



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Alessandro Grillone

*Las Siete Partidas* e il diritto romano come esplicito fondamento de *La reforma concursal de mecanismo de segunda oportunidad* (Rdl 1/2015, de 27 de febrero y Ley 25/2015, de 28 de julio): riflessioni a margine del nuovo articolato de la *Ley Concursal*

Numero XIV Anno 2021

[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)

Proprietario e Direttore responsabile  
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

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

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

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

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

***Las Siete Partidas e il diritto romano come esplicito  
fondamento de La reforma concursal de mecanismo de  
segunda oportunidad (Rdl 1/2015, de 27 de febrero y Ley  
25/2015, de 28 de julio): riflessioni a margine del nuovo  
articolato de la Ley Concursal***

**SOMMARIO:** 1. Preambolo – 2. Alle fondamenta del beneficio d'exoneración – 3. Sulla via negoziale per l'exoneración: le radici storiche dell'acuerdo extrajudicial de pagos.

1. *Preambolo*

Come già in altro luogo ho avuto occasione di sottolineare<sup>1</sup>, nella comune opinione dottrinale italiana non è unanimemente accettata l'idea, da me in quella sede esplicitamente argomentata, che riconduce alle fonti romane le origini dei moderni istituti fallimentari. Non pochi<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> A. GRILLONE, *Le nuove frontiere del diritto della crisi e dell'insolvenza ripensate in prospettiva storica. I cardini del sistema: soggetti, oggetto, negoziabilità e par condicio creditorum*, I, Torino, 2021, XI-XVIII.

<sup>2</sup> Da ultimo, così A. BARBAGLI, *Profili giuridici del fallimento nel pensiero dei commentatori*, Torino, 2019, 9; in precedenza, A. SCIUMÉ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali. Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, V, Torino, 2014, 12; V. PIERGIOVANNI, *Riflessioni della scienza commercialistica sul fallimento tra Medioevo ed Età Moderna*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso Medioevo ed Età Moderna. Atti del Convegno di Ravenna, 18-19 novembre 2010*, a cura di A. Legnani Annichini e N. Sarti, Bologna, 2011, 21 s.; ID., *Brevi note storiche sul fallimento*, in *Il fallimento tra tradizione e innovazione. Scritti in onore di A. Dimundo, Quaderni di nuova giurisprudenza ligure*, 2010, I, 5 ss., ora in *Atti della Società Ligure di Storia Patria, Nuova serie*,

infatti, hanno ipotizzato che, come attesterebbero talune discontinuità terminologiche e teleologiche tra gli istituti intermedi e i loro supposti progenitori romani, il diritto mercantile medioevale, in connessione ad esigenze economiche mai percepite prima, ebbe a creare *ex novo* il proprio diritto fallimentare. Già mi sono intrattenuto, in proposito, in punto di teoria, sulla, a mio avviso, eccessiva rigidità di questa opinione: seppure una derivazione diretta, in alcuni luoghi e tempi, può non essere avvenuta, è pur vero che la memoria giuridica collettiva non può non aver conservato per lo meno l'eco dei precedenti istituti romani, se, poi, il diritto statutario, non già coartato dall'opinione dei *Doctores* che dagli antichi volumi ebbero a produrre il diritto che chiamiamo comune, plasmò strumenti giuridici strutturalmente e sovrastrutturalmente tanto affini a quelli del suo più nobile passato<sup>3</sup>.

Di questo nostro acceso dibattito, per quanto interessa la presente indagine, non v'è traccia in Spagna, dove, recentemente, nella *exposición de motivos* del Rdl 1/2015, de 27 de febrero, nonché nel *preámbulo* della Ley 25/2015, de 28 de julio, entrambi intitolati *de mecanismo de segunda oportunidad*, si menziona espressamente, a fondamento delle innovazioni normative introdotte alla Ley Concursal del 2003 (LC), l'opportunità di riscoprire alcuni strumenti giuridici già contemplati dall'*antiguo derecho* e, in particolare, quello previsto dalla Ley de las Siete Partidas<sup>4</sup> V, Título XV, Ley 3<sup>a</sup>, volto all'esdebitazione (*exoneración*) del cedente volontario dei beni, nella consapevolezza che la disciplina alfonsina fosse per larghi tratti *más favorable al deudor* rispetto a quella contemplata dall'allora

---

LII, 2012, 2, 1329; U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*<sup>3</sup>, Torino, 1998, 50 ss. e C. PECORELLA, U. GUALAZZINI, voce *Fallimento (storia)*, in *Enc. dir.*, 16, Milano, 1967, 220.

