



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Alessandro Grillone

**Per una storia della crisi d'impresa:
dalla liquidazione anticipata
della *merx peculiaris* nel diritto romano
dell'età commerciale alla prevenzione
dell'insolvenza nella riformanda disciplina
fallimentare italiana**

Numero XI Anno 2018

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Napoli L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliaatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

**PER UNA STORIA DELLA CRISI D'IMPRESA:
DALLA LIQUIDAZIONE ANTICIPATA DELLA 'MERX
PECULIARIS' NEL DIRITTO ROMANO
DELL'ETÀ COMMERCIALE ALLA PREVENZIONE
DELL'INSOLVENZA NELLA RIFORMANDA DISCIPLINA
FALLIMENTARE ITALIANA**

SOMMARIO: 1. *Premessa e scopo dell'indagine* – 2. *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Sulle soluzioni preventive dell'insolvenza nella legge delega 19 ottobre 2017, n. 155* – 3. *La 'vocatio in tributum' come forma di liquidazione anticipata dei patrimoni commerciali.*

1. *Premessa e scopo dell'indagine*

Ancora oggi, singolarmente, non pare incrinata la canonizzata opinione per cui gli istituti contemporanei e moderni del diritto fallimentare sarebbero sorti nel contesto della città mercantile e nell'esperienza giuridica bassomedievale, evolvendosi, poi, con sommaria continuità, da questo snodo storico fino agli odierni ordinamenti positivi; e alle radici di questa diffusa convinzione, ancor più singolarmente, sarebbe il pregiudizio per cui soltanto lì si sarebbe di fronte, nella storia dei popoli, alla prima società mercantile evoluta, in cui il commercio, come mercato internazionale di prodotti e materie prime, avrebbe assunto un'indiscussa preponderanza sulle altre fonti di reddito socialmente identificabili e l'ordinamento giuridico una struttura

funzionale agli interessi mercatori¹. Nondimeno, a seguito dei grandi studi generali sul fenomeno imprenditoriale romano² e ai recenti preziosi contributi sulla peculiare disciplina del fallimento bancario³ e sulla distribuzione paritaria dei patrimoni commerciali separati⁴ non è più il tempo di prestar credito a questo mito. Non

¹ Si vedano le voci illustri di U. SANTARELLI, voce *Fallimento (storia del)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, V, Torino, 1990, ora in *'Ubi societas ibi ius'. Scritti di storia del diritto. Raccolta di elaborati di U. Santarelli*, II, a cura di A. Landi, Torino, 2010, 545 e C. PECORELLA, U. GUALAZZINI, voce *Fallimento (storia)*, in *Enc. dir.*, 16, Milano, 1967, 220 ss.; ma colpiscono ancor più le impostazioni recenti, A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali – I presupposti dell'apertura delle procedure concorsuali*, I, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, Torino, 2013, 10 ss. e basta aprire un manuale di diritto commerciale G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*⁶, Milano, 2015, 4, o di diritto fallimentare, A. PIRAS, *Prefazione alla prima edizione*, in N. ABRIANI, L. CALVOSA, G. FERRI JR. e altri, *Diritto fallimentare*², Milano, 2013, XVII s. per rinvenire la medesima impostazione.

² A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, Milano, 1984; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989 e A. PETRUCCI, *Mensam exercere'. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. – metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991; *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica (Atti del Convegno di Erice, 1988)*, a cura di M. Marrone, Palermo, 1992 e poi ancora il manuale P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*², Torino, 2004.

³ M.A. LIGIOS, *Le banche fallivano anche a Roma: il crack di Callisto all'epoca di Commodus*, in *I Quaderni di RES 1. Regolare l'economia: il difficile equilibrio fra diritto e mercato dall'antica Roma alle odierne piazze finanziarie*, Novara, 2014, 1 ss.; A. CASSARINO, *Riflessioni sulla nozione di 'foro cedere' in riferimento all'esecutato nel diritto romano tra tarda repubblica e principato*, in *TSDP*, 7, 2014, sez. *Contributi*, 3 ss. e in precedenza anche A. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002, 164 ss.

⁴ Già A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, 2007, 80, dove solo fuggevolmente si accennava al ruolo della *vocatio in tributum* come procedimento distributivo, nel rispetto della *par condicio creditorum*, del patrimonio imprenditoriale (*merx peculiariis*) amministrato da uno schiavo o

si deve, per certo, ma pare quasi ozioso rammentarlo, pensare al diritto romano delle origini, che partorì quella *manus iniectio*, forma primordiale e sacrale d'esecuzione personale, che in nulla può esser di stimolo al giurista moderno, ma a quello dell'età commerciale⁵, in cui la responsabilità dell'operatore economico (si potesse dire o meno *negotiator*), cominciò a essere regolata dalla tutela adiettizia⁶.

da un figlio in potestà, sorvegliato dalla tutela dell'*actio tributoria* per il caso in cui, a tal ripartizione, il padrone si fosse sottratto con dolo; poi ora diffusamente A. CASSARINO, *El papel de la 'actio tributoria' en el sistema de los procedimientos concursuales romanos*, in *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 23.2, 2016, 243 ss.; ID., *Il 'vocare in tributum' nelle fonti classiche e bizantine*, Torino, 2018.

⁵ Per la cui delimitazione temporale qui rimando P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto Commerciale Romano. Profilo storico*³, Torino, 2010, 20 ss.

⁶ E agli occhi del giurista moderno mi pare esemplare sottolineare che la portata di questa innovazione si fosse estesa progressivamente ad ogni categoria imprenditoriale che oggi troviamo contemplata nell'art. 2195 cod. civ.: alle attività intermediarie nella circolazione di beni, su cui basti il rinvio a Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.3.5.1-10 e alle note di A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., 15 ss.; della stessa enumerazione ovviamente fanno parte quelle volte alla loro produzione, alla confezione di abiti e tessuti, ma anche di oggetti in ceramica e in altri materiali, non menzionati nel passo ulpiano, ma su cui da ultimo ampiamente, ID., *Note sui 'marchi di produzione' e dati nelle fonti giurisprudenziali. A proposito di una recente iniziativa*, in *BIDR*, 111, 2017; quella alberghiera, su cui rimando a P. CERAMI, *'Tabernae Deversoriae'. Settore economico e regime giuridico nel periodo imprenditoriale*, in *Studi in onore di A. Metro*, I, Milano, 2009; e ancora quelle volte all'offerta di servizi di immagazzinamento negli *horrea*, su cui qui mi si permetta il rinvio ad A. GRILLONE, *Punti cardinali dell'amministrazione di immobiliare urbana tra la tarda repubblica e nei primi due secoli dell'impero*, in *TSDP*, 10, 2017, sez. *Contributi*; quelle destinate al trasporto per terra, come quello dei *muliones*, su cui si intrattiene il testo sopracitato al §. 5, o per acqua, di cose o persone, su cui la bibliografia è sterminata, ma per cui pare, ai nostri fini, sufficiente il rinvio alla porzione ad essa dedicata del manuale P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto*³, cit., 221 ss.; infine, quelle bancarie e di intermediazione finanziaria, su cui per tutti, A. PETRUCCI, *'Mensam'*, cit., 19 ss. e ID., *Profili*, cit., 103 ss.

