

GIUSEPPE TERRANOVA

CLAUSOLE GENERALI E PRINCIPI DI DIRITTO NELLE PROCEDURE CONCURSUALI

1. Le relazioni del seminario introduttivo, dovute a Francesco Denozza ed a Mario Libertini, hanno fornito preziose indicazioni su come trattare i vari temi del convegno e, più in generale, sugli obiettivi di questa ricerca collettiva, ma hanno posto, al contempo, una serie d'interrogativi, ai quali non possiamo sottrarci, anche se dedichiamo i nostri sforzi ad un'esperienza di settore, come il diritto fallimentare. In particolare, Denozza si è chiesto se vi siano dei criteri per stabilire quando sia opportuno utilizzare la tecnica di una regolamentazione puntuale della materia, e quando ci si debba accontentare, invece, di fare ricorso alle clausole generali (per semplificare l'Autore ha parlato di *rules* e di *standards*). Libertini, dal canto suo, ha segnalato l'esigenza d'individuare in maniera più puntuale le differenze tra le clausole generali ed i principi di diritto.

Premesse metodologiche

2. Se non prendo un abbaglio, il quesito di Denozza presuppone che si dia una risposta affermativa ad un dubbio preliminare, che riguarda la possibilità di distinguere nettamente le espressioni normative, che dettano una disciplina chiara e distinta della materia, dalle espressioni che fanno ricorso a concetti vaghi ed indeterminati.

Il problema è delicato, ma a me francamente non sembra possibile risolverlo nel senso voluto da Denozza, per la semplicissima ragione che l'ambiguità di una norma, nella maggior parte dei casi, non dipende da problemi di carattere semantico (l'incertezza sul significato di una parola) o di carattere puramente pragmatico (cosa voleva dire il legislatore in un determinato contesto), ma dipende soprattutto da problemi di natura sistemica, dove per "sistema" intendo non solo il complesso delle norme, nel quale ogni singola disposizione deve essere inserita, ma anche il complesso dei fatti, ai quali i precetti si riferiscono.

Con questo non voglio negare che le norme possano contenere espressioni "vaghe" ed espressioni "meno vaghe", o apparentemente precise. Per averne un esempio basta confrontare la disposizione che esenta dalla revocatoria fallimentare le rimesse in conto corrente, purché non abbiano ridotto in maniera *consistente e durevole* l'esposizione del cliente nei confronti della banca (art. 67, comma terzo, lettera *b*, 1. fall.), con la disposizione che esenta dal fallimento l'impresa dotata di un attivo patrimoniale inferiore ai *trecentomila euro* (art. 1, comma secondo, lettera *a*, della stessa legge). Nel primo caso, la norma s'affida ad una valutazione del giudice chiamato ad applicare il precetto; nel secondo caso il legislatore ha imposto un parametro numerico, che – stante il principio nominalistico accolto dal nostro ordinamento – non sembrerebbe suscettibile di "interpretazione".

Sul piano applicativo, tuttavia, questa differenza svapora: per un verso, infatti, la disposizione in tema di revocatoria non è priva di contenuto precettivo, perché impone

di valutare l'andamento del conto nel suo complesso (e cioè la sua "regolarità", quale che sia il significato da attribuire a questo termine), anziché fermarsi ad analizzare le singole rimesse, con i loro effetti (ripristinatori o estintivi) sulla provvista; per altro verso, il calcolo del valore da attribuire al patrimonio aziendale porta a risultati divergenti, a seconda che ci si fermi alle cifre riportate nel bilancio d'esercizio, o si ammetta la possibilità di fare riferimento ad un'apposita situazione patrimoniale, informata a criteri valutativi in tutto o in parte diversi.

Questi esempi a mio avviso dimostrano che il vero problema, per l'interprete, non è individuare il significato delle parole (i casi di omonimia sono rarissimi e comunque facilmente risolvibili), bensì capire quale sia l'ambito d'applicazione e la portata di un determinato precetto, tenendo conto del complesso delle norme che regolano la materia, nonché dello "scenario" – ritornerò in seguito sul significato di quest'espressione – al quale si riferiscono. Se si vuole, il giurista è chiamato a formulare delle parafrasi delle norme per meglio applicarle al caso concreto: nel parafrasare il testo di legge egli s'avvale, tuttavia, di una serie d'informazioni supplementari (di carattere enciclopedico), delle quali si deve precisare la natura.

3. Queste considerazioni ci portano sul terreno insidioso della semiosi illimitata e dello scetticismo interpretativo radicale. Al riguardo, però, dobbiamo intenderci. Per rassicurare chi mi legge (e lo stesso Denozza), preciso subito di non essere tra coloro che considerano l'interpretazione del diritto come *un pic-nic* nel quale il legislatore porta le parole e l'interprete il senso. Il compito dell'interprete non è quello di sostituirsi al legislatore nelle scelte politiche e sociali, o di farsi guidare dai propri sentimenti di giustizia e d'equità, ma è quello di restare fedele al sistema, nei limiti, ovviamente, nei quali tale fedeltà può essere assicurata quando si passa dall'astrattezza della norma alla concretezza della decisione sul singolo caso. Riterrei, anzi, di dover andare ancora più in là di quanto non abbia fatto l'autorevole corrente giusfilosofica, che considera la legalità come una "scelta politica", perché, se ci si pone dal punto di vista del giurista, ci si accorge che il rispetto della legge non è un semplice obbligo (che potrebbe restare inadempito), ma un vero e proprio onere, da rispettare, se si vuole conservare un certo ruolo nella società. Con un po' d'enfasi si potrebbe sostenere che la predetta fedeltà al sistema è l'elemento costitutivo di una certa funzione istituzionale.

Detto questo, però, resta il problema di conciliare un dato fornito dall'esperienza (l'impossibilità d'individuare *a priori* i limiti dell'interpretazione), con l'esigenza pratica di garantire la certezza del diritto ed il principio della divisione dei poteri.

A mio avviso, per superare questa difficoltà occorre procedere in due direzioni:

a) per un verso, si deve rinunciare a concepire la certezza del diritto come un traguardo da raggiungere tramite una regolamentazione sempre più fitta e dettagliata degli istituti giuridici, ma la si deve concepire come il risultato di una tradizione interpretativa capace di mediare continuamente tra le esigenze espresse dall'evoluzione dei rapporti economici e sociali, da un lato, e le aspettative dei consociati, dall'altro, in modo da impedire che questi ultimi provino una sensazione di smarrimento (per non dire di straniamento) davanti al nuovo che avanza. In altri termini, si deve considerare la certezza come un valore, da mettere a confronto con altri valori, non come un carattere costitutivo del diritto, da preservare anche a costo d'imbalsamarlo;

b) per altro verso, poi, occorre precisare che la semiosi illimitata non porta a ritenere che il significato delle espressioni linguistiche sia completamente indeterminato. Dire che ogni espressione è suscettibile di una serie infinita di parafrasi, non significa

affermare che le si possa attribuire qualunque contenuto semantico (sarebbe questa la tesi di uno scetticismo assoluto, del tutto irragionevole); ma non significa neppure (come sembra suggerire lo scetticismo moderato) che non saremmo comunque capaci di scegliere su basi cognitive – tra due letture, entrambe compatibili con il testo – quella più pertinente alla situazione data. Se non m'inganno, il predetto assunto implica solo l'ammissione che ogni successiva parafrasi può accostarsi maggiormente al vero, ma che non possiamo escludere – *re melius perpensa* – di dover cambiare idea, fermo restando che siamo in grado d'apprezzare le qualità delle varie interpretazioni e di capire per quali motivi alcune possono essere preferite ad altre. In tale ottica, il problema non è di dover riconoscere l'assoluta inconfondibilità delle scale di valore degli interpreti, bensì d'individuare un percorso, per limitare la discrezionalità decisionale, e cioè per incanalare l'attività ermeneutica verso ragionamenti fondati su dati suscettibili di verifiche intersoggettive.

4. Naturalmente, mi rendo conto che una cosa è affermare, o postulare, che l'attività ermeneutica non è arbitraria; altra cosa è precisare in che modo si debba procedere per eliminare, o ridurre (come già s'è detto) i margini di discrezionalità dell'interprete.

Al riguardo mi sembra opportuno richiamare l'attenzione su due cose: *a)* innanzi tutto, che l'applicazione del diritto si presenta come un procedimento complesso, destinato a svilupparsi nel tempo sulla base di uno sforzo collettivo; *b)* in secondo luogo, che l'interpretazione della norma trova un limite nell'esigenza di raccorderla con le altre disposizioni del sistema (compito, questo, svolto soprattutto dalla dogmatica), ma anche nell'esigenza di collocarla all'interno di uno scenario, da ricostruire con l'ausilio dei saperi tecnici e del senso comune.

