. BENEDETTI, “Eclissi del diritto civile” e fenomenologia dell’attesa. *Riflessioni sul testo di Carlo Castronovo*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, IV, 1177 ss.; A. GENTILI, *A proposito di Eclissi del diritto civile di Carlo Castronovo*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, IV, 1167 ss.; L. NIVARRA, *A proposito di Eclissi del diritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, IV, 1187 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017; L. NIVARRA, *Dalla “crisi” all’“eclissi”, ovvero da un paradigma all’altro*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 801 ss.

<sup>16</sup> F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015.

<sup>17</sup> Tra i tanti, G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012; G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contratto e impr.*, 2012, 91 ss.; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016; E. DE BELVIS, *L’esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018.

<sup>18</sup> Tra i tanti, A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., 1398 ss.; G. D’AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO-T. RUMI, *I nuovi marciari*, ed. 2, Torino, 2017.

to, si è adottato un punto di vista più arretrato – ampliando conseguentemente il campo di osservazione<sup>19</sup> – in luogo di un’analisi esclusivamente rivolta al versante della responsabilità del debitore o a quello della realizzazione coattiva del credito (che tuttavia rappresenta il punto d’arrivo), nel convincimento che, così facendo, si renda più agevole la riduzione a sistema delle manifestazioni di autonomia privata oggetto di trattazione. L’intento, che anima l’analisi dello stadio terminale dell’evoluzione del rapporto obbligatorio, è dunque comune a quell’approccio “de-costruttivo”<sup>20</sup>, che già in tempi risalenti<sup>21</sup>, attraverso l’esame delle componenti del rapporto e delle loro pulsioni, ne illustra le tendenze per ricondurre al sistema le varie regole giuridiche.

L’estensione dell’area di analisi ai due ambiti – che, in una progressione tra il rapporto obbligatorio, la responsabilità patrimoniale e, a seguire, l’esecuzione forzata, si ergono di là dall’inadempimento – è giustificata dall’interrelazione tra la responsabilità ai sensi dell’art. 1218 c.c., fase evolutiva del rapporto obbligatorio<sup>22</sup>, che conferisce al creditore il diritto di convertire l’obbligazione originaria in un’obbligazione di risarcimento del danno, e la responsabilità patrimoniale di cui all’art. 2740 c.c. Quest’ultima, d’altro canto, è considerata il “braccio secolare”<sup>23</sup> o lo “stadio ulteriore”<sup>24</sup> della prima e consiste in un elemento di raccordo tra il rapporto obbligatorio e l’esecuzione coattiva del credito, che circoscrive le conse-

---

<sup>19</sup> Eppure l’estensione dell’oggetto di studio alla responsabilità e alla attuazione coattiva esclude dalla trattazione un’analisi della tematica – che per certi versi seguirebbe la medesima traiettoria della presente ricerca – dell’autonomia privata come strumento che, sul presupposto dell’inadempimento, incide sullo scioglimento del contratto. Il che avrebbe imposto una disamina delle clausole incidenti sulla risoluzione e sui patti di irrisolubilità.

<sup>20</sup> A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, XI s., che osserva che «prestazioni, beni e patrimonio, sono i numeri primi della obbligazione. La loro movimentazione ne segnala le vicende».

<sup>21</sup> Si vedano, ad esempio, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, 1991, 1 ss., che segnala come l’obbligazione come “effetto” sia un modello concettuale ben consolidato, mentre l’obbligazione come “fonte” risenta delle tendenze evolutive del sistema.

<sup>22</sup> Così già L. MENGONI, voce «Responsabilità contrattuale (*dir. vig.*)», in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1072 ss., come altresì S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, ed. 4, Torino, 2020, 355.

<sup>23</sup> Da ultimo A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 113.

<sup>24</sup> M. GIORGIANNI, *L’obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1968, 164.

guenze dell'inadempimento all'universalità dei beni presenti e futuri del debitore, una volta che il rapporto obbligatorio sia giunto allo stadio patologico della mancata realizzazione del credito.