In tale contesto, infatti, il processo esecutivo era ormai quello orbitante attorno alla *bonorum venditio*, centro nevralgico di una procedura concorsuale di liquidazione del patrimonio del debitore, la quale, nondimeno, in ogni caso, non si distingueva affatto in ragione della circostanza che quest'ultimo fosse stato o meno un *negotiator* e, pur sostituendo *prima facie* l'apprensione della persona con quella dei suoi beni, realizzava, in concreto, una sua sostituzione, per successione universale, con chi si fosse offerto di adempiere, almeno in parte, alle pretese di fronte alle quali l'esecutato, sebbene a seguito d'*indefensio*, *confessio in iure* o dell'accertamento processuale del *iudicatus* avverso di lui fosse restato del tutto inerte⁷. È, infatti, in questo arco temporale che, nel contesto di imprese esercitate da un *servus* o da un figlio in potestà nei limiti di un peculio, dove una specifica porzione di questa massa patrimoniale separata dal patrimonio del titolare della potestà fosse riservata alla conduzione di un'attività economica organizzata, si afferma un regime di soddisfazione dei crediti del tutto speciale, in ragione del quale quest'ultimo poteva esser chiamato ad attivarsi personalmente per appianare lo stato di crisi di una *negotiatio peculiaris*, se del caso, distribuendo tra i creditori attivo e mezzi imprenditoriali nel rispetto della più rigorosa *par condicio*.

Già si anticipava come il tema sia stato oggetto di recentissimo e ampio studio nella romanistica; qui, tuttavia, i

⁷ M. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, in *TSDP*, 4, 2011, sez. *Contributi*; precedentemente, A. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, 131 ss.; V. GIUFFRÈ, *La 'bonorum venditio' come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39, 1993, 330 ss.; G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in *Fides' Humanitas' Ius'. Studi in onore di L. Labruna*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2007, 4546 s.

risultati di questi pregevoli lavori sono ripresi, come vedremo, con una finalità completamente inedita, nonché, forse, latamente provocatoria. L'idea per la composizione del presente studio è sorta, infatti, dalla presa visione del recente acceso dibattito interno sulla riformanda disciplina fallimentare. Come è noto, il diritto italiano delle imprese in difficoltà è, da ormai molti anni, in uno stato di riforma permanente. In particolare, da ultimo, il legislatore è intervenuto, con l'approvazione della legge delega, 19 ottobre 2017, n. 155, *Per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, che sconta, per effetto dei recenti sconvolgimenti politici, ancora la mancanza dei decreti attuativi ed è oggi, in buona misura, altresì incerto che possa vedere effettivamente la luce. Si tratta, dunque, di un panorama ancora per molti versi incompleto, la cui instabilità, tuttavia, ci tocca in misura marginale, affliggendo per lo più, semmai, il giurista positivo. A noi, infatti, interessa l'ottica complessiva in cui i due sistemi, quello romano e quello moderno, si muovono, con soluzioni pratiche in larga parte diametralmente opposte, ma nella prospettiva comune di porre tempestivo rimedio alla *mala gestio* dell'impresa, allo scopo di ottenere la migliore soddisfazione dei creditori e il rispetto della, pur diversa, posizione del debitore.

2. *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Sulle soluzioni preventive dell'insolvenza nella legge delega 19 ottobre 2017, n. 155*

L'avvertita esigenza comunitaria, occasionata, non si ignora, anche dalle contingenze economiche globali, di favorire la prevenzione delle crisi d'impresa nel progressivo auspicabile avvicinamento delle normative europee riformate, è stata al centro dei lavori condotti dalla commissione Rordorf, che tale legge ha

lungamente ponderato, allo scopo di porre rimedio alle carenze dimostrate dalle procedure concorsuali e di risanamento incardinate in sede giudiziale, incentivando soluzioni il più possibile fisiologiche ed autonome, che prevedano, al più, forme di assistenza atte ad agevolare l'imprenditore tempestivamente attivatosi nella composizione della momentanea sofferenza⁸.

L'idea che l'anticipazione stragiudiziale della composizione della crisi di un'impresa sia funzionale alla possibile sua conservazione e riorganizzazione, se del caso, mercé sua ricapitalizzazione, si associa oggi alla convinzione, maturata progressivamente nel corso dell'ultimo secolo⁹, che essa sia efficiente spesso anche rispetto alla migliore soddisfazione dei creditori concorsuali, per la tempistica più spedita, nonché per i noti limiti quantitativi nel recupero esecutivo dei crediti.

La Francia è stata in tal senso la nazione più solerte, optando, con la *Loi de sauvegarde des entreprises* 845/2005, per affiancare due procedure preventive, la *conciliation*, di natura negoziale, e la *sauvegarde*, di natura concorsuale e volta alla conservazione dei livelli occupazionali, nonché alla sistemazione dilazionata del passivo esistente, a quelle coattive e liquidatorie. In Germania, invece, pur

⁸ In particolare, il Regolamento UE 2015/845 (*considerando* 10) evidenziava la necessità di favorire l'attivazione di procedure di soluzione della crisi in una fase il più possibile precoce, in cui ricorresse una mera probabilità di insolvenza del debitore, al fine di evitare il successivo concretizzarsi della sua decozione e la definitiva sua cessazione d'attività. Il coordinamento della legge delega a questi principi, così come esattamente emerge dalle parole della relazione accompagnatoria è evidenziato dall'insistenza della stessa sulla manifestata incapacità delle imprese italiane di promuovere autonomamente processi precoci di ristrutturazione, e, sul punto, rimando all'autorevole opinione di S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, 18 ss.

⁹ G. SANTINI, *Soluzioni giuridiche allo stato di crisi dell'impresa nei sistemi di economia di mercato*, in *Giur. it.*, 1981, IV, c. 161 s.

al tramonto della tradizionale vocazione punitiva del fallimento, non si è voluto derogare all'obbiettivo primario della più compiuta soddisfazione dei creditori a vantaggio di un sistema sbilanciato a favore del debitore e, di conseguenza, in una prospettiva procedurale unitaria, si è introdotta, in via esaustiva, la distinzione tra *Insolvenzplan* volti alla regolazione dell'insolvenza oppure al risanamento dell'impresa¹⁰. In Spagna, infine, l'esigenza anticipatoria, sempre in un'ottica di unitarietà del sistema fallimentare, è stata perseguita con la possibilità di attivare il *concurso* anche in casi di *insolvenca inminente*, favorendone la traduzione in un *convenio* giudiziale volto a finalità conservative e, con la *Ley* n. 17/2014, mediante l'introduzione di una serie di istituti pre-concorsuali funzionali a scongiurare la crisi irreversibile attraverso soluzioni di tipo negoziale¹¹. Anche il legislatore italiano non è rimasto del tutto insensibile all'esigenza di precoce emersione della crisi e nella stagione di riforme 2005-2007 ha dotato l'ordinamento di strumenti destinati a far fronte a situazioni di crisi imminente, di tipo, per lo più, negoziale, come i piani di risanamento ex art. 67 comma 3, lett c), l. fall. e gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 *bis* l. fall., ma anche incidendo sulla procedura concordataria, vincolata oggi allo stato di mera crisi dell'impresa¹².

¹⁰ G. CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fallimento*, 2015, 1057; A. JORIO, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2015, 1070 e P. KINDLER, *La procedura concorsuale unitaria (insolvenzverfahren) nel diritto tedesco*, in *Trattato*, cit., V, 2014, 200.

¹¹ Si veda S. AMBROSINI, *Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, Padova, 2008, 13 e, più di recente, G. FALCONE, *Il legislatore spagnolo e la raccomandazione della Commissione 12 marzo 2014*, in *Fallimento*, 2015, 1115.