Su entrambi i punti è utile fornire qualche chiarimento:

a) per quanto concerne il primo, vorrei ricordare come nel campo dell'ermeneutica giuridica la dottrina dominante sia solita distinguere l'interpretazione come attività, dall'interpretazione come risultato. A me sembra che a queste nozioni si possa aggiungere un altro concetto, di maggiore spessore: quello di *processo applicativo*. Con tale espressione vorrei segnalare: *i)* innanzi tutto, che i giuristi (teorici e pratici) non si limitano a chiarire il contenuto semantico ed il ruolo pragmatico dei testi normativi, ma s'interrogano soprattutto sulla loro portata sistemica, come sopra precisata; *ii)* in secondo luogo, che i risultati in tal modo conseguiti sono il frutto di uno sforzo collettivo, nel quale interagiscono non solo i soggetti coinvolti nell'applicazione della norma (giudici, funzionari, avvocati, notai, e via dicendo), ma anche i destinatari dei suoi effetti (i comuni cittadini), i quali possono reagire in vario modo a certe prassi applicative, se non altro sensibilizzando l'opinione pubblica in merito a specifiche esigenze di tutela; *iii)* infine, che il predetto processo ha una dimensione diacronica, nella quale l'ordinamento può espandersi (come conseguenza di un'implementazione ermeneutica delle norme) o può contrarsi (come conseguenza di prassi semplificatrici o routinarie), sulla base di dinamiche molto complesse, che qui non mette conto analizzare;

b) sul secondo punto, vorrei collegarmi al pensiero della più alta dottrina commercialistica italiana (da Vivante ad Asquini, da Ferri a Gambino), secondo la quale la natura delle cose sarebbe il principale ingrediente per la corretta interpretazione del diritto positivo e per la ricostruzione della funzione degli istituti giuridici.

Anche a tale proposito, tuttavia, occorre intendersi, perché oggi il richiamo alla natura delle cose è coperto da un vasto e pesante discredito: alcuni vi scorgono il pericolo di un surrettizio ritorno al giusnaturalismo, per giunta in una versione minore, priva

dell'afflato che proviene dal richiamo agli eterni principi di giustizia; altri vi scorgono un semplice *tòpos* argomentativo, volto a sminuire la competenza (e dunque anche il ruolo) del legislatore, per far valere gli interessi del più forte, e cioè della parte dotata di un maggiore potere economico, tecnologico e/o comunicativo.

A me pare che queste critiche siano ingenerose, ma è necessaria qualche precisazione d'ordine concettuale, per evitare di cadere in un rovinoso essenzialismo. E' ovvio, infatti, che le cose (almeno che non si voglia tornare a forme di animismo) non possono dettare la *norma agendi*: possono condizionare, però, le scelte ermeneutiche, perché pongono le basi per ogni ragionamento di carattere teleologico (se si vuole A, data la situazione B, si deve adottare la condotta C). Il primo assunto (che le cose comandino) è quanto di più lontano dalle mie posizioni, come pure, ritengo (Asquini lo ha detto espressamente), dalle posizioni degli illustri Maestri dianzi ricordati. Ma procediamo con ordine.

5. In genere le critiche mosse alla concezione che invoca un ritorno alla natura delle cose, sia pure in funzione interpretativa e non normativa, sono le seguenti:

a) innanzi tutto, le si imputa di non tenere conto del cosiddetto rasoio di Hume, e cioè di confondere il piano dell'essere con il piano del dover essere, trascurando il fatto che, quando si estrae una conseguenza prescrittiva da una proposizione descrittiva, in realtà si dà per presupposto (o, peggio ancora, si cerca di nascondere) un giudizio di valore;

b) in secondo luogo, s'osserva che, ogni qual volta si faccia ricorso ad un criterio teleologico per interpretare la legge, s'aggiunge un elemento soggettivo ed arbitrario al testo normativo, e quindi si rischia di ricadere negli eccessi della *Freirechtsschuele* o dell'uso alternativo del diritto;

c) infine, si obietta che il ragionamento consequenzialista (e cioè la tecnica interpretativa che trae argomento a favore d'una certa tesi dalle sue ipotetiche conseguenze pratiche) è per sua natura impotente, perché le serie d'eventi, che potrebbero influire sul nesso di causalità tra una scelta ermeneutica ai suoi effetti, sono potenzialmente infinite e, quindi, assolutamente imprevedibili. In altri termini, il consequenzialismo, invece di ridurre la complessità dei processi decisionali, la incrementerebbe.

6. I problemi evocati nel precedente paragrafo hanno un tale spessore (filosofico, prima ancora che giuridico), da non potere certo essere affrontati in questa sede. Mi limiterò, pertanto, a formulare pochissimi rilievi senza pretese, con i quali desidero solo porre la questione sul tappeto, per avviare un eventuale dibattito.

A) Innanzi tutto, per quanto concerne il cosiddetto rasoio di Hume, mi pare che si sia esagerato nell'insistere sulla contrapposizione tra essere e dover essere e sulla conseguente astrazione della norma dalla realtà, alla quale si riferisce. Per rendersene conto, è sufficiente riflettere sul fatto che, in fondo, anche la volontà appartiene al mondo dell'essere, e che, pertanto, se si volesse essere coerenti fino in fondo (come ha fatto Kelsen) si dovrebbe escludere che la norma possa essere interpretata alla luce dell'intento di chi l'ha emanata (resterebbe preclusa, pertanto, persino la cosiddetta interpretazione storica, che invece è espressamente ammessa dalle disposizioni preliminari del nostro codice civile).

Con questo non voglio negare che il processo astrattivo – sulla base del quale si è sostenuto che la norma sarebbe un giudizio di valore dotato di un'autonoma consistenza e, quindi, separabile dalla visione del mondo di chi l'ha emessa – presenta anche dei

vantaggi, perché permette d'adattare il precetto alle nuove realtà socioe-conomiche sulle quali, nel tempo, è chiamato ad incidere (la cosiddetta interpretazione evolutiva).

A ben guardare, però, sulla via dell'astrazione occorre andar cauti, perché, se davvero la si volesse percorrere fin in fondo, si otterrebbe un effetto di straniamento, giacché andrebbe perduto quel referente, quel patrimonio di conoscenze condivise, che consente di precisare il contenuto semantico di ogni espressione linguistica. Al riguardo non si deve dimenticare che per Kelsen – e cioè per l'autore che più coerentemente ha perseguito la "purezza" del diritto – il giurista non avrebbe il compito di suggerire una specifica interpretazione del testo normativo, ma dovrebbe limitarsi ad individuare i significati compatibili con il tenore letterale della norma; dovrebbe limitarsi, cioè, a disegnare una cornice, entro la quale l'autorità chiamata ad applicare un certo precetto potrebbe muoversi liberamente, esprimendo dei giudizi insindacabili, come insindacabile è l'attività del legislatore. La separazione completa del dover essere dall'essere implica, dunque, l'accettazione di un principio d'autorità, che sfugge ad ogni controllo di ragionevolezza.

B) In secondo luogo, e conseguentemente, si deve ritenere che certi eccessi (come quelli sopra richiamati delle *Freirectsschuele* e dell'uso alternativo del diritto) non possano essere evitati rifugiandosi nel formalismo giuridico, bensì suggerendo delle tecniche interpretative improntate ad un criterio di maggiore trasparenza e controllabilità. Per conseguire tale risultato non si deve presumere troppo dalle proprie forze, ma è consigliabile accedere all'interpretazione teleologica solo nei limiti in cui si è in grado di ricostruire in maniera abbastanza attendibile lo scenario nel quale la norma deve essere collocata, senza lasciarsi sedurre dall'ambizione di proporre una visione nuova, alternativa e totalizzante del sistema. Proprio per questo motivo l'interprete deve avvalersi di una serie di saperi storici, economici, sociologici, psicologici, politologici, tecnici, *etc.*, sempre più diffusi ed articolati, che gli diano una consapevolezza a tutto tondo del proprio ruolo, ma inculchino in lui anche la necessaria modestia, per restare nei limiti delle proprie competenze.

C) Il problema, a questo punto, è di capire quale sia la collocazione dell'argomento consequenzialista, e cioè se il suo utilizzo non risulti precluso dall'impossibilità materiale di prevedere gli effetti di una determinata scelta ermeneutica, per la semplicissima ragione che le incognite, capaci d'influenzare il corso degli eventi in base al nesso di causalità, sarebbero praticamente infinite.

A mio sommo parere, anche in questo caso si tratta solo d'assumere una serie di precauzioni: *i*) innanzi tutto, occorre precisare che il giurista – quando osserva che le norme assumono un significato più preciso, se inquadrare in uno specifico contesto, che possiamo anche decidere di chiamare "natura delle cose" – in realtà non pensa di potere riprodurre nella propria mente il mondo esterno in tutti i suoi particolari (sa benissimo che questo obiettivo gli è precluso), ma si accontenta di ricostruire uno scenario semplificato, attendibile e verosimile, nel quale collocare il singolo precetto, o un intero istituto giuridico; a tal fine s'avvale di concezioni largamente condivise, di regole d'esperienza apprese in lunghi anni di carriera, di conoscenze tecniche più o meno approfondite, di schemi tipologici elaborati da dottrine di varia provenienza, e via dicendo; *ii*) detto questo, però, non ci si deve fermare all'esame di una particolare vicenda (e, cioè, dei fatti di causa, anche se occorre riconoscere che spesso sono rivelatori di verità insospettite), ma si deve aspirare ad una visione più ampia, capace di cogliere le eventuali incoerenze del sistema, che "scompaiono dallo schermo", se ci si ferma ad analizzare un caso particolare; in fondo, forse sta qui il maggior difetto di quell'orientamento teorico, che vorrebbe

affidare alla giurisprudenza pratica il compito d'implementare l'ordinamento, anche senza il supporto di un'adeguata giurisprudenza teorica; *iii*) ovviamente, poiché lo scenario, di cui stiamo discutendo, non è vero, ma solo verosimile, e soprattutto è il frutto di un'immaginazione semplificatrice, si debbono mettere in conto possibili errori, provocati da preconcetti o da visioni troppo personalistiche del mondo; ma si deve anche sapere che l'unica garanzia per sfuggire all'arbitrio (prima cognitivo e poi precettivo) è il confronto intersoggettivo, l'essere disposti a mettere in discussione gli assunti da cui muovono i nostri ragionamenti, la consapevolezza del fatto che ogni conoscenza è approssimativa e che, pertanto, ci si deve accontentare di quel grado di approfondimento, che è compatibile con l'esigenza di risolvere i problemi nei tempi dati.