Sotto la medesima scure della responsabilità, o meglio "rispondenza" ("Haftung"), nell'altresì inscindibile correlazione con il debito ("Schuld")<sup>25</sup>, di cui la prima costituisce un'ombra del secondo<sup>26</sup>, la responsabilità personale e quella patrimoniale si pongono, dunque, in un rapporto di consequenzialità, nel quale è la seconda a far da corredo alla prima «a guisa di uno strumentario tecnico che reagisce ad un default del debito»<sup>27</sup>, entro la cornice del rapporto obbligatorio.

Nell'ambito della responsabilità del debitore e della attuazione coattiva del credito, dunque, l'autonomia privata fluisce anche laddove prima le era precluso, quasi a volere generare un cammino parallelo al giudice e alla legge.

Riguardo al primo profilo – il rapporto con la tutela giurisdizionale – sotto l'angolazione delle forze motrici che spingono l'autonomia privata in territori da essa prima non percorsi, la responsabilità personale e quella patrimoniale condividono tra loro il porsi quale alternativa alla tutela giurisdizionale del diritto di credito, ossia quale "fuga" dal risarcimento del danno ad opera del giudice o dal processo esecutivo<sup>28</sup>, anche per contra-

<sup>25</sup> Sulla non corrispondenza tra il termine tedesco "Haftung" e il termine domestico "responsabilità", si veda E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Studi nelle Scienze giuridiche e sociali della Regia Università di Pavia*, V, 1919, 194, ripubbl. in *Diritto sostanziale e processo*, di E. BETTI-F. CARNELUTTI, Milano, 2006, 81 ss.; nonché in E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, cit., 28 ss. Cfr. L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni)*, Napoli, 1931, rist. anast., Napoli, 1978, 4. Per la nota contrapposizione tra "Schuld" e "Haftung", elaborata nella dottrina tedesca di fine Ottocento, si vedano A. BRINZ, *Der Begriff der «obligatio»*, in *Grünhut's Zeitschrift*, 1, 1874, 1 ss.; ID., *Lehrbuch der Pandekten*, II, t. 1, Erlangen, 1879, 1 ss.; ID., *Obligatio und Haftung*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 70, 1886, 371 ss.; K. VON AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, Veit, Leipzig, 1882; e in seguito O.F. GIERKE, *Schulz und Haftung im alteren deutschen Recht*, Breslau, 1910.

<sup>26</sup> Così K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, München, 1982, 22.

<sup>27</sup> S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, IV, 1084.

<sup>28</sup> Tra le note inefficienze della giustizia civile italiana, che inducono all'elaborazione di strumenti alternativi di tutela rispetto a quella giurisdizionale e che risultano denunciate annualmente dalla relazione "Justice Scoreboard" della Commissione Europea, si collocano le lungaggini sottese al recupero giudiziale dei crediti, recentemente attestate dal rapporto

stare le incertezze insite nella liquidazione giudiziale del danno o della soddisfazione coattiva del credito di monopolio statale.

Dalla indisponibilità delle norme volte a riparare il danno o ad assicurare la realizzazione coattiva del credito con l'esecuzione forzata, si giunge allora alla ricerca di strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale. A tal fine, risulta indispensabile l'apporto fornito dagli organi giudicanti, invero più incisivo sul versante delle clausole di liquidazione del danno e di limitazione della responsabilità, piuttosto che su quello delle convenzioni sulla responsabilità patrimoniale, per le quali è dato riscontrare, ad esclusione delle questioni ingenerate dai patti commissorio e marciano, un minore contributo giurisprudenziale. Ma egualmente, in entrambi gli ambiti indagati, pare refluire quell'effetto prodotto dal "diritto vivente" che sollecita una graduale presa di distanza dalla tradizionale rappresentazione offerta dalla realtà giuridica<sup>29</sup>.