¹² In senso positivo sulla funzionalità di tali riforme all'obbiettivo, F. BARACHINI, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi nel progetto di legge delega di riforma della legge fallimentare*, in *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive*

Sul piano pratico i primi due rimedi, disgiunti dal concordato preventivo, non hanno avuto un consistente impiego, e la quotidianità, in effetti, ha dimostrato l'inefficacia di queste nuove discipline, il cui primo errore è stato quello di lasciare in ogni caso l'imprenditore solo di fronte alla scelta se attivarle o meno¹³. Nella quasi totalità dei casi, infatti, si tratta del soggetto più restio a riconoscere i segnali della crisi, che è come dire, che, pur avendo le maggiori possibilità per valutare l'opportunità dell'adozione di tali misure, costui è colui il quale le ha maggiormente in odio. Così vi ricorre quasi sempre tardivamente, con la conseguenza di far emergere la crisi in una fase di accentuata gravità, in cui ogni concreta possibilità di risanamento è illusoria e il danno per i creditori elevato¹⁴.

È pur vero che questa riottosità ad attribuire ai creditori legittimazione a proporre finanche l'apertura del concordato preventivo è giustificata dal non sempre agevole temperamento dei valori costituzionali della libera iniziativa economica e della tutela del credito¹⁵.

di riforma, Atti del convegno 5 settembre 2016, a cura di L. Calvosa, Pisa, 2017, 42 s., in direzione inversa invece, F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018, 31 ss.

¹³ Del resto, pure il concordato preventivo è rimesso nel sistema vigente all'iniziativa dell'imprenditore, C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, Padova, 2015, 425 ss.

¹⁴ Sull'effetto pratico non soddisfacente di questa disciplina concordano F. BARACHINI, *Le procedure*, cit., 44, e F. DI MARZIO, *La riforma*, cit., 31.

¹⁵ La compressione dell'autonomia imprenditoriale ex art. 41 Cost., infatti, secondo una parte della dottrina (D. GALLETI, *La ripartizione del rischio insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, 15 e F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 416, che vincolava la deroga ai casi di insolvenza irreversibile), si giustificerebbe soltanto a seguito dello spossessamento fallimentare, che, in via esclusiva, consentirebbe di derogare alla previsione

L'opportuna soluzione adottata dall'art. 6, comma 1, lett. b), dello schema della esaminanda legge delega, che dotava del potere di impulso i creditori solo in caso di insolvenza, cioè di regolare incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni, ingenerante un'attuale e non momentanea interruzione del flusso dei pagamenti, e non in caso di crisi, cioè in quella condizione dell'imprenditore che, anche non attualmente inadempiente, manifesta una prognosi negativa della propria capacità futura di far fronte ai vincoli in scadenza, nonostante fosse stata approvata dai più come l'unico compromesso costituzionalmente possibile in base alla constatazione che solo l'impresa insolvente e inadempiente ai propri debiti appartiene, di fatto, ai propri creditori¹⁶, è stata alla fine espunta dal testo definitivo del provvedimento, lasciando la questione in sospeso.

dell'art. 42 Cost., per cui l'espropriazione è possibile solo a fronte d'indennizzo. Ciò nonostante, a ben guardare, una tale impostazione, per questa via, finisce per negare qualsiasi valore al principio costituzionale concorrente, in quanto pare evidente che la compromissione irreversibile della situazione patrimoniale dell'impresa, dovuta alla dilazione nell'adozione di apposite misure restaurative, reca seco un più alto rischio d'insoddisfazione dei creditori (M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009; ID., *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2016, 253 e M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016, 1029 s.).

¹⁶ S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 78 ss., 114 ss. e 303 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 329, poiché con il mutarsi della crisi in insolvenza il valore della partecipazione imprenditoriale si approssimerebbe allo zero e gli unici soggetti espropriati (ex art. 42 Cost.) risulterebbero invero i creditori (cfr., sul punto, N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere gli obblighi concordatari*, in *Giust. civ.*, 2016, II, 381 e M. FABIANI, G. CARMELLINO, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme delle procedure concorsuali*, II, a cura di A. Didone, Milano, 2016, 1739 ss.). Al dibattito dottrinario interno, da questo punto di vista, deve essere pure risultato di ispirazione un consolidato

Ciò spiega come al momento di introdurre misure prodromiche rispetto all'integrarsi della situazione di crisi, le c.d. procedure di allerta e composizione assistita della crisi di natura non giudiziale e confidenziale, di cui all'art. 4 della legge delega, il legislatore abbia, al comma 1, lett. b), stabilito il principio che sia di norma il debitore ad avviare la composizione, qualora lo ritenga opportuno, rivolgendosi ad un organismo di composizione della crisi, composto da professionisti accreditati presso il Ministero della Giustizia. E, nondimeno, a tale criterio ha pure imposto una notevole deroga prevedendo il dovere dei creditori qualificati (agenzia delle entrate, enti previdenziali e agenti di riscossione), a pena di inefficacia dei privilegi loro accordati, di *segnalare immediatamente il perdurare di inadempimenti di importo rilevante ...agli organi di controllo della società, nonché all'organismo di cui alla lettera b)*, affinché quest'ultimo provveda a convocare il debitore in via riservata e confidenziale per individuare le misure più adatte a rimediare allo stato di crisi, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. e). Qui, tuttavia, come evidenziato in dottrina, sorgono i maggiori problemi, se è vero che il legislatore non ha indicato quali concretamente possano essere le soluzioni adottate di concerto tra debitore, creditore e organismo di composizione della crisi, limitandosi a stabilire, alla lett. b), che, ogniqualvolta risultino precluse, nei termini di durata della procedura, le soluzioni concordate e il collegio non abbia individuato altre misure idonee

indirizzo europeo: in Spagna, qualora il debitore non abbia richiesto né la liquidazione, né il *convenio*, il giudice stesso può aprire la fase concordataria, nella quale la proposta conciliativa può essere presentata dal debitore così come dai creditori, nel sistema tedesco il *planung* può essere presentato, all'apertura o in qualsiasi fase della procedura stessa, dal debitore, da una parte dei creditori o dal curatore, in via autonoma o su istanza di una percentuale di creditori, e, tuttavia, in entrambi gli ordinamenti l'iniziativa del ceto creditorio è limitata ai casi di insolvenza non prospettica.

a superare lo stato di insolvenza, lo stesso debba riferire al tribunale.

Tra gli strumenti vigenti è sicuramente ipotizzabile l'impiego di accordi di ristrutturazione dei debiti, che si risolvono, all'atto pratico, in novazioni (per importi ridotti) dei vincoli con i creditori consenzienti, lasciando impregiudicate le istanze dei dissenzienti¹⁷; volendo, invece, discutere la possibilità di introdurre nuovi meccanismi, il dibattito sul ventaglio delle ipotesi praticabili è ancora oggi aperto, seppur entro la stringente alternativa tra atti puri di autonomia privata con disciplina speciale aggiunta, fondati su reale consenso e non, come in sede concordataria, su delibere maggioritarie vincolanti per i dissenzienti, in deroga al principio fondamentale di relatività degli effetti del contratto (art. 1372 cod. civ.), e procedimenti concorsuali, in rigoroso ossequio al paritario trattamento, salve legittime cause di prelazione di cui all'art. 2741 cod. civ.¹⁸. E, da questo punto di vista, è interessante mettere in

¹⁷ F. DI MARZIO, *La riforma*, cit., 36 s., sull'atteggiarsi della disciplina vigente relativa agli accordi qui rimando a C. CECHELLA, *Diritto*, cit., 402 ss., ma pure deve considerarsi che, quanto agli accordi di ristrutturazioni proposti a ceti creditori non omogenei, l'art. 5, comma 1, lett. b), della legge delega, incarica il legislatore di eliminare o ridurre il *quorum* deliberativo, favorendo la diffusione di accordi di ristrutturazione puri, ossia interamente contenuti nella logica del contratto (su cui F. DI MARZIO, *La riforma*, cit., 59).