Tutto ciò non deve essere visto come una resa al relativismo cognitivo, o allo scetticismo radicale. Al contrario, se si ritiene di poter contestare una certa tesi interpretativa, lo si fa in quanto la si giudica in conflitto con certi dati di fatto o di diritto, anche se poi non si ha la possibilità, o la pretesa, di suggerire subito una soluzione migliore. Del resto, anche Wittgenstein, che di pensiero critico certo se ne intendeva, soleva dire che si può essere scettici su molte cose, ma non su tutto.

7. Le considerazioni che precedono mi consentono di spiegare per quale motivo mi sembra poco fattibile discernere le materie nelle quali si dovrebbe legiferare per principi, o facendo ampio ricorso a clausole generali, dalle materie che pretendono una disciplina puntuale e dettagliata.

Il giurista – se gli si pone la domanda in astratto – sarà sempre portato a preferire la seconda alternativa, sia perché essa semplifica il suo lavoro, sia perché lo espone meno al pericolo di vedersi contestare alcune scelte ermeneutiche come arbitrarie o addirittura ideologiche. In concreto, però, è difficile immaginare di poter imporre al legislatore precisi *standard* stilistici. Ma poi, onestamente, si deve anche riconoscere che solo in sede applicativa ci si accorge se una certa formulazione della norma crea degli equivoci, o se il ricorso ad un parametro numerico (si pensi a quelli utilizzati nel secondo comma dell'art. 1, l.fall.) avrebbe dovuto essere accompagnato dalla specificazione dei criteri, sulla base dei quali effettuare il conteggio. Come pure, solo in sede applicativa si riesce a stabilire se una certa espressione, per quanto vaga, rende bene le idee del legislatore in materia, oppure lascia la disciplina dell'istituto incompleta e pencolante in una parte essenziale. Del resto, ritengo che tutti noi abbiamo sperimentato come – dopo aver levato alti lai perché il legislatore era rimasto nel vago, o aveva fatto un uso eccessivo di clausole generali – ce ne siamo dovuti pentire amaramente, perché la disciplina ammannita in seguito, pur essendo più dettagliata e completa, si è rilevata talmente piena di errori concettuali, da rendere la situazione ancora più difficile ed ingestibile.

Naturalmente, ciò non toglie che certe sciatterie redazionali delle nostre leggi siano davvero imbarazzanti e che tutti ci associamo nel chiedere un miglior *drafting* legislativo. Purtroppo, però, appelli di questo tipo lasciano il tempo che trovano.

8. Mi resta da spendere qualche parola sulla distinzione tra clausole generali e principi di diritto. Francamente non mi pare che la differenza di toni tra Francesco Denozza e Mario Libertini sia anche una differenza di sostanza: è ovvio, infatti, che i due fenomeni possono e debbono essere tenuti distinti, anche se hanno alcune caratteristiche in comune, come – a mio parere – la “pervasività” e l'esigenza di una “concretizzazione” da parte dell'interprete.

Sulla prima caratteristica (la “pervasività”) si potrebbe manifestare – soprattutto per quanto concerne le clausole generali – un vivace dissenso: sia per motivi d'ordine pratico (in alcune materie è sembrato fuori luogo il richiamo alla correttezza ed alla buona fede); sia per ragioni d'ordine teorico (eccessive concessioni alle predette tecniche normative finirebbero con l'abbattere il diaframma tra diritto e morale, con la conseguenza di dover rinunciare ad uno dei pilastri del positivismo giuridico). Il problema è delicatissimo e non è certo questa la sede per affrontarlo con l'approfondimento che meriterebbe. Mi limito ad osservare che, in fondo, è il legislatore stesso a richiamare la buona fede e la diligenza (sia pure nella forma negativa e più blanda dell'assenza di dolo o di colpa grave), anche in materie ove è maggiormente sentita l'esigenza della speditezza dei traffici e della certezza dei rapporti giuridici: basti pensare al ruolo dei predetti concetti nel campo dei titoli di credito e dei documenti di legittimazione (art. 1992, c.c.).

Questo rilievo porta a ritenere che non vi siano (anche se la giurisprudenza talvolta si è mostrata di contrario avviso) settori immuni dal riconoscimento di un limite – più o meno stringente – all'esercizio delle prerogative elargite dall'ordinamento, o alla spregiudicatezza delle condotte, che ognuno di noi può tenere nei confronti degli altri consociati. A ben guardare, vi è solo l'esigenza di ponderare valori contrapposti (e la certezza dei rapporti giuridici, la praticabilità delle soluzioni, la rapidità nelle decisioni, l'efficienza del sistema sono tra questi), con esiti che possono divergere da campo a campo, a seconda delle particolari istanze di tutela che vi si manifestano (e ciò può spiegare gli accennati orientamenti della giurisprudenza).

9. La seconda caratteristica (l'esigenza di “concretizzare” il precetto attraverso un'attenta ponderazione degli interessi in gioco) non deve portare a ritenere – e qui ha pienamente ragione Libertini – che i compiti attribuiti agli operatori giuridici nel campo dei principi ed in quello delle clausole generali possano ritenersi equivalenti. Al riguardo le lezioni di Luigi Mengoni e di Mario Barcellona, richiamate dallo stesso Libertini, sono pienamente attuali. Mi posso limitare, pertanto, a svolgere qualche riflessione del tutto marginale e priva di pretese.

Per quanto concerne principi, mi permetto di avanzare tre dubbi:

a) innanzi tutto mi sembra discutibile un certo orientamento di pensiero che vorrebbe sistamarli all'interno di una scala gerarchica, di forma piramidale, che parte – al livello più alto – dalle norme costituzionali e dai diritti riconosciuti dalle varie Carte sovranazionali, per poi scendere gradatamente alle varie discipline di settore. Mi sembra più realistico, invece, ritenere che l'ordinamento sia dotato di una struttura policentrica: a ben guardare, infatti, certi valori penetrano nei diversi campi dell'esperienza giuridica in maniera più o meno rapida e profonda, a seconda della natura degli interessi regolati;

b) in secondo luogo, mi sembra contestabile l'idea che il processo di ponderazione porti a far prevalere – nel caso specifico – un principio sull'altro, senza residui: in realtà, il giurista spesso va in cerca di soluzioni di compromesso, che tengano conto, in maniera dialettica, di tutte gli interessi in gioco; e comunque, a prescindere da ciò, mi sembra che i principi – lo vedremo meglio in seguito – assolvano anche la funzione di preparare il terreno alle scelte ermeneutiche di dettaglio, con la conseguenza d'influenzarle, anche quando non vengono esplicitamente richiamati;

c) infine, i principi non sempre vengono tratti (ma la questione è particolarmente delicata), in maniera diretta o indiretta (e cioè tramite una generalizzazione astrattizzante) da esplicite norme di legge o da altre fonti sovra-ordinate: ve ne sono alcuni, infatti

(mi limito a ricordare quelli della giustizia commutativa), che da sempre hanno esercitato un'enorme influenza sul diritto privato, ma che non risultano codificati in disposizioni espresse, anche se molte norme vi s'ispirano. Per rendersi conto della loro importanza, basta considerare come molto spesso l'argomento per assurdo – in base al quale scartiamo certe soluzioni interpretative – si fondi proprio sul rilievo che ci sembra inimmaginabile sacrificare oltre una certa misura gli interessi di una parte a vantaggio dell'altra.

Naturalmente, mi rendo conto che il discorso meriterebbe ben altri approfondimenti, ma desideravo richiamare l'attenzione sui punti che precedono, almeno "per memoria".

10. Per quanto concerne le clausole generali – che qui maggiormente interessano – mi pare che la dottrina sia divisa in due orientamenti di fondo. Secondo alcuni autori i richiami alla diligenza, alla correttezza, alla buona fede in senso oggettivo e via dicendo, non lascerebbero alcun margine di discrezionalità all'interprete, perché si tratterebbe d'applicare dei parametri tecnici, delle regole di condotta, delle valutazioni sostenute da un consenso diffuso, *etc.*; si tratterebbe d'applicare, insomma, dei criteri che sono largamente accettati in certi ambienti sociali e professionali e che, pertanto, non sarebbero meno oggettivi e verificabili delle norme di legge. Secondo un altro orientamento di pensiero, invece, sarebbe proprio questo il campo d'elezione per lo sviluppo di un diritto giurisprudenziale autonomo, fondato su scelte discrezionali, che aspirano a trasformarsi in regole di condotta stabili e precise.