<sup>3</sup> A. GRILLONE, *Le nuove frontiere*, cit., XIV-XVII, 13 ss.; nello stesso senso, si vedano i risalenti scritti di A. ROCCO, *Il Fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1917, 132 ss. e ancor prima di F. MILONE, *Il concorso o fallimento. Studio di legislazione comparata*, in *AG*, 16, 1876, 169 ss.

<sup>4</sup> Sulla cui fondamentale importanza per l'evoluzione del diritto spagnolo successivo, rinvio qui a F. TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*<sup>4</sup>, Madrid, 1983, rist. 2004, 237 ss.

vigente diritto spagnolo. La dottrina fallimentarista<sup>5</sup>, del resto, già prima ma a maggior ragione anche dopo tale esplicita affermazione, non ha disdegnato, nelle sue opere, l'inquadramento storico della materia, da ultimo considerando con interesse i pregnanti punti di contatto del nuovo diritto della *reorganización conservativa* con questo illustre suo predecessore. Un avo, che, per altro, a sua volta derivava le proprie sembianze da un rapporto di diretta discendenza con il diritto romano: «*Cabe sostener*» affermava, all'alba della nuova legislazione concorsuale ispanica, Juana Pulgar Ezquerra<sup>6</sup> «*que la configuración de la quiebra en Derecho castellano se producirá durante los siglos XV-XVI... más como una derivación directa de la cesión de bienes romana que regulaban Las Partidas que como el resultado de un proceso de recepción del Derecho Estatutario italiano en materia de quiebras*».

A vantaggio della persona fisica, in considerazione della sua impossibilità di accedere ai meccanismi di limitazione della responsabilità offerti dallo schema societario, l'Ordinamento spagnolo ha sancito, con *Rdl 1/2015, de 27 de febrero* e *Ley 25/2015, de 28 de julio*, l'introduzione di un duplice binario d'esdebitazione<sup>7</sup>, legale e negoziale,

---

<sup>5</sup> Per esempio, si veda il più risalente studio di J.A. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra en el derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970; ma anche quelli di J. PULGAR EZQUERRA, *El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español*, Almería, 2000; EAD., *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, 2005, 39 ss. e, di recente, R. BELLIDO SALVADOR, *Los institutos preconcursales*, Valencia, 2019, 19 ss.; sui fondamenti storici delle emendazioni alla *Ley Concursal* di cui qui si discute: J.L. COLINO MEDIÁVILLA, *Insolvencia de persona física y segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015*, in *Foro, Nueva época*, 18, 2015, I, 250 s. e C. JARAMILLO SIERRA, *La condonación imperfecta de deudas del derecho concursal español*, in *Rev. Mercatoria*, 14, 2015, I, 35 s., nt. 10; 53. Su questa peculiare propensione, oltreché, in via recettizia, su tale rapporto di derivazione, cfr. G. FALCONE, *La riforma concorsuale Spagnola. Contributo allo studio del diritto concorsuale comparato*, Milano, 2006, 17 ss., ma pure L. PANZANI, *La storia del fallimento: uno sguardo d'insieme. Parte II*, in *Il nuovo diritto delle società*, 18, 2015, 7 ss.

<sup>6</sup> J. PULGAR EZQUERRA, *La declaración*, cit., 66 s. e, precedentemente, J.A. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra*, cit., 28, 65 s.

<sup>7</sup> Cfr., già prima che fosse licenziato il testo del provvedimento 2015, J.F. VELASCO PECHÉ, *Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores*, in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 61, 2014, 268 ss., poi si veda J. QUIJANO GONZÁLEZ, *El contexto, las claves y los aspectos principales del sistema 'concursal' español en las sucesivas reformas*, in *Hacia un nuevo*

che ha come anello di congiunzione l'istituto dell'*acuerdo extrajudicial de pagos*, già introdotto dalla *Ley 14/2013, Capítulo V*, ma con questi provvedimenti ibridato per analogia con *los acuerdos de refinanciación*, i quali, per altro, a differenza di quanto avvenuto in Italia<sup>8</sup>, a seguito del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, con la rifusione degli accordi con i creditori finanziari nello schema degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, mantengono ancora nel *texto refundido de la Ley Concursal* del 2020 (TRLR), una loro autonoma disciplina<sup>9</sup>.