¹⁸ F. DI MARZIO, *La riforma*, cit., 37 e 47 ss., che significa, in altri termini, che i concordati, eccetto quelli che con erronea ma tradizionale formulazione si dicono 'concordati stragiudiziali', in realtà semplici contratti tra debitore e creditori, regolati dal codice civile, sono integrabili in forme anche nuove nel nostro ordinamento solo se siano effettivamente rispettosi della *par condicio creditorum* ex art. 2741 cod. civ. . Volendo prestar fede alle 'bozze' dello schema di decreto legislativo di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, pubblicizzato dal governo nelle more del confezionamento del presente lavoro, sembrerebbe proprio quella dell'accordo negoziale puro la soluzione elettivamente prescelta, salva la volontà del debitore di presentare domanda di

evidenza l'esatta scansione procedimentale, contenuta nel testo legislativo alle lett. b) ed e), degli oneri posti a carico dell'organismo di composizione della crisi:

- verificare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria esistente;
- individuare con il debitore l'*iter* rimediale;
- verificare, scaduti i termini della procedura, se è stata raggiunta la soluzione concordata tra il debitore e i creditori;
- in caso contrario, proporre ulteriori misure idonee a superare la crisi;
- infine, attestare, se non sia stato possibile altro esito, lo stato di insolvenza e darne notizia al pubblico ministero presso il tribunale del luogo in cui il debitore ha sede.

Il rapporto tra la terza e la quarta sotto-fase, all'evidenza, è problematico e impone di ritenere che le misure individuabili dal collegio in via autonoma non appartengano al novero di quelle negoziali sopra menzionate. Ma, se così fosse, o si deve intendere che l'organismo possa proporre, prima dell'attestazione dell'insolvenza, con tutte le perplessità che ciò comporta a livello costituzionale, una soluzione alla crisi non giuridica ma prettamente economica¹⁹, oppure che sia dotato del potere di dare impulso ad una soluzione concorsuale, in ogni caso, ignota al

omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo.

¹⁹ Non sicuramente fino al punto di imporre mutamenti nella direzione dell'impresa, secondo M. CATALDO, *La soggezione*, cit., 1028; dubita anche in generale, non tanto della legittimità, quanto della praticabilità di questa via anche S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 369 s.

tenore letterale del testo e che, comunque, proprio per la sua natura, dovrebbe passare al vaglio della *iurisdictio*²⁰.

Al di là del dato procedimentale, mi pare si possano sintetizzare alcuni tratti caratteristici dell'opera di riforma intrapresa. Essa, intanto, prende avvio dal presupposto, consolidato nell'intera letteratura europea, che l'unica strada percorribile per l'ottimale conservazione delle ragioni creditorie, nonché dei livelli occupazionali, è l'attivazione, quanto più possibile anticipata, di tecniche di prevenzione della crisi non ancora manifesta e di risanamento di quella manifesta, che possano consentire di ricondurre l'organismo al suo stato fisiologico. Ad onor del vero, come anche recentemente è stato evidenziato in dottrina, si tratta di una soluzione di compromesso tra la tutela dell'interesse dei creditori privati, che sarebbe sommamente garantito da procedure di tipo liquidatorio rapide, e quello della dipendenza, che attraverso procedure di ristrutturazione può sperare di conservare in vita l'entità economica²¹.

Nell'attuazione di questo compromesso, la strada intrapresa è stata, da un lato, quella d'ideare misure di allerta e composizione assistita della crisi che possano attivarsi su istanza del debitore o degli organi di controllo societari in una fase molto precoce, al ricorrere di meri *fondati indizi di crisi*, oppure a seguito della

²⁰ F. DI MARZIO, *La riforma*, cit., 42; in base al tenore letterale della 'bozza', di cui alla nt. 18, tale potere di proposta è stato confinato al semplice dovere di invitare il debitore a dare impulso ad un'altra qualsiasi procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza legislativamente individuata.

²¹ R. SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 611 e ora così in S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 63 e, anche, su questo mutamento complessivo di prospettiva, si veda G. NUZZO, *Le conseguenze personali del fallimento dalla 'morte civile' alla politica della seconda opportunità*, in *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica. I – La prospettiva storica*, a cura di A. Landi e A. Petrucci, Torino, 2016, 225 ss.

segnalazione, ai nuovi organismi di composizione della crisi, da parte di creditori qualificati dell'esistenza di *inadempimenti di importo rilevante*, dall'altro lato, nel preferire che queste misure si sostanzino, quanto più possibile, in atti di natura transattiva che falcidino il soddisfacimento dei creditori solo per tramite del loro effettivo consenso.

In una prospettiva storica, mi pare di tutto ciò si debbano mettere in evidenza due interessanti circostanze. Pur nella direzione di identificarvi, in un'ottica anticipatoria, il dato rivelatore della crisi e non della successiva insolvenza e, anzi, al fine di prevenire quest'ultima, ricompare l'indice dell'inadempimento come tratto distintivo della sofferenza dell'impresa, il quale non era più stato isolatamente considerato dall'ordinamento italiano da quando l'art. 683 del codice di commercio del 1882 severamente sanciva: *il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in stato di fallimento*²², sulla scorta, per altro, del diffuso pensiero statutario medioevale, ben esemplificato, a mio giudizio, tra le varie attestazioni, dallo Statuto dei Mercanti Fiorentini del 1585, lib. III, *Delli cessanti e fuggitivi*, rub. II: *et quelli che s'intendino essere... cessanti et fuggitivi con le pecunie et robe altrui... in qualunque modo fuggiranno il cospetto dei loro creditori, serrando i loro traffici, o ricusando di fare il dovere a chi harà a lor creduto...*²³. In una direzione opposta, colpisce, anche, nel quadro delle misure anticipatorie, la spinta costante verso la degiurisdizionalizzazione dell'universo

²² Alludendo al mero inadempimento come presupposto del fallimento, S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 86, come all'epoca evidenziato in dottrina, cfr. L. BOLAFFIO, *Del fallimento*, I, Torino, 1882, 14 ss.

²³ Si veda in proposito, U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*³, Torino, 1998, 72 s., in epoca intermedia il fallito era identificato con il fuggitivo nella maggior parte degli statuti partoriti tra '300 e '500, solo da questo secolo si riconobbe nell'insolvenza, il cui sintomo poteva ben essere il rifiuto di adempiere ai propri creditori, il vero presupposto del fallimento.

fallimentare, mercé la progressiva sottrazione al giudice del ruolo di gestione delle procedure, con corrispettivo confinamento del suo potere d'intervento nell'attività pura di *ius dicere*, cui si associa, per portato, una progressiva espansione dell'area "contrattualizzata" delle forme di superamento delle crisi d'impresa, nel cui ambito è del resto, infatti, del tutto superflua l'ingestione della magistratura.