In particolare, sul versante del risarcimento del danno il legislatore ha consentito ai privati di plasmare alcune forme di liquidazione convenzionale, quali la clausola penale, gli interessi moratori e la caparra confirmatoria, in risposta a quelle incertezze che fisiologicamente caratterizzano la dimostrazione e la quantificazione del danno, per ammettere poi un recupero *ex post* del momento giudiziale, con la qualificazione e l'interpretazione giudiziale e con il sindacato giudiziale, ad esempio nei casi in cui è ammesso un potere di riequilibrio, come *ex art.* 1384 c.c., nell'esercizio del potere di riduzione dinanzi alla penale di ammontare manifestamente eccessivo. Con le clausole di limitazione o esclusione della responsabilità del debitore, il legislatore ha invece autorizzato i privati a traslare il rischio economico del-

---

della Banca Mondiale "*Doing Business 2018*" (reperibile all'indirizzo [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org)), che colloca la tutela giurisdizionale del sistema italiano al 108° posto, su 190 sistemi esaminati, relativamente alla capacità di garantire l'esecuzione giudiziale degli obblighi contrattuali («time and cost to resolve a commercial dispute and the quality of judicial processes»).

<sup>29</sup> Entrambi i versanti d'indagine, sul comune terreno delle conseguenze dell'indebitamento, condividono l'esigenza di un approccio metodologico diverso: non più quello descrittivo della realtà giuridica esistente, dell'architettura delle fonti che imbriglia l'esistente di effetti destinati, ma un approccio "per problemi". Quest'ultimo, come osservato da DI MAJO A., *Responsabilità civile. (Problemi e sistema)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, vol. III, Milano, 2018, 1595, richiede «un tipo di costruzione giuridica destinata a reagire sulla stessa realtà fenomenica, che non si trova più rappresentata nella c.d. *fattispecie*, quale "specie" e/o modello del fatto, ma risultato di regole "operazionali" nella sede della stessa regolazione giuridica».

l'inadempimento sull'altro contraente, per poi consentire il sindacato sulla nullità della clausola per violazione della previsione normativa dell'art. 1229 c.c.

Sul versante dell'attuazione coattiva del credito, invece, il legislatore ha previsto che creditori istituzionali si avvalgano nei rapporti con i propri clienti di congegni tecnici di autotutela esecutiva (come i patti marciani di recente tipizzati) per fronteggiare le inefficienze del processo esecutivo, senza che ciò basti di per sé a generalizzare l'ammissibilità di un'autotutela esecutiva privata anche in assenza di un'espressa previsione normativa che la consenta. Eppure l'autonomia privata veicola in misura crescente patti – così il patto marciano di diritto comune, come il *pactum de non exsequendo* – che, pur non legittimati da un apposito dato normativo, non riescono a disattendere le norme imperative che si rinvergono sul versante indagato.

Sotto l'altro profilo – il rapporto con la legge – l'“indisponibilità” ad opera dei privati, salvo nelle ipotesi indicate dal legislatore, giustificata dalla tradizionale natura inderogabile delle norme sulla responsabilità, cede il passo a una crescente dequotazione della disciplina normativa, salvo laddove sia stato espressamente escluso. Si fa quindi strada la tendenza condivisa nella responsabilità personale e patrimoniale a invertire, pur con le dovute precisazioni, il rapporto tra la regola dell'inderogabilità delle norme e l'eccezione costituita dalle clausole e dalle convenzioni in deroga, ammesse nei soli casi previsti dalla legge. Si osserva dunque l'incursione dell'autonomia privata fuori dai casi previsti dalla legge: come per le clausole atipiche di predeterminazione del danno, così per le convenzioni limitative della responsabilità patrimoniale o della *par condicio creditorum* anche in assenza di un dato normativo, salvo quando si constati l'esigenza di tenere fermo l'argine costituito da una norma imperativa (come il divieto del patto commissorio) o la tenuta di un principio (come quello di tipicità per i patrimoni segregati che producono effetti opponibili *erga omnes*).