Negoziale è, ovviamente, l'esdebitazione che consegue al perfezionamento, nonché alla compiuta celebrazione di un *acuerdo extrajudicial de pagos*, la quale, in buona sostanza, trova fondamento nel principio di maggioranza suggellato nell'art. 678, TRLR, e nell'esplicita menzione dell'art. 685.1, *Eficacia objetiva del acuerdo: Los créditos a los que se extienda la eficacia del acuerdo quedarán extinguidos en la parte a que alcance la*

---

*paradigma del derecho europeo de insolvencias. Sistemas jurídicos a debate*, a cura di J. Oriol Llebot Májó, Lecce, 2016, 34 ss.; F. CORDÓN MORENO, *Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español*, in *Hacia un nuevo paradigma*, cit., 96-98 e J. PULGAR EZQUERRA, *Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo*, in *Hacia un nuevo paradigma*, cit., 166.

<sup>8</sup> Sulle origini di questo istituto nella disciplina fallimentare italiana, qui mi si consenta il rinvio diffuso al Capitolo II, di A. GRILLONE, *Le nuove frontiere*, cit., 51 ss., con ulteriore ampia indicazione bibliografica. Tra gli altri, per comodità del lettore, segnalo: F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018, 57 ss.; C. CECHELLA, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 509 ss., ma anche G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 48 ss., il quale tuttavia li colloca, nonostante la comune rifusione nell'art. 61, in una categoria separata.

<sup>9</sup> Il *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE-A-2020-4859)* regolamenta, infatti, *los acuerdos de refinanciación* agli artt. 596-630, mentre l'*acuerdo extrajudicial de pagos*, al titolo successivo: artt. 631-694. E, sul punto, rinvio a J. GARCÍA MARRERO, *Acuerdos de refinanciación*, in *Manual de Derecho concursal*<sup>β</sup>, dir. J. Pulgar Ezquerria, a cura di A. Gutiérrez Gilsanz, F.J. Arias Varona e J. Megías López, Madrid, 2020, 85-148, nonché a E. GALLEGO SÁNCHEZ, *El acuerdo extrajudicial de pagos*, in *Manual de Derecho concursal*<sup>β</sup>, dir. J. Pulgar Ezquerria, a cura di A. Gutiérrez Gilsanz, F.J. Arias Varona e J. Megías López, Madrid, 2020, 151-174, e all'ampia bibliografia ivi richiamata a p. 85 s. e 151. Cfr. pure dello stesso gruppo di lavoro: *Comentario a la Ley Concursal 2020, Texto Refundido de la Ley Concursal*<sup>β</sup>, Madrid, 2020, *sub* artt. 596 ss.

*quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del acuerdo.* Giungeremo a dire anche di essa in calce al prossimo paragrafo, mentre nel terzo si tratteggeranno le fondamenta romane e intermedie della procedura di perfezionamento di un *acuerdo extrajudicial de pagos*. Qui di seguito, tuttavia, preme inizialmente rivolgere la nostra attenzione all'esplicito legame, individuato dal legislatore spagnolo, tra gli artt. 486 ss., *TRLC*, relativi al beneficio d'*exoneración* del debitore liquidato e quello concesso al cedente dei beni dalla *Ley* 3<sup>a</sup>, *Título XV, Siete Partidas V*.

## 2. *Alle fundamenta del beneficio d'exoneración.*

Come le poc'anzi citate parole di Juana Pulgar Ezquerria rammentano, *Las Partidas*, nella *Partida V, principium* e prime quattro leggi del *Título XV*, regolavano, dunque, in un testo che pure lo stesso legislatore spagnolo ha definito ambiguo e foriero di successivi dubbi interpretativi, un procedimento di abbandono dei beni del debitore modellato sulla romana *cessio bonorum*.