È singolare notare come un ruolo simile a quello oggi affidato all'organismo di gestione di cui all'art. 4, lett. b) della legge delega n. 155 trovi un antenato storico proprio nei compiti di un organo specializzato, afferente all'amministrazione della giustizia, i Sopraconsoli, cui la Repubblica di Venezia attribuì l'onere di favorire l'accordo, li concordatario, tra creditori e fallito, durante la sospensione procedimentale conseguente alla *fida*²⁴. Il nostro ordinamento, da questo punto di vista, ha scelto, a differenza della Francia, dotata del *Tribunal de commerce*, non la strada dell'affidamento di queste procedure a organi giurisdizionali specializzati, ma quella dell'estraniamento delle stesse dall'apparato di giustizia; coerentemente, come si accennava, opinione diffusa in dottrina è che le misure sostanziali, in tale contesto adottate, debbano rientrare nello schema negoziale della transazione, più che

²⁴ U. SANTARELLI, *Mercanti*, cit., 105 ss., dove pure si ricordano le lamentele dei mercanti bresciani per gli abusi compiuti dagli Ufficiali veneziani che, con eccessivo zelo nei confronti del ruolo conciliativo assegnatogli, attraverso la concessione del salvacondotto a prescindere dal consenso dei creditori, ponendoli nell'impossibilità di eseguire i debitori, gli rendevano a loro volta difficoltoso far fronte alle proprie scadenze, estorcendone, di fatto, per questa via, il consenso al concordato. Sulla disciplina veneziana del '500 come primo sistema, per l'epoca, *debtor-oriented* si vedano anche le notazioni conclusive di G. NUZZO, *Le conseguenze*, cit., 234 s.

in quello, da quest'ultimo derivato²⁵ in età mercantile, del concordato.

3. La *'vocatio in tributum'* come forma di liquidazione anticipata dei patrimoni commerciali

Come si anticipava, il diritto romano non conosce la rigorosa separazione tra la figura del debitore civile, sottoposto all'esecuzione individuale, e quello commerciale, su cui grava, secondo l'ottica codificatoria ottocentesca italiana e francese, il regime del fallimento²⁶. La *bonorum venditio*, quale procedura proto-concorsuale, è del resto ancorata al presupposto dell'esperimento vittorioso di un'*actio iudicati* che acclari l'esistenza di una precedente sentenza di condanna per qualsiasi tipologia di credito. In una fase prodromica all'accertamento del *iudicatum*, nonché pure all'esperimento di qualsivoglia azione dichiarativa, si pone tuttavia una peculiare procedura, la *vocatio in tributum*, che realizza *in iure* e sotto l'impulso del *praetor* la distribuzione concorsuale, eventualmente, attraverso sua liquidazione, di quella parte di peculio, che un servo o un figlio in potestà avessero specificamente deputato, non occultamente al *dominus* o al *pater*, all'*exercitio negotiationum*. Se, poi, l'avente potestà, incaricato dal *praetor* della *tributio*, avesse mal distribuito tale *portio*, detta *merx peculiaris*, i creditori avrebbero potuto ottenere la corretta *tributio* sperando avverso di lui l'*actio tributoria*.

²⁵ Per tutti, F. FERRARA, voce *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, 8, Milano, 1961, 480 ss. e U. SANTARELLI, *Mercanti*, cit., 102.

²⁶ E qui sul punto rimando al quadro di sintesi recentemente tracciato da G. NUZZO, *Le conseguenze*, cit., 220 s. e ntt. 18-20, nonché alla più risalente bibliografia ivi citata.

Ma andiamo con ordine analizzando presupposti e fasi di tale procedura.

È noto che il diritto romano dell'età commerciale conoscesse un generale schema di limitazione della responsabilità imprenditoriale dell'avente potestà in relazione alle attività economiche esercitate dai propri sottoposti. I risultati di questa gestione potevano, infatti, certo imputarsi al *pater* o al *dominus* per intero, quando costui vi avesse dato impulso con un apposito atto volitivo, detto *praepositio*, ma anche essere legati alla capienza di un patrimonio separato da quello del titolare della potestà, detto *peculio*. In assenza di preposizione il sottoposto a potestà conduceva con tendenziale autonomia la *negotiatio peculiaris* nei limiti di quella massa patrimoniale e, per i suoi inadempimenti, il *dominus* avrebbe potuto essere chiamato a rispondere con l'*actio de peculio et de in rem verso* nei limiti di quella massa patrimoniale separata²⁷. Il dato è consolidato all'epoca di Gaio, che osserva il complessivo panorama delle tutele addiettzie in 9 *ad ed. prov.* D. 14.5.1²⁸. In base al tenore letterale di questo testo, colui il quale abbia contratto *cum eo, qui in aliena potestate sit*, quando non possa

²⁷ Il dato non può, oggi, che considerarsi acquisito e, qui, per ulteriore bibliografia e panorama complessivo di fonti, basti il rinvio ai classici F. SERRAO, *Impresa*, cit., 18 ss.; A. DI PORTO, *Impresa*, cit., 19 ss.; J.J. AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome: a Social and Economic Study of 'Institores'*, 200 B.C.-A.D. 250, Köln-Leiden-New York, 1994, 52 ss.; M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano*, I, Torino, 2008; A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., 9 ss.; e, più recentemente, ID., *Idee 'vecchie' e 'nuove' sulle attività imprenditoriali gestite all'interno di un peculio*, in *BIDR*, 106, 2012.

²⁸ *Omnia proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores actiones, id est exercitoria institoria(...),ve, nihilo minus tamen in quantum ex bono et aequo res patitur suum consequatur. Sive enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudicium pollicetur: sive non iussu, sed tamen in rem eius versum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem eius versum fuerit: sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.*

essere tutelato dall'azione avverso l'armatore o contro il proponente di un *institor*, quindi nell'ambito dei rimedi processuali tipici offerti dal pretore ai terzi nei confronti degli esercenti di *negotiationes* terrestri o imprese di trasporto marittimo o fluviale sorrette da autonomi atti volitivi del titolare della potestà, e neppure possa invocare l'esistenza di uno *iussum* di costui, sarà comunque legittimato a rifarsi sul peculio servile e di quanto riversato direttamente nel suo patrimonio²⁹. Con l'azione *de peculio*, ci dice ancora Gaio nello stesso libro all'editto provinciale (in D. 14.4.11), il creditore può aggredire l'intero peculio: *at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur*, dedotto ciò che al titolare della potestà, che gode in tal caso di un previo *ius deductionis*, è dovuto, a titolo di *obligatio naturalis*, dal suo sottoposto (in base a Ulp. 29 *ad ed. D. 14.4.1 pr. e 14.4.1.2: deducto quod domino debetur*).

Proprio in considerazione di questa facoltà del *pater/dominus*, una tutela così declinata restava, in certa misura, incompleta³⁰. Poteva infatti accadere che i creditori vedessero esaurirsi la propria garanzia patrimoniale a seguito della prededuzione concessa dall'ordinamento all'avente potestà. Una tale soluzione poteva essere equa forse, data la pressoché totale autonomia con cui i sottoposti conducevano la *negotiatio peculiaris*, se il loro responsabile

²⁹ A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., 81 s. e, più recentemente ancora, J.J. AUBERT, *Dumtaxat de peculio: What's in a Peculium, or Establishing the Extent of the Principal's Liability*, in *New Frontiers. Law and Society in the Roman World*, Edimburgh, 2013, 193 s.