Francamente mi pare che la verità stia nel mezzo: per un verso, infatti, è difficile contestare che concetti come diligenza, buona fede, correttezza, ragionevolezza e simili affondino le proprie radici in valutazioni ed in saperi rinvenibili allo stato diffuso in vari ambiti della società, con la conseguenza che l'interprete trova il conforto di specifici riscontri tecnici; per altro verso, però, si deve considerare che le predette valutazioni ed i predetti saperi non si trovano belli e pronti per l'uso, nella forma di *regole* già definite, ma li si scopre nella forma di mere *regolarità* di condotte (Rodolfo Sacco parlerebbe di un diritto muto), da filtrare attraverso il setaccio dei valori che l'ordinamento intende tutelare in un determinato settore dell'esperienza giuridica. In altri termini, le normative di correttezza (utilizzo questa espressione in senso generico) non attingono a fonti autonome (se di fonti si può parlare), ma vengono ricostruite – sia pure tenendo conto delle valutazioni sociali – come un ideale prolungamento ed un'implementazione delle varie discipline di settore.

11. Questi brevissimi cenni trovano conferma anche nel diritto fallimentare, che costituisce, a mio avviso, un ottimo banco di prova delle ipotesi teoriche dianzi formulate: "ottimo", proprio perché, a prima vista, si sarebbe portati a ritenere il contrario. Non mi nascondo, infatti, che il fallimento e le altre procedure concorsuali appaiono come un terreno poco adatto, per farvi allignare norme "vaghe" e "clausole generali", giacché si tratta d'istituti nei quali prevalgono le disposizioni procedurali, per loro natura vocate all'astrattezza, al formalismo, alla regolamentazione minuziosa dei singoli passaggi. Nonostante tutto, però, mi lusingo di poter dimostrare che i principi di diritto e le clausole generali svolgono anche qui un ruolo preminente, sebbene la normativa non vi faccia alcun esplicito riferimento.

La fraus creditorum come clausola generale

12. Il problema fondamentale delle revocatorie fallimentari è dato dal fatto che la disciplina dettata dalla legge del '42 contiene solo norme generali ed onnicomprensive, mentre la pratica esige l'imposizione di un limite alla possibilità d'impugnare le operazioni compiute nel periodo sospetto. Per rendersi conto dell'entità del problema, è sufficiente considerare che sommando assieme gli atti gratuiti previsti dall'art. 64, gli atti onerosi previsti dal secondo comma dell'art. 67, le concessioni di garanzia, i pagamenti e gli atti estintivi previsti dal primo e dal secondo comma della stessa norma, si avrebbe un raggio d'azione così ampio della revocatoria, da non lasciare scampo ad alcun'attività programmatica o esecutiva compiuta nel periodo sospetto.

Sul piano pratico una simile soluzione non regge, perché, persino chi ha fornito – con l'ausilio dell'analisi economica del diritto – la spiegazione più convincente del perché si sia adottato un regime revocatorio così rigoroso, se guardasse la questione dal punto di vista della pura e semplice ragionevolezza, dovrebbe ammettere che è imbarazzante ritenere impugnabili tutti i contratti di lavoro, tutti i contratti d'opera, tutti gli acquisti e persino le permutate compiute dal fallito nei sei mesi (prima era un anno) anteriori alla dichiarazione d'insolvenza, perché si renderebbe conto che si tratta di operazioni che non vengono compiute in frode ai creditori, anche se astrattamente appartengono alla categoria degli atti onerosi ed anche se è difficile sostenere che i contraenti non conoscevano lo stato d'insolvenza dell'imprenditore, poi fallito.

Per superare l'ostacolo si possono percorrere due strade: si può ignorare il problema e comportarsi come se le norme consentissero d'impugnare solo alcune tipologie di atti, identificati come fraudolenti sulla base della tradizione o sulla base di una specifica precomprensione del sistema; oppure, si può cercare di sciogliere il nodo teorico valorizzando l'elemento del pregiudizio che qua e là occhieggia nel tessuto normativo.

La prima strada è stata percorsa dalla giurisprudenza, almeno fino a quando nuove istanze di tutela (o una male intesa sensibilità per certe esigenze perequative) non l'hanno indotta a mutare indirizzo, con esiti che – all'inizio – lasciavano perplesse ed incredole le stesse autorità giudicanti (mi riferisco alle azioni revocatorie delle rimesse su conti correnti bancari, che spesso avevano un *petitum* d'importo molte volte superiore all'ammontare dell'apertura di credito concessa al fallito e, talvolta, persino superiore all'ammontare dei crediti ammessi al passivo della procedura).

La seconda strada è stata percorsa da una parte della dottrina, ma rivela delle impervietà che, ad un primo sguardo, possono sfuggire.

13. A ben guardare, infatti, il vero problema, nel considerare il danno come fondamento e limite della revocatoria, non è l'esiguità dei riscontri normativi (che si riducono, nella legge fallimentare, all'epigrafe del capo ove è contenuta la disciplina dell'istituto e ad un accenno in una norma di recente introduzione), bensì il rilievo che occorre rendere compatibile il concetto di pregiudizio con l'intrinseca natura del rimedio in esame: si deve tenere presente, infatti, che non si ha a che fare con un'azione di carattere risarcitorio, bensì con un'impugnativa volta a rimuovere alcuni effetti dell'atto.

La questione non può essere ridiscussa in questa sede. Qui mi limito ad osservare che la difficoltà, a mio sommosso avviso, può essere superata solo se si parte dal presupposto che il danno nella revocatoria, non deve essere accertato sulla base del nesso di causalità che lega l'operazione impugnata alla riduzione della garanzia offerta dal patrimonio del fallito (come accade nell'illecito civile), bensì sulla base di una prognosi

postuma, e cioè sulla base di certe regole d'esperienza, che consentono di qualificare alcune tipologie di atti come intrinsecamente pregiudizievoli (nel senso di pericolosi) per la massa: solo così, infatti, si spiega come mai le vendite al giusto prezzo (ed una serie di operazioni consimili) possano essere impugnate, senza prendere in esame i concreti effetti dell'atto sulla garanzia patrimoniale generica; solo così si spiega, in altri termini, come mai le vendite (soprattutto d'immobili) possano essere revocate, anche se il prezzo, nella fattispecie concreta, è stato reinvestito in maniera utile per i creditori.

14. L'aver legato la valutazione *ex ante* del danno (la già detta prognosi postuma) all'utilizzazione di regole d'esperienza, largamente condivise in certi ambienti sociali, consente di ricondurre nuovamente il fondamento della revocatoria fallimentare nell'alveo della *fraus creditorum*, intesa, come accadeva un tempo, alla stregua di un'oggettiva violazione di certe regole di correttezza.

Questo ritorno alla "casa paterna" non può sorprendere, se si tiene conto del fatto che le revocatorie, fino alla seconda metà dell'Ottocento ed oltre, sono state considerate come un tipico rimedio contro gli atti fraudolenti. In realtà, solo a partire dalla fine del diciannovesimo secolo la dottrina ha cercato d'attribuire al concetto di frode un contenuto il più possibile scevro da ogni tensione morale e, proprio per questo, l'ha identificato: *a*) sul piano *oggettivo*, con la violazione "indiretta" di una norma di legge o di un diritto (sui due versanti, rispettivamente, della frode alla legge e della frode dei creditori); nonché, *b*) sul piano *soggettivo*, con la volontà o la semplice consapevolezza di ledere l'altrui sfera giuridica.

Da qui l'odierna situazione normativa, che sembrerebbe ridurre la frode ad un moncherino, identificandola, nella revocatoria ordinaria, con la conoscenza del pregiudizio arrecato dall'atto ai creditori, e, nella revocatoria fallimentare, con la conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore. Tuttavia, se quanto si è detto con riferimento al danno è vero, se ne deve desumere che la violazione di norme di condotta socialmente riconosciute torna ad avere un ruolo preminente nel meccanismo della revocatoria, con la conseguenza di far riemergere una clausola generale, che si riteneva soppressa, e che, invece, è sopravvissuta nascosta nelle pieghe del sistema.

15. Alcuni amici (forse molti) potrebbero obiettare che ho fatto male a preoccuparmi – fin dai miei primi interventi sul tema – di problemi di giustizia commutativa (mi riferisco alla sproporzione tra l'ammontare del *petitum* e l'ammontare dell'affidamento nella revoca delle rimesse effettuati su conti correnti bancari) o, più in generale, di problemi di giustizia distributiva (tale potrebbe essere il richiamo al disvalore dell'atto ai fini della dichiarazione d'inefficacia del medesimo) e di funzionalità complessiva del sistema (per la quale m'è sembrata sempre incongrua la pretesa di bloccare ogni iniziativa economica del debitore per ricondurre la crisi dell'impresa sotto l'egida di un giudice): avrei fatto meglio ad attenermi alla massima "*dura lex, sed lex*".

La risposta a questa ipotetica obiezione ritengo d'averla già data nelle pagine che precedono. Chi propone il ritorno ad un'interpretazione letterale del testo, a mio avviso, s'illude: sia perché le parole e le frasi spesso hanno un contenuto semantico parzialmente indeterminato e quindi impongono una scelta tra i vari significati possibili; sia perché ogni espressione è inadeguata a rappresentare fedelmente la realtà alla quale si riferisce, per il semplicissimo motivo che utilizza un sistema discontinuo di segni, mentre il senso da trasmettere non è segmentato in parti. Sotto quest'ultimo profilo, anzi, si potrebbe sostenere che le clausole generali e le norme vaghe costituiscono lo strumento

per passare, da una regolamentazione in forma digitale (discontinua), ad una regolamentazione in forma analogica, basata su concetti elastici, adattabili alla bisogna.