Tale procedura, per quanto è dato apprendere dal combinato disposto dell'esordio, della *Ley* 1<sup>a</sup> e della 4<sup>a</sup>, si apriva per tutti i debitori che, impossibilitati a far fronte alle proprie obbligazioni mediante i propri beni liquidi o liquidabili (*desamparan los deudores a las vegadas sus bienes, veyendo que non pueden pagar lo que deuen por aquello que han*), avessero spontaneamente optato per riconoscere i propri debiti, rilasciando i beni ai creditori davanti al giudice (*e deuelos desamparar ante el judgador... e este desamparamiento, puede fazer el debdor por si, o por su personero, o por su carta, conociendo las debdas que deue*): per contro, ai sensi della *Ley* 4<sup>a</sup>, il non aver dato seguito a questa procedura volontaria avrebbe implicato l'obbligo del giudice di emanare ordine di carcerazione nei confronti del fallito, al fine di coartarne la volontà d'adempiere o di mettere a disposizione del giudice i propri residui averi (*por juyzio condenado seyendo alguno, que pague las debdas que deuiere a otro, si las non quisiesse pagar, nin desamparar sus bienes,*

... el *judgador del logar, deuelo meter en prision, a la demanda de los que han de recibir la paga*)<sup>10</sup>.

Solo, dunque, a fronte di un atteggiamento adesivo del debitore che, spontaneamente, avesse compiuto davanti al giudice atto di cessione dei beni, costui, oltre a scongiurare l'adozione nei suoi confronti di misure di limitazione della libertà personale, avrebbe potuto fruire dell'*exoneración*, contemplata dalla *Ley 3<sup>a</sup>*, al termine della descrizione del procedimento volontario di cessione dei beni.

Di quest'ultima legge, per il fondamentale ruolo che il legislatore spagnolo le ha attribuito quale stimolo culturale all'introduzione del beneficio d'esdebitazione delle persone fisiche<sup>11</sup>, se ne riporta qui l'intero estratto contenuto nella esposizione dei motivi del *Rdl 1/2015, de 27 de febrero*:

*«El desamparamiento que faze el debdor de sus bienes (...) ha tal fuerça que después non puede ser el debdor emplazado, nin es tenido de responder en juyzio a aquellos a quien deniesse algo: fueras ende si oviesse fecho tan gran ganancia, que podría pagar los debdos todos, o parte dellos, e que fincasse a el de que podiesse vivir».*

---

<sup>10</sup> J.L. DE BENITO, *Al servicio de nuestra tradición jurídica. La doctrina española de la quiebra*, Madrid, 1930, 80 ss.; J.A. RAMIREZ, *Derecho concursal español, I. La Quiebra*, Barcelona, 1959, 145 ss.; J.A. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra*, cit., 28 ss.; L. USÓN DUCH, *El desapoderamiento del deudor, sus causas y efectos en visión histórica, actual y de futuro*, Barcelona, 1996, 13 ss. e J. PULGAR EZQUERRA, *La declaración*, cit., 65. L'*interpretatio* di alcuni precetti delle *Siete Partidas* dava, del resto, addirittura adito alla possibilità di applicare ai casi, particolarmente eclatanti, di fuga volta ad occultare beni ai creditori la pena prevista per i *publici fures* e, dunque, la morte: cfr. A. LANDI, *Proiezioni ultramar del 'ius mercatorum' europeo. La definizione di fallito nel Labyrintho de commercio di Juan de Hevia Bolaños*, in *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, a cura di A. Petrucci, Torino, 2020, 94 ss.

<sup>11</sup> Un'importanza che deriva, non marginalmente, dall'essere la prima attestazione, nel diritto storico spagnolo, della limitazione del principio per cui il debitore risponde delle obbligazioni contratte con tutti i propri beni presenti e futuri: cfr. J.L. COLINO MEDIAVILLA, *Insolvencia*, cit., 250 s.; C. JARAMILLO SIERRA, *La donación*, cit., 35 s., nt. 10 e R. NIÑO ESTÉBANEZ, *La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos*, in *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, 2018, II, 20 ss., nt. 6.

Letteralmente il passo insegna che l'abbandono dei beni fatto dal debitore ha una tale forza che, dopo averlo compiuto, costui non potrà più essere citato in giudizio per le stesse cause e neppure sarà tenuto a rispondere a quelli a cui ancora dovesse qualcosa, salvo che avesse ottenuto un così gran guadagno da poter pagare tutti i debiti o parte degli stessi, mantenendo comunque di che poter vivere.