³⁰ Oggi pare consolidata l'opinione che l'introduzione dell'*actio de peculio* sia da considerare più risalente rispetto al binomio *vocatio in tributum-actio tributoria*: A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum'*, cit., 17 ss. e, precedentemente, T.J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributoria actione'*, in *Mem. Acc. Dei Lincei*, serie IX, 3, 1993, 386 e L. DE LIGT, *Legal history and economic history: the case of the 'actiones adiecticiae qualitatis'*, in *TR*, 67, 199 e 205 ss.; *contra*, crede alla fedeltà storica dell'ordine espositivo gaiano, B. ALBANESE, *Le persone del diritto privato romano*, Palermo, 1979, 160.

fosse stato del tutto all'oscuro di questo *exercitio*, ma non in caso contrario³¹, quando cioè ne fosse stato *sciens*, tollerandolo e profittando indirettamente degli incrementi peculiari. Per questi casi, allora, l'editto aveva previsto che, se l'avente potestà (*scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ...in tributum vocatur*) avesse saputo che il proprio servo conduceva un'attività commerciale mediante una *merx peculiaris*, i creditori di obbligazioni dalla stessa derivanti avrebbero potuto chiamarlo alla *tributio*, come si apprende da Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.4.1 pr., affinché distribuisse le merci ancora presenti nell'attivo del patrimonio separato, nonché i profitti ricavati dalla eventuale loro vendita, tra sé e i propri creditori in parti proporzionali senza avere la facoltà di dedurre preventivamente quanto a lui dovuto (Gai. 4.72: *...ut quidquid in his mercibus erit quod inde receptum erit, ita pater dominusve inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuant...*), sotto la minaccia che, in caso di dolosa inosservanza di questa liquidazione paritaria, i titolari di crediti commerciali fossero legittimati avverso di lui ad esperire l'azione *tributoria* per ottenere l'integrazione di quanto a loro dovuto all'esito di un processo di cognizione³².

È così che dall'entità peculiare, di per sé scissa dal patrimonio dominicale, venne a distinguersi la *merx peculiaris*³³, che poteva

³¹ Cfr. R. PESARESI, *Ricerche sul 'peculium' imprenditoriale*, Bari, 2008, 11 ss. e A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., 79 ss. e 89 e ID., *Idee*, cit., 295.

³² Da ultimo, A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum'*, cit., 3 e 9 ss.; ma anche si vedano A. PETRUCCI, *Idee*, cit., 295 s.; A. M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln-Weimar-Wien, 2010, 309 s. e T.J. CHIUSI, *Contributo*, cit., 379 s.

³³ Secondo quanto ricostruito in dottrina, già nel corso del II secolo a.C., il termine *merx peculiaris* viene ad assumere, nel contesto della gestione di un'azienda commerciale, terrestre o marittima, o produttiva, il significato di capitale imprenditoriale, sul punto, cfr. P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto*³, cit., 19, sul progressivo ampliamento delle *negotiationes*, cui il binomio *merx - a.*

coincidere ovvero essere una sottoparte del peculio stesso. Con tale locuzione le fonti alludono a quella porzione di patrimonio mediante la quale il *servus* o il *filius* conducono la *negotiatio: quod in mercibus est quibus negotiatur quodque eo nomine receptum est* (cfr. Gai. 9 ad ed. prov. D. 14.4.11), cui deve aggiungersi il controvalore dell'*instrumentum* aziendale, in base al parere di Labeone ed Ulpiano, raccolto in D. 14.4.5.13³⁴.

Ricorrendone il presupposto oggettivo e soggettivo, la miglior via per sciogliere il dubbio circa l'alternativa dei creditori tra l'esperire immediatamente la via processuale, mercé l'esercizio dell'*actio de peculio* o adire il pretore per dare impulso, vedremo a breve con quali modalità, al procedimento della *vocatio in tributum*, dipendeva, ovviamente, in base a quanto fin qui si è detto, da alcune specifiche circostanze: l'esistenza di debiti del sottoposto verso l'avente potestà e la quantità relativa di peculio impiegata come *merx*. Se i primi si fossero saputi inesistenti o molto esigui e tanto più la quota parte della massa peculiare impiegata come capitale commerciale si fosse avvicinata all'intero, l'*actio de peculio et de in rem verso* avrebbe conservato la sua maggior proficuità, ma in tutti gli altri casi, e nella non esatta contezza di tali circostanze, l'accesso al *vocare in tributum* sarebbe stata una soluzione certo più spedita e prudente per la tutela dei propri crediti³⁵.

tributoria viene ad associarsi, mi pare in questa sede sufficiente il rinvio alla dettagliata e recentissima trattazione contenuta in A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum'*, cit., 38 ss. anche con riferimento alle opinioni precedentemente espresse dalla romanistica.

³⁴ Ulp. 29 ad ed. D. 14.4.5.13: *Si praeter mercem servus iste in tabernam habeat instrumentum, an hoc quoque tribuatur? Et Labeo ait et hoc tribui, et est aequissimum: plerumque enim hic apparatus ex merce est, immo semper*, sul passo, cfr. R. PESARESI, *Ricerche*, cit., 39 s. e A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum'*, cit., 60.

³⁵ Il dato è pacifico nelle fonti e risulta, tra l'altro, da una lettura esaustiva di Gai. 9 ad ed. D. 14.4.11: *Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributoria: nam in hac actione de qua loquimur hoc solum in divisionem venit, quod in*

La scelta rimaneva al singolo creditore e, pertanto, ben poteva accadere che alcuni appartenenti alla massa chiedessero la *vocatio*, altri sperando, invece, la *de peculio*. In tal caso, quest'ultima azione seguiva il principio della *prioritas tempore*, l'*actio tributoria*, invece, così come la *vocatio* continuavano a rispettare l'*aequalitas* derivante dalla *par condicio* (Paul. 30 ad ed. D. 14.4.6: *Non enim haec actio sic ut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed aequalem condicionem quandoque agentium*)³⁶.

Per quanto concerne le modalità introduttive del procedimento e la sua specifica natura, le fonti classiche risultano troppo frammentarie e lacunose per essere di aiuto. Così, recentemente, si è proposta l'idea che esse possano essere fedelmente integrate nel loro tenore originario attraverso il testo della bizantina Parafrasi di Teofilo³⁷, ove la complessiva procedura

mercibus est quibus negotiatur quodque eo nomine receptum est: at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur. Et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotiatur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat. Quello che a noi interessa del passo è come lo stesso testimoni, dato che per altro è immediatamente evidente sul piano logico, che, talora, potesse risultare conveniente per i creditori intentare l'azione nei limiti del peculio piuttosto che dare luogo alla *tributio*: infatti, allo stesso modo dell'*actio tributoria* che ne è guardiana, essa conduce alla divisione della *merx peculiaris*, con la quale il sottoposto esercita la *negotiatio*, mentre nell'esprimere la condanna pecuniaria nei limiti del peculio si tiene conto dell'intera massa separata dal patrimonio dell'avente potestà. Pertanto, non è conveniente chiedere la *vocatio in tributum* quando sia esercitata un'attività imprenditoriale, ad esempio, con la metà del peculio o con una terza parte o con una parte anche minore ovvero quando il figlio in potestà o il servo *cum peculium* non debbano nulla al padre o al padrone.

³⁶ A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum'*, cit., 74 ss., cui rimando per un'analisi più approfondita sulle forme di attuazione pratica del concorso tra le due discipline.

³⁷ Sulle ragioni della legittimità di questa integrazione, in ragione della tendenziale classicità dei suoi contenuti, si veda A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum'*, cit., 101 ss., ma anche G. FALCONE, *La formazione del testo della Parafrasi*

di liquidazione concorsuale è più compiutamente descritta. Dalla Parafrasi del celebre *Antecessor* ci è reso noto come il procedimento scontasse una scansione, che, in termini moderni, potremmo definire bifasica:

- a) la prima fase sarebbe stata la *vocatio*, di natura, per così dire, procedimentale, il cui solo impulso sarebbe derivato dalla *iurisdictio* del magistrato³⁸, mentre la gestione attuativa avrebbe fatto capo all'avente potestà;
- b) la seconda, invece, eventuale e processuale, sarebbe scaturita dall'esercizio dell'azione tributaria.