Francamente, però, non mi sembra utile continuare a tormentarci su problemi di teoria generale. Forse è più proficuo ritornare al nostro orticello del diritto fallimentare, per osservare due cose: *a*) in primo luogo, che la riforma ha confermato l'idea che la revocatoria deve restare uno strumento selettivo, fondato sul disvalore dell'atto da impugnare e, dunque, su un giudizio di correttezza (questo rilievo non preclude critiche, anche severe, sul merito della disciplina, sia per l'ampiezza delle esenzioni, sia per l'eccessiva restrizione del periodo sospetto); *b*) in secondo luogo, che – nonostante la maggiore ampiezza della griglia fornita dall'ordinamento in merito al valore o al disvalore d'alcune tipologie di atti – resta sempre il problema d'adeguare le norme astratte alle fattispecie concrete e, quindi, resta sempre il problema d'implementare la disciplina legale tramite il richiamo a regole d'esperienza socialmente riconosciute, come accade, appunto, quando s'è in presenza di una clausola generale di correttezza. Il maggior dettaglio delle norme ammannite dal legislatore consente, tuttavia, d'esprimere dei giudizi più motivati.

16. Per proseguire nell'indagine, invece di continuare in un ragionamento astratto, vorrei proporre l'esame di alcune fattispecie, che si sono realmente presentate all'attenzione dei giudici e che mostrano – quale che sia la soluzione da preferire – con quale tipo di problemi l'interprete si deve quotidianamente misurare.

A) Un imprenditore edile, che ha costruito un intero palazzo, si trova in difficoltà finanziarie, che non gli consentono di completare e vendere tutti gli appartamenti. Per questo motivo propone alla banca, che ha un'ipoteca sull'intero immobile, di prestare il consenso ad un piano di frazionamento della garanzia, in modo da poterla cancellare sugli appartamenti che man mano vengono venduti, in cambio del rimborso di una quota del mutuo originario proporzionale al valore delle singole unità immobiliari. Nel successivo fallimento dell'impresa di costruzioni ci si chiede se il pagamento ricevuto dalla banca possa essere revocato, nonostante il fatto che l'ipoteca si fosse già consolidata nel momento in cui era stato effettuato il frazionamento e nonostante il fatto che il valore della garanzia superasse ampiamente l'importo del credito estinto.

B) Un imprenditore in difficoltà si accorge che due particelle catastali sono state invertite nell'atto con il quale ha comparato un certo immobile, con la conseguenza che una certa pertinenza sembrerebbe appartenere al proprietario confinante e viceversa. Per “mettere a posto le carte”, in vista di un futuro smobilizzo, il medesimo imprenditore effettua una permuta con il vicino, anche se l'area ceduta è di maggiore estensione rispetto a quella ricevuta in cambio. Anche in questo caso il fallimento impugna l'atto per rimettere in discussione l'assetto giuridico diviso dalle parti.

C) Il liquidatore di una società per azioni insolvente decide di vendere l'unico immobile che ancora resta nel patrimonio dell'ente, per soddisfare con il ricavato i creditori, nel rispetto della *par condicio* e, quindi, in proporzione dei loro specifici diritti. Per vendere l'immobile lo fa stimare da professionisti d'indiscussa moralità, organizza un'asta ad offerte segrete e pubblicizza le modalità ed i termini della medesima su alcuni giornali di diffusione nazionale. Tutto procede per il meglio ma, qualche giorno prima dello scadere dei cinque anni dall'atto, un creditore insoddisfatto chiede il fallimento della società ed impugna contestualmente la vendita con la revocatoria ordinaria.

17. Le tre fattispecie esaminate pongono un problema comune: se si dovesse arrivare alla conclusione che sono soggette a revoca, si dovrebbe escludere che l'imprenditore insolvente possa sottrarsi al fallimento utilizzando delle tecniche privatistiche, anche se fosse animato dalle migliori intenzioni di questo mondo, ed anche se ponesse in atto tutte le cautele, per rendere credibile la propria correttezza e buona fede agli occhi dei creditori. Se così fosse, si dovrebbe ammettere che aveva visto giusto quella dottrina (Nasi) che riteneva ineludibile il ricorso alle procedure concorsuali per liquidare una qualsivoglia impresa in difficoltà; e si dovrebbe ritenere che il fallimento conservi tuttora quel carattere di giurisdizione oggettiva, che il legislatore della riforma aveva inteso – forse non del tutto consapevolmente – eliminare.

Detto questo, però, si deve anche riconoscere che, per esentare dalla revoca le tre operazioni economiche dianzi descritte, non basta fare affidamento sulle buone intenzioni di chi le ha poste in essere, ma occorre trovare un criterio oggettivo, per capire a quali condizioni il debitore possa compiere atti di disposizione del proprio patrimonio, senza incappare negli strali dell'impugnativa, ed in quali casi occorre far prevalere, invece, gli interessi della massa.

Come si capisce, il confine tra l'area degli atti revocabili e l'area delle operazioni consentite è molto incerto e labile, anche se – in prima approssimazione – potremmo accettare l'idea che si fondi su un giudizio di correttezza. Quando si scende nello specifico, tuttavia, ci si accorge che i vari ordinamenti, al riguardo, si sono avvalsi – e tuttora s'avvalgono – di strumenti più o meno grossolani. La qual cosa, poi, non deve sorprendere più di tanto, se si considera che ogni tentativo di trovare un criterio di facile e pronta utilizzazione è destinato ad infrangersi sul rilievo che una disciplina troppo rigida e dettagliata si presta ad abusi, o in un senso, o nell'altro.

18. Ma vediamo come s'è posto il problema sul piano storico. Fino a quando le revocatorie si sono fondate sulla frode, non altrimenti qualificata, poteva sembrare piuttosto semplice sottrarre le fattispecie in esame all'impugnativa. In fondo, non sarebbe stato difficile trovare il consenso sul fatto che l'atteggiamento del creditore soddisfatto (nel caso A), o del terzo acquirente (nei casi B e C) fosse immune da ogni vizio: la banca che ha ricevuto il rimborso di una quota di mutuo garantito da un'ipoteca congrua e consolidata, il vicino che ha acconsentito alla permuta tra due pertinenze, il terzo investitore che ha acquistato l'immobile sulla base di una procedura competitiva, ancorché di natura privatistica, non immaginava certo di danneggiare i creditori del soggetto insolvente, ma riteneva di porre in essere un atto che corrispondeva anche al loro bene inteso interesse, giacché un'operazione di smobilizzo avrebbe potuto salvare l'impresa o, comunque, avrebbe consentito di distribuire in tempi più ragionevoli (rispetto ad un fallimento o rispetto ad una liquidazione forzata) le somme dovute al ceto creditorio.

Come s'intende, questo tipo di valutazione, di carattere eminentemente soggettivo, utilizza un metro piuttosto lasco, che ha il pregio della flessibilità, ma ha anche il difetto di sottrarsi ad una verifica rigorosa: l'accertamento della frode viene rimesso nelle mani del giudice, che decide sulla base di un potere altamente discrezionale.

Forse proprio per questo motivo, nell'ordinamento vigente la frode in senso soggettivo s'è ridotta – lo si è già detto – ad un moncherino. La cosa è di particolare evidenza in sede fallimentare, giacché la prova della conoscenza dello stato d'insolvenza non ha mai costituito un ostacolo serio al buon esito dell'impugnativa. Ma non si deve pensare che la situazione sia completamente diversa nel campo della revocatoria ordinaria (caso C). Nella nostra tradizione giuridica, infatti, gli atti di smobilizzo, che alterino

la composizione qualitativa del patrimonio di un debitore in difficoltà, sono stati sempre considerati pregiudizievoli per i creditori, in quanto sostituirebbero ad un immobile, aggredivibile con le azioni esecutive, una somma di denaro, più facilmente occultabile o dissipabile: anche nel terzo caso, dunque, sarebbe stato sufficiente dimostrare che l'acquirente conoscesse la condizione patrimoniale deficitaria della società venditrice, per arrivare alla revoca dell'atto.

19. Come già si è detto, l'attenzione si deve spostare, pertanto, sul presupposto oggettivo dell'impugnativa, e cioè su come valutare il *danno* arrecato ai creditori. Anche qui, però, occorre procedere con i piedi di piombo, perché, se si facesse riferimento al modello concettuale dell'illecito civile, nei tre esempi di cui sopra sarebbe sufficiente una variazione dei prezzi di mercato per rendere le operazioni – *ex post* – poco conveniente per la massa. Ed infatti: nell'ipotesi A) un'improvvisa crisi del settore immobiliare potrebbe aver reso insufficiente la garanzia ipotecaria della banca; nell'ipotesi B) la permuta potrebbe essere ritenuta poco vantaggiosa, data la diversa estensione delle due aree oggetto di scambio; nell'ipotesi C) potrebbe essere conveniente per i creditori riprendersi l'immobile e rivenderlo ad un prezzo maggiorato.