Ciò detto, intanto, in una prima direzione, per il romanista appare interessante, dopo aver scorso le prime quattro leggi del titolo quindicesimo, l'esplicito richiamo che illustre dottrina ha compiuto alle origini romane dell'istituto dell'abbandono dei beni ivi descritto. Si tratta, infatti, di una discendenza non piana, ma che, al contrario, su diversi aspetti tecnici si discosta dal modello compilatorio che ha per referente. In proposito, anzitutto, si potrebbe citare Marc. 15 *inst. D.* 42.3.9 (*Bonis cedi non tantum in iure, sed etiam extra ius potest. et sufficit et per nuntium vel per epistolam id declarari*), in cui il giurista – o i commissari per lui: non interessa, qui, la natura spuria del passo<sup>12</sup> – afferma che la cessione dei beni possa avvenire non solo in giudizio, ma anche fuori dallo stesso e che possa essere compiuta, indifferentemente, per mezzo di un messo o per lettera, mentre la disciplina alfonsina, pur recependo la facoltà di esprimere 'a distanza' la propria inclinazione alla *cessio*, richiede che la stessa sia materialmente eseguita nelle mani del giudice (*ante el judgador*), come pure attesta il seguito della sopracitata *Ley 1*<sup>13</sup>, che pone in capo a quest'ultimo l'onere di raccogliere e conservare i beni del debitore preordinati alla soddisfazione del ceto creditorio (*et estonce el judgador deve tomar todos los bienes del debdor, que desampara lo suyo, por esta razon: si non los paños de lino que vistiere: e non le deve otra cosa ninguna dexar*)<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Per la tesi conservativa, in ogni caso, ho recentemente optato in A. GRILLONE, *Le nuove frontiere*, cit., 70 s.; tra le opinioni più illustri rammento qui: V. GIUFFRÉ, *La c.d. 'lex Iulia de bonis cedendis'*, in *Labeo*, 18, 1972, 173 ss., nt. 3 e, in senso contrario, S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, Napoli, 1943, 156 ss.

<sup>13</sup> In ogni caso, a riguardo (cfr. J.A. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra*, cit., 34) pure è stato detto: «no parece suficiente esta única actuación del juez para calificar de judicial todo el procedimiento». Sul procedimento romano e sul suo recepimento nelle fonti intermedie tra cui la *Ley de las Siete Partidas*, anche, recentemente: J.A. OBARRIO MORENO, *La 'cessio*

Oltre a ciò, tale procedura, come detto, produceva, alla sua conclusione, ai sensi della *Ley 3<sup>a</sup>*, un immediato effetto esdebitatorio condizionato alla circostanza che il debitore non ottenesse, nel tempo successivo alla vendita, una *tan gran ganancia* da renderlo abile a pagare l'intero o una parte del debito rimasto insoddisfatto, conservando comunque di che vivere. Come lo stesso legislatore spagnolo ha evidenziato, la norma ebbe a suscitare molti dubbi interpretativi, poichè il riferimento ad un successivo enorme guadagno veniva temperato dalle ultime parole del testo che attribuivano al debitore il diritto di conservare per sé *de que podiese vivir*. Nondimeno, il riformante propendeva, nell'esplicazione successiva contenuta nei motivi del provvedimento, per una lettura *debtor oriented* del precetto, che lo allontanava dal disposto dei suoi progenitori romani:

*«Así pues, la Ley de Partidas ya previó la liberación del deudor tras un proceso de liquidación de sus bienes (que no necesariamente de convenio con los acreedores) y además, en cierto modo, estableció una modulación de la mejor fortuna al no permitir que ésta pudiera jugar en perjuicio del deudor salvo cuando éste pudiese pagar todas sus deudas (o, en expresión ciertamente algo confusa, parte de ellas) sin perjuicio de sus propias condiciones de vida, todo ello relacionado con «tan gran ganancia» que en principio debiera considerarse atípica».*

Se, pertanto, il legiferante non si è ingannato, l'esdebitazione a seguito di cessione dei beni avrebbe incontrato come unico limite, ai sensi delle *Siete Partidas*, quello di un successivo abnorme profitto che consentisse al liquidato di pagare i suoi debiti residui senza subire alcun pregiudizio nelle proprie attuali condizioni di vita. Non possiamo che intendere, inoltre: senza veder nuovamente posta in crisi la propria attività mercatoria o professionale, eventualmente restaurata.

Le romane leggi, o, almeno, i testi di quelle compilate – è nota, dopotutto, la difficoltà di ricostruire il regime classico dell'istituto, per i sospetti caduti, da più parti in passato, sulla genuinità degli estratti

---

*bonorum* en la tradición jurídica medieval, in *Glossae. European Journal of Legal History*, 13, 2016, 470 ss.

giustinianeî che descrivono le forme della *cessio bonorum*<sup>14</sup> – erano state a riguardo assai pi severo, ponendo a tal proposito due fondamentali precetti. Il primo è quello contenuto in una costituzione di Alessandro Severo del 223 d.C.:

C. 7.71.1: IMP. ALEXANDER A. IRENAEO: *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sint liberati. in eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem.* PP. X K. DEC. MAXIMO II ET AELIANO CONSS.