Il procedimento, come già si è accennato, mirava a rendere più rapida ed equa la soddisfazione dei creditori, conservando le ragioni, pur contratte dalla negazione dello *ius deductionis*, del debitore reale, ovvero il titolare della potestà, il quale avrebbe potuto soddisfare i propri crediti naturali sul capitale d'impresa solo nel rispetto della *par condicio* con i creditori estranei. In considerazione di questa sua finalità esso si attivava su istanza dei creditori, al ricorrere del solo presupposto dell'inadempimento di un debito da parte del *filius* o del *servus*. Che esso derivasse da insolvenza o da scellerata gestione poco importava, il *pater* o il *dominus*, titolari effettivi del capitale imprenditoriale, venivano chiamati a porre rimedio a questa mancanza, regolando essi stessi

di Teofilo, in TR, 68, 2000, 431; *contra* T.J. CHIUSI, *Contributo*, cit., 358 s. e M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001, 324.

³⁸ Come risulta esplicito già in Gai. 4.72: *...ita praetor ius dicit...*; F. SERRAO, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954, 18 ss. e 139 ss. e M. BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributaria» nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in Diritto Romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, I, Milano, 1988, 179 ss.

i conti della gestione nei limiti del patrimonio imprenditoriale (*merx peculiaris*). E, qui, sul preciso atteggiarsi della procedura sono significative le parole di Teofilo (4.7.3), secondo il quale, *sub* fase a), al fine di avviare la *vocatio*, i creditori avrebbero dovuto adire il pretore, perché costringesse, verosimilmente per mezzo di un *decretum*³⁹, l'avente potestà a computare nell'attivo le merci del peculio e le somme eventualmente derivanti dalla loro vendita, soddisfacendo le ragioni dei creditori, proporzionalmente alle proprie⁴⁰, fino alla concorrenza dell'ammontare patrimoniale complessivo così ottenuto (...*παράγεται δὲ ὁ οἰκίτης ἔχων μεθ'*

³⁹ Ci si è interrogati in dottrina su quale atto pretorio, concretamente, preludesse all'apertura di questo procedimento. Di recente, è stata argomentata la tesi, che io condivido, che esso dovesse consistere in un *decretum*, quale atto magistratuale, preso caso per caso in via equitativa, avente la funzione di dare impulso ad una fase procedimentale nuova e priva di alcuna valenza decisoria (A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum'*, cit., 3 s.; 28 ss.; 101 ss. e 138 s., sulla scorta delle precedenti intuizioni di B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 159 e M. BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio»*, cit., 180). Fa propendere per questa idea non solo lo *ius dicit* di Gai. 4.72 (cfr. nt. precedente), con cui il *praetor* dava incarico all'avente potestà di avviare la *tributio*, ma la circostanza che sia lo stesso magistrato, in questa fase, a imporre (*cavere debet... creditores*, Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.4.5.19) all'unico creditore intervenuto nella procedura di prestare stipulazione di garanzia, promettendo di rifondere in proporzione agli altri eventuali concreditori, successivamente emersi e intervenuti, quanto da lui già esaustivamente ricevuto dal *dominus*. Infine, non pare trascurabile che l'intervento del pretore nella chiamata sarebbe stato in certa misura indispensabile alla fase successiva eventuale, gravando altrimenti sui creditori l'onere di provare, a seguito dell'esercizio della *tributoria*, di aver ottemperato privatamente alla chiamata dell'avente potestà e come questi avesse dolosamente ripartito tra loro le sostanze imprenditoriali. *Contra* T.J. CHIUSI, *Contributo*, cit., 349 ss. e M. MICELI, *La struttura*, cit., 327, nt. 222.

⁴⁰ Rispetto del principio di *par condicio* che scontava un'unica deroga, in base ad Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.4.5.8: *Quid tamen si qui contraherent ipsam mercem pignori acceperint? puto debere dici, praefereandos domino iure pignoris*, in caso di legittime cause di prelazione derivanti da pegno.

ἔαυτοῦ τὰ φορτία, προσέρχονται οἱ CREDITORES τῷ PRAETORI. καὶ ἀναγκάζει τὸν δεσπότην ἀγαγεῖν εἰς μέσον τὰ φορτία, καὶ εἰ τι ἐκ τῶν φορτίων διεπράθη καὶ συνήχθη χρυσίον, καὶ τοῦτο ἀναλόγως διελεῖν μεθ' ἑαυτοῦ καὶ τῶν λοιπῶν CREDITORON⁴¹). *Sub b)*, invece, nel caso in cui il padrone non avesse, con dolo⁴², correttamente operato la distribuzione, sottraendo od omettendo di conferire qualcosa nella massa, il creditore o i creditori che si fossero ritenuti pregiudicati dalla condotta del *dominus*, avrebbero potuto aprire la cognizione ordinaria, esercitando l'*actio tributoria* con cui ottenere la distribuzione del supposto ammanco (εἰ δὲ αὐτὸς ὁ δεσπότης, ᾧ

⁴¹ Il testo della Parafrasi di Teofilo che qui riporto è tratto dalla recente edizione *'Theophili antecessoris Paraphrasis Institutionum'*, a cura di J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte e N. Van Der Wal, Groningen, 2010; nello scorcio in esame (e non in quello poco più sotto allegato) esso si discosta in alcuni punti da quello edito a suo tempo dal Ferrini, E.C. FERRINI, *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa*, II, Berlin, 1897, rist. 1967: ...παραγένηται δὲ ὁ οἰκέτης ἔχων μεθ' ἑαυτοῦ τὰ φορτία, προσέρχονται οἱ creditores τῷ praetori, καὶ ἀναγκάζει τὸν δεσπότην ἀγαγεῖν εἰς μέσον τὰ φορτία, καὶ εἰ τυχὸν ἐν τῷ μεταξύ τινα αὐτῶν διεπράθη καὶ συνήχθη χρυσίον, τοῦτο ἀναλόγως διελεῖν μεθ' ἑαυτοῦ καὶ τῶν λοιπῶν creditōron.

⁴² Il dato non è esplicito nell'estratto della Parafrasi teofilina, ma non può essere posto in discussione all'interno della descrizione procedurale, sulla scorta di quanto risulta da Ulp. 29 *ad ed. D. 14.4.7.2*: *Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet: quae actio dolum malum coeret domini. Minus autem tribuere videtur etiam si nihil tributum sit. Si tamen ignorans in merce servum habere minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caret.* Se per dolo di qualcuno è stato fatto in modo che non si ripartisse così come previsto nell'editto, contro di lui viene data l'azione *tributoria*, affinché presti quanto sia stato ripartito in meno rispetto al dovuto. E, tuttavia, ci informa Ulpiano, se l'avente potestà incaricato della *tributio* abbia ripartito di meno poiché ignorava quanto il servo avesse nel patrimonio commerciale, non si considera aver ripartito con dolo, ma, scoperta la cosa, se non distribuisca anche questa quantità, allora cade in dolo.

ἐπετρέπη τῶν φορτίων ἢ διαίρεσις, ὑφέληται τινα ἐξ αὐτῶ καὶ μὴ πάντα εἰς μέσον ἀγάγη, ἔλθη δέ τις τῶν CREDITORON αἰτιώμενος καὶ λέγων ὅτι ἐλάττονα φορτία τῶν ὑπὸ τοῦ οἰκέτου ἐκ τῆς πραγματείας ἐνεχθέντων εἰς μέσον ἐλήλυθε, δοθήσεται αὐτῷ TRIBUTORLA κατὰ τοῦ δεσπότου, δι' ἧς ἀναγκασθήσεται ἄπερ ἔτυχεν ἀποκρυψάμενος φορτία εἰς μέσον ἐνεγκεῖν).

Ma il discorso relativo ai tratti procedurali della *vocatio in tributum*, come chiamata del *dominus* alla liquidazione anticipata dell'impresa, che a noi, rispetto alla fase propriamente processuale, in tal sede maggiormente interessa, necessita ancora di un'ulteriore spigolatura.