A ben vedere le problematiche che involge il diritto del presente non si annidano soltanto nelle pulsioni di un'autoregolazione, che consentendo un'autotutela esecutiva in forma privata adesso revoca in dubbio la tenuta del monopolio statale della tutela dei diritti, ma anche in quella simmetrica regolazione compiuta “dall'alto”, che pure conforma l'autonomia privata con inevitabili ricadute sul rapporto obbligatorio.

Esemplare è il caso della mancata realizzazione del credito a fronte dell'effetto esdebitativo, nel fallimento e nella crisi da sovraindebitamento, recentemente trasposto agli artt. 278-283, del titolo III («Liquidazione giu-



diziale») del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), disposizioni normative in vigore dal 15 agosto 2020. Il legislatore consente la liberazione del debitore dai crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni, inducendo inevitabilmente una vicenda ablativa del credito. Lo stesso è a dirsi per quell'effetto di liberazione dal debito residuo *ex art. 120 quinquiesdecies*, comma 3, t.u.b. per il credito immobiliare ai consumatori o *ex art. 11 quaterdecies*, comma 12 *quater*, della legge 2 dicembre 2005, n. 248, come novellata dall'art. 1 della legge 2 aprile 2015, n. 44, per il prestito vitalizio ipotecario, al momento del trasferimento di beni che abbiano un valore inferiore rispetto al credito garantito. La liberazione di responsabilità sottesa all'esdebitazione delle procedure concorsuali, o a meccanismi analoghi, porta d'altronde a una mutazione genetica dell'obbligazione, che – come osservato in un recente saggio<sup>30</sup> – è generata dalla privazione di quel surrogato dell'utilità originaria. Si tratta segnatamente di un'utilità che, laddove la “falcidia” non operasse, sarebbe piuttosto traslata in capo al creditore a fronte dell'inadempimento del debitore. Con ciò tuttavia non si intende sostenere che l'equivalente monetario del valore del credito si esaurisca nell'attuazione in senso proprio del diritto<sup>31</sup>, essendo ipotizzabile il ristoro dei danni consequenziali all'inadempimento, tale da far figurare, a fianco dell'adempimento in natura, il risarcimento c.d. complementare<sup>32</sup>.

Tornando agli interventi “esdebitativi”, è dunque lo stesso legislatore che impone al creditore, nella cornice concorsuale o in altre discipline settoriali, per una ragione di “tasca più profonda”, secondo la logica del c.d. “*cheapest cost avoider*”, la falcidia dell'utilità sottesa al credito. L'effetto è ascrivibile alla parabola percorsa dallo spasmodico tentativo di sopire la costante frizione tra le istanze di tutela del credito e la non negoziabilità della necessità di assicurare un adeguato livello di protezione al debitore<sup>33</sup>.

L'immagine di una crisi che si riflette sul rapporto obbligatorio oltretut-

---

<sup>30</sup>L. NIVARRA, *Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, II, 313 ss., spec. 316 ss. (in corso di pubblicazione). Cfr., altresì, ID., *Diritto soggettivo, obbligazione e azione*, cit., 1 ss., osservazioni estese a tutta la prima parte della trattazione.

<sup>31</sup>Come osservato da S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 355, siffatta equivalenza costituirebbe una forzatura, «a meno di non voler trasformare il diritto di credito in una situazione giuridica conclusa in sé».

<sup>32</sup>Si veda F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, ed. 4, Napoli, 2011, 117 ss., 651 ss.

<sup>33</sup>Condividendo il pensiero di E. DE BELVIS, *L'esecuzione privatizzata*, cit., 10.

to è una tematica di grande attualità in tempi di emergenza sanitaria, nei quali l'inadempimento, dettato dall'osservanza delle misure di contenimento al Covid-19, incide sul contratto quale sopravvenienza che – assumendo la fisionomia dell'impossibilità temporanea della prestazione nei contratti ad esecuzione istantanea o prolungata o dell'impossibilità parziale quale causa risolutiva *ex art. 1464 c.c.* nei contratti di durata – preclude il prodursi dei tradizionali effetti sostanziali che in una situazione di normalità discenderebbero in punto di responsabilità<sup>34</sup>.