Come si pu osservare, la normativa imperiale condivide sostanzialmente con la legge del Savio il principio per cui chi abbia dato luogo all'abbandono dei beni a vantaggio dei propri creditori venga fatto salvo dal carcere, ma pone come regola generale non quella dell'esdebitazione dai crediti residui, bensì, invece, quella della loro resilienza, affermando recisamente che coloro i quali abbiano compiuto la *cessio bonorum*, se non abbiano con il ricavato soddisfatto integralmente i propri creditori, non siano liberati<sup>15</sup>.

La rigidità della regola sopraesposta trova una moderatissima forma di temperamento nell'opinione ulpianea<sup>16</sup>, recepita in

Ulp. 64 *ad ed.* D. 42.3.6: *Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt. Unde ergo modum hunc*

---

<sup>14</sup> A. ROCCO, *Il Fallimento*, cit., 169 s.; B. BIONDI, voce 'Cessio bonorum', in *Noviss. dig. it.*, 3, Torino, 1967, 137 e V. GIUFFRÉ, *La c.d. «lex Iulia»*, cit., 174 ss.

<sup>15</sup> Sul passo cfr. L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale*, in *AUPA*, 53, 2009, 132; W. FORSTER, *Konkurs als Verfahren: Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts*, Köln, 2009, 106; J.A. OBARRIO MORENO, *La 'cessio'*, cit., 452 s.; J.C. PRADO RODRÍGUEZ, *Aspectos procesales de la 'condemnatio in id quod debitor facere potest' en favor del insolvente*, in *RIDA*, 57, 2010, 386 ss. e V. CARRO, *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*, Torino, 2018, 54 s.

<sup>16</sup> Radicali dubbi sulla genuinità del passo sono stati sollevati in passato da S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, I<sup>2</sup>, Napoli, 1935, 230 ss.; ID., *Il concorso*, cit., 174 ss., ma pure nella sostanza da A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*<sup>2</sup>, Napoli, 1978, rist. 2015, 123 ss. Per la genuinità, invece, P.P. ZANZUCCHI, *Sul c.d. 'beneficium competentiae'*, in *BIDR*, 29, 1916, 101 e M. MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. 'beneficium competentiae'*, in *AUPA*, 36, 1976, 33 ss.

*aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod acquisitum est an vero ex qualitate? Et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quaesit, dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta menstruum vel annuum alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venundari: nec enim fraudandus est alimentis cottidianis. Idem et si usus fructus ei sit concessus vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est.*

Insegna l'incipit del passo che colui il quale abbia ceduto i suoi beni, se modici profitti abbia acquisito dopo la vendita, non per questo potrà incorrere in una nuova liquidazione. Nel seguito il giurista si interroga su come debba essere stimato il 'modicum'; certamente – afferma – dovrà tenersi in conto l'aspetto quantitativo, ma pure dovrà considerarsi il fatto che al debitore, in via esplicita, sia lasciato qualcosa *misericae causa*, come, per esempio, se egli riceva somme periodiche a titolo di alimenti oppure se gli sia stato lasciato in legato un usufrutto da cui trarre solo quanto basti per la propria sussistenza alimentare, in tutti questi casi egli non potrà per queste somme essere sottoposto a nuova esecuzione<sup>17</sup>. La norma romana, dunque, in altri termini, deve essere interpretata nel senso che il sottoposto ad esecuzione possa conservare, a seguito della *cessio*, solo di che condurre una vita dignitosa, altrimenti potendo incorrere, seppur nei limiti del *quantum debitor facere potest*<sup>18</sup>, secondo l'opinione espressa dallo stesso Ulpiano in 59 *ad ed. D. 42.3.4 pr.*, in una nuova azione esecutiva dei creditori intervenuti:

*Is qui bonis cessit si quid postea acqviserit, in quantum facere potest convenitur.*

Se, pertanto, e non possiamo noi in questa sede dubitarne, l'interpretazione autentica fornita dal legislatore spagnolo coglie nel segno, le *Siete Partidas* introducono alle proprie fondamenta romane

---

<sup>17</sup> Cfr. G. LUCHETTI, *La misericordia nelle fonti giurisprudenziali romane*, in *AUPA*, 60, 2017, 327 ss., in sostanziale conformità con quanto precedentemente sostenuto da M. PAMPALONI, *Questioni di diritto giustiniano*, in *RISG*, 52, 1912, 216.