Ovviamente, del senno di poi sono piene le fosse. Le cose cambiano se il danno deve essere valutato *ex ante*, con il metodo della prognosi postuma, perché qui entrano in giuoco delle regole di esperienza che permettono di valorizzare la correttezza della condotta tenuta dalle parti: l'atto non viene sottratto alla revoca in quanto è stato un bon affare per il fallito (in realtà, anche un'asta competitiva potrebbe far spuntare un prezzo mediocre), bensì perché le parti hanno posto in essere ogni ragionevole cautela per tutelare al meglio gli interessi dei creditori.

Ovviamente, mi rendo conto che la discussione sul merito del problema potrebbe protrarsi a lungo, e non è certo questa la sede per farlo. Qui mi premeva sottolineare alcune cose: *i*) che l'ordinamento ha risorse pressoché illimitate per rendere flessibile una disciplina apparentemente rigida; *ii*) che una clausola generale può essere nascosta anche in una normativa a prima vista immune da ogni vaghezza; *iii*) che sarebbe illusorio – ed alla fine perdente – cercare d'eliminare ogni margine di discrezionalità nell'applicazione delle norme; *iv*) che il problema della fedeltà alla legge non può essere risolto con il rifiuto *a priori* delle conoscenze tecniche e delle regole di condotta socialmente condivise; *v*) che tale problema deve essere affrontato, invece, approfondendo la storia e la *ratio* di un certo assetto normativo, per compiere un'attendibile ponderazione dei valori e degli interessi contrapposti; *vi*) che la predetta ponderazione di valori e d'interessi acquista un senso solo se riferita prima ad un generico e poi ad uno specifico contesto applicativo.

Fraus creditorum e principi di diritto

20. Per finire, un accenno al rapporto tra clausole generali e principi di diritto. Come s'è visto, le prime hanno in comune con i secondi il carattere della pervasività, perché possono essere richiamate anche in settori dell'ordinamento, nei quali la disciplina positiva non vi fa alcun esplicito rinvio. Per contro, però, s'è visto che – al fine di stabilire che cosa significhi correttezza e buona fede in un certo campo dell'esperienza giuridica – non basta prendere atto di valutazioni socialmente diffuse, ma occorre comprendere fino in fondo quali sono i valori che il legislatore intende tutelare in quello

specifico ambito. Per restare alla disciplina delle revocatorie, occorre preliminarmente sapere per quale motivo nella nostra tradizione giuridica le vendite immobiliari vengono considerate pregiudizievoli per i creditori, anche se compiute al giusto prezzo; per quale ragione le garanzie concesse per i crediti già sorti, ma non ancora scaduti, vengono assoggettate ad un regime particolarmente severo; perché i pagamenti sono revocati, anche quando appaiono perfettamente legittimi e regolari, e persino quando sono il frutto di un'esecuzione forzata individuale sui beni del fallito; per quale motivo certe attribuzioni patrimoniali vengono equiparate nel trattamento giuridico agli atti a titolo oneroso, pur essendo avvenute senza uno specifico corrispettivo, e via dicendo. Solo dopo aver fissato questi paletti (ma, anche qui, con l'aiuto del senso comune e delle valutazioni sociali), solo dopo aver individuato la *ratio* della disciplina, si può proseguire nell'ulteriore specificazione delle condizioni d'applicabilità dei singoli precetti, mettendo a confronto il tipo di tutela che il legislatore intendeva offrire ai creditori, con lo scenario che si presenta a chi deve applicare la norma.

A ben guardare, però, prima di procedere a questo tipo d'analisi, l'interprete è costretto a fissare – anche inconsapevolmente – un più generale quadro di riferimento valoriale, perché v'è una “precomprensione” dei problemi, che dipende dal modo in cui s'intendono certi principi. Nel caso di specie, ad esempio, non si può negare che il dibattito sulla funzione delle revocatorie (e dunque sulla *ratio* dell'intera disciplina) sia stato influenzato da una certa concezione della *par condicio* e da certe teorie del fallimento come un processo di giurisdizione oggettiva, e cioè da quell'orientamento di pensiero che v'individuava uno strumento da utilizzare per eliminare l'insolvenza, anche a prescindere dalla iniziativa delle parti.

Come si vede, dunque, le clausole generali, non solo sono pervasive e possono essere nascoste nelle pieghe del sistema, proprio come i principi; ma s'intersecano con questi, perché il loro contenuto (che cosa, nel caso concreto, debba essere considerato corretto, ragionevole, diligente *etc.*) dipende in sommo grado dal modo in cui si concepiscono e si concretizzano i valori fondanti dell'ordinamento. Il tema merita qualche ulteriore riflessione.

21. Incominciamo dalla *par condicio creditorum*. E' evidente che esiste un nesso molto stretto tra il modo d'intendere questo principio e la funzione da assegnare alle revocatorie. Se si parte dal presupposto che la parità di trattamento tra i creditori deve essere ottenuta anche attraverso un processo di socializzazione delle perdite, si può agevolmente arrivare a concludere che le impugnative fallimentari non hanno nulla a che vedere, né con la frode (in senso oggettivo), né con il danno. Sul piano puramente logico non può meravigliare, pertanto, che a partire dagli anni Settanta si sia affermata in Italia una concezione sempre più radicale dell'accennato principio ed una conseguente applicazione sempre più rigorosa dello strumento della revocatoria. L'unico aspetto sorprendente della vicenda, semmai, era dato dal fatto che il predetto orientamento interpretativo trovava la massima diffusione proprio nello stesso torno di tempo, nel quale la *par condicio* subiva pesanti deroghe a livello legale, sia attraverso l'introduzione di sempre nuovi privilegi per certe classi di creditori, sia attraverso l'introduzione di esenzioni dalla revocatoria fallimentare. Ma procediamo con ordine.

Secondo un'interpretazione molto diffusa, il principio in esame troverebbe la propria fonte nell'art. 2741, c.c., il quale a sua volta completerebbe la disciplina della responsabilità patrimoniale, dettata dall'art. 2740, aggiungendo che “I creditori hanno *uguale diritto* di essere soddisfatti sui beni del debitore, salvo le cause legittime di pre-

lazione”. Da qui è venuta l’idea che si tratterebbe quasi di un precetto di diritto naturale, immutabile nel tempo, almeno nella sostanza, se non nelle modalità applicative. Il fatto che negli ultimi decenni si siano moltiplicati i privilegi e le esenzioni dalla revocatoria è stato visto, pertanto, come un attentato ad un ordine razionale, come una brutta piega presa dalla legislazione recente, che avrebbe fatto rimpiangere una mitica età dell’oro (i due scritti più importanti in materia – per altro sanamente realistici – sono dovuti a P. G. Jaeger, ed a Colesanti).

A mio sommo avviso, questa lettura merita d’essere rivista, perché porta ad attribuire alla norma un ruolo molto diverso da quello che realmente ricopre nel sistema. Innanzi tutto, si deve escludere che l’art. 2741 ponga una regola di diritto sostanziale, strettamente collegata a quella dell’articolo precedente: si deve escludere, cioè, che nel nostro ordinamento sussista davvero una comunione di diritti tra i creditori, sia essa la *gage generale*, della quale si parla in Francia, o il pegno comune, legato alla lezione di Alfredo Rocco. Tali espressioni debbono essere intese come metafore, che spiegano alcuni profili degli istituti in esame, ma che non vanno prese troppo alla lettera.

Per rendersene conto, è sufficiente ricordare che il “diritto [dei creditori] di essere soddisfatti sui beni del debitore” trova la propria attuazione ed il proprio limite nel processo esecutivo: è il processo a consentire – qualora manchi l’adempimento spontaneo – la vendita coattiva dei beni dell’obbligato ed il soddisfacimento dei creditori; ed è sempre il processo ad individuare i destinatari della distribuzione del ricavato, lasciando fuori dalla porta (salvo forse il successivo utilizzo della revocatoria fallimentare) coloro che non si sono tempestivamente insinuati. Se così non fosse; se davvero esistesse una comunione (poco importa come qualificata), i creditori pretermessi dovrebbero avere il diritto di rimettere in questione l’esito delle ripartizioni, chiamando in giudizio i creditori soddisfatti, affinché restituiscano le somme che, in un ipotetico concorso globale, eccederebbero la quota di loro spettanza.

22. Questo rilievo preliminare comporta, tuttavia, una serie di conseguenze. Nella prospettiva qui delineata, infatti, appare evidente che l’art. 2741 non dice nulla di definitivo sulle posizioni dei creditori, ma si limita ad enunciare una direttiva, a formulare una norma cornice, che potrà essere riempita dei più vari contenuti dalle disposizioni di natura processuale. In fondo, se queste ultime dicessero che il creditore “primo pignorante” gode di una prelazione totale o parziale sui cespiti appresi con l’azione esecutiva (come accade in molti paesi), si potrebbe sempre dire che il principio è stato rispettato, perché *tutti* i creditori godono della *stessa* facoltà d’intercettare i beni del debitore per farli subastare. Del resto, qualcosa di simile è già accaduto nel nostro ordinamento, dove da un certo punto in poi solo i creditori muniti di titolo sono stati ammessi a partecipare al riparto nell’esecuzione individuale, ma nessuno mai ha lamentato una violazione della *par condicio*.