Ad ogni modo, le previsioni normative che traducono la crisi del debitore in un effetto conformativo del rapporto obbligatorio fanno da traino all'autoregolazione stessa. Se tanto più il legislatore può procurare la mancata realizzazione del credito, espropriando le parti del potere di signoria del rapporto, quantomeno in linea di principio, il medesimo risultato si dovrebbe produrre anche per espressa volontà delle parti, che dispongano della responsabilità patrimoniale, della *par condicio creditorum* e di una fuga dall'esclusività del monopolio statale per assicurare l'obliterazione dell'utilità sottesa al credito.

Qualche precisazione si rende infine necessaria sul *modus operandi*.

Innanzitutto, nel dibattito scientifico si suole trarre dall'analisi delle eccezioni normative (le ipotesi normative di clausole di predeterminazione convenzionale del danno, di limitazioni di responsabilità, di cause legittime di prelazione ai sensi dell'art. 2741, comma 2, c.c., di marcani consentiti per i creditori istituzionali) la capacità di "resistenza" – di attualità o di superamento – di una regola (l'inderogabilità delle norme sul risarcimento del danno, l'universalità della responsabilità patrimoniale, la parità di trattamento dei creditori, il divieto di autotutela esecutiva), come se le eccezioni normative rivelassero la cedevolezza della regola. Assai spesso, tuttavia, l'eccezione è ipotesi dinanzi alla quale la regola non opera: essa è quindi sprovvista di una attitudine generalizzante. Si è pertanto tentato di vagliare l'eventuale superamento di un modello tradizionale di riferimento, sottoponendo a indagine, non tanto le eccezioni alla regola, quanto piuttosto la regola stessa nel suo abituale ambito applicativo e con le sue ragioni, verificando se esse si siano mantenute o siano svanite; fermo restando però che, se poi le eccezioni normative siano cresciute a dismisura in un breve

---

<sup>34</sup> Tra i tanti, si veda A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Editoriale*, in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020, par. 2, nonché *ivi*, in *Speciale Covid 19*, n. 2, 143 ss.

lasso di tempo, deve egualmente cogliersi il sintomo di un allentamento della regola o, meglio, lo si dovrebbe addossare al pensiero di una buona dose di “mobilità” del sistema, che metabolizza il nuovo, e così facendo «ricalcola e riposiziona i codici deputati a dare ordine ai pezzi di mondo di cui si prende cura»<sup>35</sup>.

Ancora, nel tentativo di evitare che quelle esposte appaiano come indebite generalizzazioni, l'estensione dell'indagine ai due versanti della responsabilità e della realizzazione coattiva del credito, sia pur giustificata come sopra, non intende ricondurre forzatamente a un paradigma unitario fenomeni negoziali della cui distanza reciproca si è consapevoli, specie in un tempo in cui l'introduzione di ulteriori categorie giuridiche sarebbe fuori luogo, a fronte di quel «progressivo abbandono di concetti ordinanti che hanno conformato le logiche del pensiero del giurista»<sup>36</sup>. Si intende proporre semmai una possibile linea di lettura unitaria di istituti dissimili, aggregati dalla medesima funzione di autoregolazione della crisi del rapporto obbligatorio. Nel corso del presente studio, allora, l'aggregazione funzionale suggerisce una visione “lineare”, piuttosto che “puntuale”.

La chiave di lettura proposta impone dunque che le manifestazioni di autonomia privata esaminate nel corso della trattazione – senza pretesa alcuna di esaustività – abbiano un'esposizione estesa solo a taluni aspetti, a scapito di altri, di minore pregio ai fini dell'indagine.

Palermo, 28 maggio 2020

A.P.

---

<sup>35</sup> In tal senso L. NIVARRA, *Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale*, cit., 313 ss.

<sup>36</sup> L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 240.