<sup>18</sup> Da ultimo, G. LUCHETTI, *La misericordia*, cit., 328, nt. 29, in precedenza, J.C. PRADO RODRÍGUEZ, *Aspectos*, cit., 389 s.; A. GUARINO, *La condanna*, cit., 38 ss. e M. MARRONE, *Note*, cit., 18 ss.

un'emendazione che muove, sebbene embrionalmente, nella direzione della politica del *fresh start*, nella misura in cui consente all'esecutato non soltanto di sussistere e sopravvivere, ma pure di rilanciarsi economicamente, all'unica condizione che, divenute le sue fortune successive tanto grandi da non subire pregiudizio alcuno dall'adempimento dei debiti rimasti insoddisfatti a seguito dell'antecedente *cessio*, avrebbe, allora sì, dovuto tornare a render conto per intero ai propri antichi creditori: ché, del resto, fu soltanto attraverso il sacrificio parziale delle loro ragioni che ebbe a potersi restaurare e rilanciare sul mercato.

L'evoluzione successiva dell'istituto dell'*exoneración*, nel *Rdl 1/2015, de 27 de febrero* e nella *Ley 25/2015, de 28 de julio*, ha segnato, come a breve diremo, la marginalizzazione di quest'ultimo profilo d'eccezione, in conformità all'idea guida del nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza europeo, cioè quella di non disperdere le capacità acquisite dagli operatori economici che già una volta nella propria esistenza professionale abbiano affrontato difficoltà finanziarie, nella convinzione che essi siano, da un lato, mediamente più pronti a riconoscere i primi segnali della crisi, adottando tempestivamente le più opportune misure di contrasto, dall'altro, anche, favoriti nel raggiungere, al secondo tentativo, l'auspicabile stabilità sul mercato<sup>19</sup>.

Come potrà apprezzarsi dall'articolato che di seguito riporto in commento, nonostante alcune mutazioni tecniche, alla stregua di quanto annunciato in sede di preambolo, il legislatore si è attenuto, nel plasmare l'istituto dell'*exoneración del pasivo insatisfecho* (artt. 486-502, *TRLR*), a molte delle indicazioni che poteva trarre dal citato diritto storico di Castiglia. A noi, per prima, del lungo capitolo a tale beneficio dedicato,

---

<sup>19</sup> Basti, a tal riguardo, tra i numerosi studi patrocinati dalla Commissione Europea: *EC Report of the expert group. A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start*, reperibile online all'indirizzo <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/10451/attachments/1/translations>: «*Despite their setback, failed entrepreneurs still prefer an entrepreneurial career to a salaried job after market exit. They learn from their mistakes and those that re-start have lower rates of failure and experience faster growth than newly established companies.*»

interessa la 1ª subsección, *De los presupuestos de la exoneración*, dove all'artículo 487, intitolato al *Presupuesto subjetivo*, leggiamo:

1. *Solo podrá solicitar el beneficio de exoneración de responsabilidad el deudor persona natural que sea de buena fe.*

2. *A estos efectos, se considera que el deudor es de buena fe cuando reúna los dos siguientes requisitos:*

1.º *Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso.*

2.º *Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme.*

Il debitore persona fisica, ci informa in apertura il rifiuto art. 487, TRLC, potrà accedere al beneficio d'esdebitazione per il residuo insoddisfatto, quando possa qualificarsi 'di buona fede'. Sarà di buona fede, *ex art. 487.2, 1º*, il debitore a cui non possa essere addebitata la colpa del concorso; e qui viene la parte che a noi maggiormente interessa: per non aver ottemperato tempestivamente a sollecitare la dichiarazione di apertura del *concurso*<sup>20</sup>. È come dire che, se in una prospettiva storica, alla luce del combinato disposto delle prime quattro leggi del titolo XV,