Tutto ciò porta a ritenere che l’art. 2741 contenga solo un frammento di norma (direi quasi una generica dichiarazione d’intenti), mentre la *par condicio*, per come la conosciamo noi commercialisti, è l’effetto di come sono disciplinate le revocatorie fallimentari, le quali (a differenza della revocatoria ordinaria) consentono d’impugnare i pagamenti di debiti scaduti effettuati con mezzi normali: consentono d’impugnare, cioè, degli atti, non solo legittimi, ma anche doverosi, e ciò per ridistribuire le perdite derivanti dall’insolvenza in modo d’attutirne l’impatto sociale.

Non è difficile vedere dove porti il mio discorso: se la *par condicio creditorum*, per come la si intende nel linguaggio tecnico, non trova la propria fonte normativa

nell'art. 2741, ma solo nel secondo comma dell'art. 67, l. fall.; se essa non si lega (se non nell'immaginario collettivo) ad una comunione di diritti, ma serve ad innescare un processo di redistribuzione delle perdite derivanti dall'insolvenza, non vi è alcunché di strano nel fatto che tale processo redistributivo possa essere reso più graffiante (come accade nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, con riferimento agli atti intragruppo) o meno incisivo (si pensi ai nuovi termini dettati dalla riforma della legge fallimentare per delimitare il periodo sospetto), sulla base di considerazioni di opportunità, che sono proprio l'opposto di un principio giusnaturalistico.

Del resto, non è un caso, se il "principio" ha subito l'ennesima erosione in sede di riforma della legge fallimentare. Come già ho avuto modo di chiarire in altra sede, una tutela particolarmente rigorosa della *par condicio creditorum* aveva un senso solo in un'economia fondata sul credito commerciale, e cioè in un sistema nel quale le dilazioni nei pagamenti e le concessioni di sovvenzioni creditizie avvenivano allo scoperto, senza specifiche garanzie: in tali condizioni, infatti, diventava essenziale rafforzare i mezzi di reintegrazione (o di puro e semplice incremento) della responsabilità patrimoniale. La situazione cambia in un'economia fortemente industrializzata, giacché i finanziamenti a lungo termine sono sempre assistiti da privilegi, da pegni ed ipoteche, o da forme di segregazione patrimoniale, che, in un modo o nell'altro, si sottraggono agli strali delle revocatorie: proprio per questo un processo di redistribuzione delle perdite troppo incisivo appare come un costo inutile, come una forma di tutela sbilanciata a carico di quegli stessi rapporti creditizi (in chirografo), che già per loro natura appaiono meno protetti.

23. Se non m'inganno, questi rilievi consentono di formulare qualche breve osservazione conclusiva.

A) Innanzi tutto, mi preme sottolineare come certi valori possano essere solidali o antagonisti, a seconda dell'ambiente nel quale se ne invoca la tutela: in un'economia fondata sul credito commerciale il principio di *uguaglianza* (del quale la *par condicio creditorum* è una, pur pallida, espressione) contribuisce alla *libertà* del commercio (intesa nella sua accezione positiva, come *libertà di fare qualche cosa*), giacché la presenza di un regime revocatorio molto severo rende inutile l'affannosa ricerca di garanzie per ogni singolo credito e quindi rende più spicci, più semplici e, in definitiva, più liberi i rapporti economici, garantiti da una penetrante tutela collettiva; l'esatto contrario si verifica in un'economia industrializzata, nella quale uguaglianza e libertà tornano ad essere valori tendenzialmente contrapposti.

B) In secondo luogo, mi pare evidente che i principi, alla stessa stregua dei valori, sono assoggettati ad una ponderazione che ne modifica l'incidenza pratica, a seconda dello scenario nel quale vengono evocati: prima della riforma la *par condicio* era considerata (ritengo a torto) come un bene assoluto, da tutelare anche a discapito della ragionevolezza e dell'equità delle soluzioni; adesso è vista come "uno" dei valori da prendere in considerazione, da mettere a confronto con una serie di altre esigenze, come quelle di non bloccare l'attività d'impresa (per consentire la conservazione dell'organismo produttivo, che poi costituisce la vera garanzia della massa), di salvaguardare il risparmio delle famiglie (si pensi all'acquisto d'immobili ad uso abitativo), di rispettare l'affidamento dei terzi, soprattutto quando l'atto è stato compiuto con precauzioni tali (e qui entra in gioco la correttezza) da non incidere – in prospettiva – sulle attese degli altri creditori.

Questi obbiettivi, con la riforma del diritto fallimentare si sono tradotti – almeno in parte – in norme di legge. Si potrebbe pensare, quindi, che ormai si sia rientrati nella consueta dialettica tra regola ed eccezione: la *par condicio* da un lato, i privilegi e le immunità dall'altro. Non può sfuggire, tuttavia, come il mutamento nel quadro dei principi possa avere un peso rilevante in sede ermeneutica, perché l'interprete sarà portato a dare un maggior peso ad istanze di tutela diverse da quelle puramente e semplicemente redistributive.

24. Non meno importante – sempre al fine di concretizzare la clausola generale di correttezza, che delimita (a mio avviso) l'ambito d'applicazione delle revocatorie – appare la modifica intervenuta con riferimento ad un altro principio del fallimento: la sua "officiosità", che non riguardava (prima della riforma) solo l'iniziativa per l'apertura del concorso esecutivo, ma connotava tutta la procedura, fino a farla percepire da un'autorevolissima dottrina come lo strumento necessario al fine di "estirpare la pianta ammalata dall'orto dell'economia". Anche qui è opportuno partire dai dati testuali, con l'avvertenza che, in questo caso, l'orientamento dottrinale, dianzi ricordato, coniugava certe concezioni autoritarie della prima metà del secolo scorso (l'interventismo in economia nel segno della produttività del sistema economico) con aspetti della disciplina profondamente radicati nella nostra tradizione. Ma diamo la parola alle norme.

Il primo comma dell'art. 5 della legge fallimentare recita testualmente: "L'imprenditore insolvente è dichiarato fallito". Non credo che molti commenti si occupino di questa norma: un po' perché viene considerata come una disposizione ovvia e ridondante, che non aggiunge nulla, sul piano della disciplina, rispetto a quanto è stato detto nei primi due articoli della stessa legge (con riferimento all'impresa ed alle sue dimensioni), o rispetto al contenuto del secondo comma del medesimo articolo 5, ove si definisce il concetto di insolvenza; un po' perché, di fronte a regole di portata così generale ed astratta, l'interprete si trova sempre in una situazione d'imbarazzo, non sa da dove cominciare. Eppure, non si tratta di una formula vuota: essa esprime un principio che, se fosse davvero vigente, avrebbe una serie di ripercussioni sul piano applicativo. Purtroppo (si fa per dire!) si tratta di un testo smentito, oggi, da una disciplina di dettaglio, che lo ha svuotato dall'interno.

La questione è delicata e quindi occorre affrontarla con un certo gradualismo. Innanzi tutto, si deve specificare un po' meglio il significato del testo di legge. La dottrina processualistica ha già avuto modo di chiarire che la "dichiarazione" di fallimento non è il risultato di un'attività puramente conoscitiva del giudice, perché all'accertamento s'aggiunge un effetto costitutivo. Il debitore acquista lo *status* di fallito (utilizzo questa espressione ai soli fini di una maggiore chiarezza espositiva, senza voler entrare nel merito del problema se sia anche tecnicamente corretta), non perché sia insolvente, bensì perché è dichiarato tale. Gli effetti del fallimento non si producono dal momento in cui si verifica la cessazione dei pagamenti – o da quando emergono gli altri "fatti esteriori", di cui parla il secondo comma dello stesso articolo di legge – ma solo a seguito della pronuncia giudiziale.

Molto più interessante, sul piano semantico, appare però il ruolo del verbo essere (o, se si vuole, dell'intero sintagma verbale) utilizzato nella locuzione "è *dichiarato*" fallito. Al riguardo, infatti, non si deve dimenticare che nel linguaggio giuridico spesso il verbo "essere" esprime un "dover essere", e che l'indicativo "conta" per imperativo. Nel caso specifico, la disposizione sopra riportata non vuol descrivere un fatto (come se dicesse: "*di norma* l'imprenditore insolvente *viene dichiarato* fallito"), ma impone un

comportamento, nel senso che “l'imprenditore insolvente *deve essere* dichiarato fallito”. Forse, anzi, questo uso del verbo essere (o del modo indicativo) esprime un'esigenza d'adeguamento alla regola ancora più forte di un “*sollen*”, sino a sfiorare l'intensità di un “*muessen*” (mi scuso per queste espressioni immaginifiche), perché ci ricorda che un tempo non era affatto necessario l'intervento del giudice per provocare gli effetti tipici del fallimento. La bancarotta era tale anche a prescindere da un accertamento: la cessazione dei pagamenti creava una situazione di disordine, alla quale la società civile reagiva in maniera spontanea, con la rottura del banco, nel senso materiale del termine. Era “necessario”, dunque, che si producessero certi effetti giuridici: che il debitore “fuggitivo” venisse sottoposto ad un trattamento dotato di una forte valenza sanzionatoria; che la sua “assenza” trovasse un surrogato nell'iniziativa dei creditori.