A seguito dell'adizione del *praetor* da parte dei creditori, infatti, delibata in via equitativa l'istanza, il magistrato si sarebbe rivolto al titolare della potestà, conferendogli l'incarico di porre rimedio alla *mala gestio* del sottoposto, quando necessario, provvedendo autonomamente alla liquidazione del patrimonio imprenditoriale. Se, tuttavia, egli avesse negato di dovere qualcosa, la fase procedimentale anticipata si sarebbe bruscamente interrotta e i creditori, per ottenere la distribuzione, avrebbero dovuto, mercé l'esercizio dell'*actio tributoria*, immediatamente esperire la via processuale, aprendo una cognizione piena circa gli inadempimenti del sottoposto (cfr. Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.4.7.4: *Sed et si negaverit dominus cuiquam deberi... tributoriae locus sit...*)⁴³. Se, invece, nulla avesse opposto in diritto, ma avesse manifestato la propria volontà di sgravarsi dell'onere di distribuzione mediante la cessione ai creditori del *peculio*, ovvero della *merx peculiaris* quando essi non

⁴³ Sul punto, da ultimo, A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum'*, cit., 90 s. e, precedentemente, T.J. CHIUSI, *Contributo*, cit., 366 ss. e M. MICELI, *La struttura*, cit., 329 ss.

fossero stati coincidenti, il §. 1⁴⁴ del frammento appena menzionato riporta il parere di Pedio, secondo il quale il pretore avrebbe dovuto nominare un *arbiter* in modo da procedere con il suo intervento all'analisi della contabilità d'impresa e alla ripartizione delle merci del peculio⁴⁵.

Dunque, in conclusione, nell'ottica editale della più pronta e completa soddisfazione dei creditori, secondo i risultati sistematici recentemente raggiunti dalla romanistica, è stato acclarato come il diritto romano abbia conosciuto una procedura speciale, cioè destinata ad esplicarsi nel solo contesto dell'*exercitio negotiationum*, pre-processuale, di natura procedimentale e concorsuale, attivabile su istanza di un singolo o di più creditori, al ricorrere del mero inadempimento, il cui solo impulso scaturiva da un atto, probabilmente decretale, del magistrato, ma condotta da soggetti privati, avente potestà o *arbiter*, ritenuti capaci, per la propria posizione soggettiva o per le proprie capacità tecniche, di conoscere la situazione economico-patrimoniale dell'impresa e procedere, se necessario, alla sua liquidazione. Se, poi, questa procedura anticipatoria avesse fallito per le malversazioni dolose di colui che era stato incaricato dal magistrato di gestirla, non conducendo ad un'equa soddisfazione delle ragioni dei creditori, sarebbe stata inevitabile l'apertura di un processo vero e proprio, mediante il quale porre rimedio all'inopinata *tributio* dell'avente potestà.

⁴⁴ *Quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert audiendum eum, quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem praetor debet dare, cuius interventu tribuantur merces peculiares.*

⁴⁵ Si trattava, in ogni caso, di una scelta rimessa alla discrezionalità del pretore, che, pure, teneva conto della possibilità di individuare un soggetto con capacità tecniche più congrue al compito, rispetto al titolare della potestà, M. MICELI, *La struttura*, cit., 334, nt. 235 e A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum'*, cit., 186 ss.

Nell'ottica, pertanto, della ricerca delle più remote radici del diritto della crisi d'impresa europeo, nella mutata esigenza della tutela delle ragioni debitorie finalizzata alla conservazione delle entità economiche e dei livelli occupazionali, nonché orientata dal principio comune della libertà di iniziativa economica, solo pochi tratti di sistema sono riconducibili ad un mondo, come quello romano, sorretto da un'economia schiavile e caratterizzato dalla non perfetta autonomia dei patrimoni imprenditoriali. E, tuttavia, colpiscono, a mio avviso, alcuni dati:

- a) anzitutto, l'esigenza, pur qui legata esclusivamente alla migliore soddisfazione dei creditori, di una fase pre-processuale di soluzione della crisi, non gestita da un organo pubblico, ma il cui intervento, sebbene necessario, sia limitato al semplice *ius dicere* e all'occorrenza a dare impulso alla fase concorsuale;
- b) in secondo luogo, la circostanza che si tratti di un procedimento attivabile su istanza dei creditori, che è come dire che, e il tema come abbiamo visto è ricorrente ancor oggi nel dibattito della dottrina positiva, in un'ottica non utopistica la pienezza della tutela delle ragioni creditorie passa di necessità per la loro tempestiva attivazione;
- c) in terzo luogo, il presupposto del mero inadempimento, allegato - si badi bene - non accertato, in una direzione doppiamente anticipatoria per un ordinamento che, in sede processuale, già distingueva la fase dichiarativa da quella esecutiva;
- d) infine, ed in connessione a quest'ultimo dato, la natura necessariamente ibrida, concorsuale e consensuale, del procedimento, la cui attivazione, su impulso dei creditori, dipende, se non dal consenso, dall'assenso dell'avente potestà,

dal suo riconoscimento delle ragioni creditorie, dunque, del passivo e, in termini moderni, dello stato di crisi, in assenza dei quali, come si è detto, dovrebbe immediatamente darsi corso alla fase processuale, secondo un principio comune, mi pare, a tutte le procedure di soluzione della crisi d'impresa che prescindano, oggi, dall'accertamento giudiziale dell'insolvenza, allora, dal perdurare dell'inadempimento.

ABSTRACT

Il contributo ha lo scopo, latamente provocatorio, di ricercare le radici romanistiche dell'odierno dibattito sull'introduzione nell'Ordinamento italiano di misure preventive della crisi d'impresa che siano capaci di conciliare le ragioni debitorie, la conservazione delle entità economiche e la migliore soddisfazione dei creditori. Si è trattato, pertanto, in questa direzione, mediante l'adozione di una prospettiva storico-comparatistica, di mettere in luce, pur nella evidente eterogeneità dei rispettivi fini, gli esigui, ma pregnanti, punti di contatto e di dialogo tra l'antica procedura di liquidazione anticipata della *merx peculiaris*, la *vocatio in tributum*, e il nuovo istituto delle «procedure di allerta e composizione assistita della crisi», introdotto con l.d. 19 ottobre 2017, n. 155, in rapporto al ruolo della *iurisdictio*, alla posizione dei creditori, nonché ai loro presupposti di attivazione.

Parole chiave: procedure fallimentari; gestione della crisi d'impresa; *tributio*; *actio tributoria*; *merx peculiaris*.

The purpose of the paper, which is quite provocative, is to point out the Romanistic foundations of today's debate on the introduction in Italy of the preventative measures of the entrepreneurial crisis that are able to reconcile debtors' rights, conservation of economic entities and increased creditor satisfaction. Therefore, this article highlights, through the adoption of a historical-comparative perspective, the few but significant points of contact and dialogue between the ancient liquidation procedure of *merx peculiaris*, the *vocatio in tributum*, and the new institution of the «procedure di allerta e composizione assistita della crisi», introduced with l.d. 19 October 2017, n. 155, that are related to the role of the *iurisdictio*, the position of the creditors, and to their activation conditions.

Keywords: insolvency proceedings; undertakings' crisis management; *tributio*; *actio tributoria*; *merx peculiaris*.

ALESSANDRO GRILLONE

Professore a contratto dei corsi serali di Storia e Istituzioni di diritto romano

Università degli Studi di Pisa

E-mail: alessandro.grillone@yahoo.it