25. Se quanto precede è vero, ci si rende conto che la norma più volte ricordata individuava uno dei principi fondamentali del concorso fallimentare: ad essa si connetteva la possibilità (ed il dovere) di dichiarare d'ufficio il fallimento; ad essa si legava l'iniziativa del pubblico ministero, volta non solo e non tanto a perseguire i reati, ma anche (e prima ancora) ad eliminare una situazione, che veniva considerata di per sé anti-giuridica; da lì anche l'idea di considerare il procedimento concorsuale come una giurisdizione oggettiva (Gian Antonio Micheli, Francesco Vassalli), e cioè come una forma di giustizia, che deve attuarsi anche a prescindere dall'iniziativa delle parti (il che non era senza conseguenze sul ruolo assunto dal tribunale fallimentare e dal giudice delegato); da lì ancora l'idea che il regime delle revocatorie dovesse creare un cordone sanitario attorno all'imprenditore in crisi, per impedirgli d'avere contatti con fornitori e clienti e costringerlo alla resa.

Che cosa è rimasto di tutta questa costruzione? Direi poco o nulla. E' stata eliminata la dichiarazione d'ufficio del fallimento; la Cassazione ha aggiunto che il tribunale fallimentare deve mantenersi terzo rispetto all'esito della procedura dichiarativa e quindi – qualora il creditore istante venga tacitato e rinunci all'iniziativa – il predetto tribunale non può trasmettere gli atti al pubblico ministero, perché riassuma il giudizio al posto di chi si è tirato indietro; l'autorità giudiziaria, nel suo complesso, non ha più un potere d'indirizzo sul procedimento e sulla gestione liquidativa; vengono agevolate le soluzioni concordate della crisi ed anche in questo caso il magistrato può intervenire in merito alla convenienza della proposta, solo se sollecitato dai creditori che hanno proposto opposizione al provvedimento d'omologa; si guarda con favore alle soluzioni stragiudiziali, lasciate per intero all'autonomia privata, sia pure con il controllo di un libero professionista; la disciplina della revocatoria tiene conto dell'esigenza di consentire la gestione dell'impresa, anche se insolvente; si sono rifiutate le procedure d'allerta, volte ad esercitare una forza compulsiva sull'imprenditore sovra-indebitato, per spingerlo a gestire la crisi sotto l'ala protettiva del giudice, e via dicendo. In sintesi, sono le parti (a cominciare dai creditori) a doversi dar da fare: l'apertura del fallimento è considerata solo come “uno” degli strumenti a disposizione.

Certo, è rimasta l'iniziativa del pubblico ministero: ma anche questa, forse, deve essere ripensata con riferimento ai suoi presupposti. Ed infatti: se si nega, come si deve negare, che il pubblico ministero possa intervenire per procurarsi il provvedimento (la dichiarazione d'insolvenza da parte del tribunale) che costituisce la condizione necessario per perseguire una serie di reati; se si considera che gli altri profili autoritativi della procedura sono stati sostanzialmente eliminati; se si aggiunge che le soluzioni privatistiche della crisi sono state preferite a quelle giudiziali; se si mette insieme tutto questo,

sorge il dubbio che l'intervento del P.M. sia anch'esso subordinato (come già accade nel campo dell'amministrazione giudiziaria delle società per azioni: art. 2409, c.c.) ad una più generale valutazione del pregiudizio che i creditori subirebbero, qualora non si aprisse subito il concorso. Sorge il dubbio, cioè, che la richiesta di fallimento sia condizionata ad una valutazione complessiva della situazione, per vedere se i rimedi già individuati dalle parti sono idonei a risolvere il problema, o non sia più saggio trasferire la questione sul piano giudiziario, in modo da bloccare ogni iniziativa del debitore, magari tramite il ricorso ai provvedimenti cautelari previsti dall'art. 15, l. fall..

Questa seconda alternativa, però, non costituisce l'unica strada percorribile. Si deve considerare, infatti, che i creditori potrebbero avere intrapreso altri percorsi per garantire tutti gli interessi potenzialmente coinvolti dalla crisi: mi riferisco, in particolare, ad alcune esperienze concrete, nelle quali le banche finanziatrici avevano rilevato la società insolvente, trasformando le loro pretese in partecipazioni, con l'intesa di soddisfare per intero i fornitori rimasti estranei all'accordo e di proseguire la liquidazione del patrimonio residuo secondo i consueti modelli privatistici. In casi come questi l'intervento del pubblico ministero, per far dichiarare a tutti i costi il fallimento, sarebbe improvvido e fuorviante (salvo poi a dover ripensare, *de iure condendo*, certi profili della disciplina penale, affrancando la persecuzione di certi reati di bancarotta, particolarmente odiosi o pericolosi, dalla dichiarazione d'insolvenza).

26. Non è difficile cogliere il significato di questi rilievi sul piano sistematico. Un principio ("l'imprenditore insolvente *deve* essere dichiarato fallito") è stato svuotato dall'interno attraverso l'emanazione di una serie di regole di dettaglio, che sono andate nella direzione opposta, fino a renderlo un oggetto misterioso, del quale s'è smarrito il ricordo della provenienza e del quale non si riconosce più la funzione. In altri termini, un pilastro portante dell'ordinamento si è trasformato in un elemento architettonico di mero raccordo, in un fregio ornamentale. Un'espressione carica di "dover essere" è diventata una formula puramente descrittiva, che potrebbe essere letta come segue: "l'imprenditore insolvente [*può essere*] ... dichiarato fallito secondo le norme di questa legge". Il principio di "officiosità" del fallimento è stato sostituito dal principio di "sussidiarietà" delle procedure concorsuali: ad esse (e soprattutto alle esecuzioni collettive) si fa ricorso solo quando i costi di transazione – direbbero i giuristi – si rivelano troppo alti per risolvere i problemi creati dalla crisi dell'impresa con gli strumenti negoziali, sia pure in vario modo assistiti da provvidenze normative (intervento di un tecnico, sospensione delle azioni esecutive, trattamento privilegiato di chi anticipa i fondi necessari all'attuazione del piano di risanamento, delibere a maggioranza, formazioni di classi di creditori, controllo e omologazione da parte dell'autorità giudiziaria, *etc.*).

Naturalmente, niente accade per niente. Questa metamorfosi delle procedure concorsuali è dovuta al fatto che la crisi economica e finanziaria di un'impresa industriale non lascia un vuoto sul piano economico; non dà luogo ad una pura e semplice "*absentia*", come avveniva nel mondo dei commercianti, che fuggivano dal comune, ove avevano operato, per non subire le conseguenze infamanti del fallimento. L'impresa industriale può conservare un certo valore organizzativo ed un cospicuo avviamento anche quando il soggetto che la gestisce attraversa una crisi di liquidità, o non ha i capitali necessari per rinnovare gli impianti, per diversificare la gamma dei prodotti, per reagire a certe pressioni concorrenziali, e via dicendo. Per non dire, poi, che la liquidazione di una società, anche se effettuata con strumenti privatistici, deve pur sempre seguire certe regole, giacché tanto gli amministratori quanto i liquidatori hanno l'obbligo d'attenersi

ai criteri di una sana e prudente gestione e di rispettare la parità di trattamento tra i creditori (Matteo Rescigno, Giuseppe Ferri jr.), pena la loro responsabilità personale, qualora si siano macchiati d'una colpa. Fuori dal fallimento, dunque, non regna il caos, ma un ordine d'altro tipo, fondato su regole di correttezza.

A questo punto sono evidenti le ripercussioni sul piano delle revocatorie. Questo istituto non può più essere concepito come una morsa per immobilizzare il debitore e costringerlo al fallimento. La cosa veramente importante è costruire attorno all'impresa in difficoltà un clima di correttezza, che impedisca approfittamenti e soprusi, senza precludere l'attività d'impresa, qualora sia rivolta alla salvaguardia dell'organismo produttivo, nel rispetto delle aspettative dei creditori. La clausola di correttezza acquista nuova linfa ed un diverso significato, se si guarda alla riforma del diritto fallimentare nel suo complesso, anche a prescindere dal regime delle esenzioni dalle revocatorie (che pure è fondamentale per intendere le caratteristiche del sistema).

Questa profonda trasformazione dell'orizzonte ermeneutico, nel quale collocare l'istituto della revocatoria, non sarebbe stata possibile, tuttavia, se non fosse cambiato – al contempo – il quadro nel quale si svolge l'attività d'impresa: se non ci fosse un “ordine” nella gestione degli organismi produttivi, che consente di distinguere le condotte corrette (nel senso qui precisato) da quelle che presentano specifici disvalori nei confronti della massa.

27. Per concludere. Clausole generali e principi di diritto hanno in comune le caratteristiche della pervasività e dell'esigenza di un'attenta ponderazione – in sede applicativa – dei valori e degli interessi in gioco. Le prime fanno più diretto riferimento a saperi tecnici, a regole d'esperienza, a valutazioni diffuse nella società. I secondi vengono dedotti, o da specifiche disposizioni, o da ideali di giustizia (la giustizia commutativa, il rispetto della persona, *etc.*), che individuano valori da tutelare o direttive da seguire nella concretizzazione dell'ordinamento. Tra le due categorie di norme vi sono collegamenti molto più forti di quanto solitamente non si creda, perché le clausole generali non possono essere correttamente intese senza fare riferimento ai principi, ma questi ultimi debbono essere specificati tenendo conto – anche – d'una serie di valutazioni economico-sociali. La ricostruzione dell'esatto contenuto delle norme e la loro applicazione non sarebbero possibili senza ricostruire lo scenario nel quale collocarle.