---

<sup>20</sup> Sul nuovo articolato: S. SENENT MARTÍNEZ, *Conclusión y Reapertura del Concurso*, in J. PULGAR EZQUERRA, *Manual*, cit., 507 e, ancora più recentemente, C. PUIGSERVER ASOR, F. ADAN DOMENECH, *La segunda oportunidad de las personas naturales: en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de Mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, Barcelona, 2021, 207 ss. Sul testo originario: A.I. BERROCAL LANZAROT, *El acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo concursal en el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero*, in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 63, 2015, 114 s. e V. MARTÍNEZ MULERO, *La exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural declarada en concurso*, in *Hacia un nuevo paradigma*, cit., 232 s.

parte V, della legge alfonsina, il debitore avrebbe potuto accedere al beneficio – dobbiamo reputare – in qualità di debitore di buona fede, per essersi prontamente reso disponibile a compiere la *cessio*<sup>21</sup>, a memoria del nuovo *texto refundido de la Ley Concursal*, egli può fruirne se si sia attivato per far dichiarare tempestivamente il concorso senza aggravare, tramite un'inopinata dilazione dei tempi, la propria situazione di esposizione debitoria.

Il 2° requisito<sup>22</sup>, negativo, è parimenti interessante: che il debitore non sia stato condannato per reati contro il patrimonio, contro l'ordine socio-economico, di falso documentale, contro le autorità fiscali e la sicurezza sociale o, ancora, i diritti dei lavoratori, nei dieci anni antecedenti la dichiarazione del concorso. Benché ovviamente ne sia completamente mutato il profilo tecnico-giuridico, la norma attesta che nel diritto vigente, siccome in una prospettiva storica – lo abbiamo osservato nella *Ley* 4<sup>a</sup> sopra in commento che prescriveva il carcere per coloro i quali dolosamente avessero sottratto i propri beni alle pretese del ceto creditorio – i comportamenti del debitore che aprono ad una sanzione penale da parte dell'Ordinamento escludono automaticamente la possibilità di qualificare quest'ultimo come soggetto di buona fede e di giovarlo, di conseguenza, del beneficio d'esdebitazione.

Ma veniamo ora al ponte che ci condurrà dalla disciplina *de la exoneración del pasivo insatisfecho*, di cui agli artt. 486 ss., *TRLC*, a dire dell'*acuerdo extrajudicial de pagos*. L'incrocio tra i due sentieri, legale e negoziale, verso la *second chance* è, nel vigente sistema concorsuale spagnolo, rappresentato dal testo del successivo *artículo* 488, intitolato, a complemento del precedente, *Presupuesto objetivo*:

---

<sup>21</sup> Cfr. SIGISMUNDUS SCACCIA, *'Tractatus de commerciis et cambio'*, Roma, 1619, VII, glos. 5, nn. 148 ss., il quale, infatti, a tal riguardo, reputava che si dovesse intendere in dolo, e dunque escludere dal beneficio della *cessio*, ogni debitore che, resosi conto della propria insolvenza, avesse continuato a esercitare il commercio, contraendo nuovi debiti. Sull'opinione di Scaccia in tema, qui rinvio a J.A. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra*, cit., 29 s.

<sup>22</sup> S. SENENT MARTÍNEZ, *Conclusión*, cit., 508 e C. PUIGSERVER ASOR, F. ADAN DOMENECH, *La segunda oportunidad*, cit., 211 ss. Sul testo originario: V. MARTÍNEZ MULERO, *La exoneración*, cit., 233.

1. *Para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho será preciso que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si reuniera los requisitos para poder hacerlo, que el deudor hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores.*

2. *Si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, podrá obtener ese beneficio si en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.*

Per ottenere il *beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*, oltre alla soddisfazione integrale dei debiti prodottisi dopo l'apertura del concorso, di quelli privilegiati e di quelli ad essi equiparati, sarà necessario al debitore, che avesse i requisiti per celebrarlo – ovvero non avesse, ai sensi dell'art. 632, *TRLC*, un passivo iniziale superiore ai cinque milioni di euro – aver tentato o percorso senza successo la via maestra dell'*acuerdo extrajudicial de pagos*. Se, infatti, sancisce il secondo comma, pur avendo i presupposti soggettivi per intenderlo, il debitore non avesse neppure aperto una trattativa volta alla conciliazione extragiudiziale, egli, per godere dell'esdebitazione post-concorsuale, dovrà, a mo' di sanzione, aver soddisfatto, oltre ai crediti *contra la masa* e ai privilegiati, almeno il 25% dei crediti concorsuali ordinari<sup>23</sup>.

Quando, poi, il debitore di buona fede non dovesse raccogliere i presupposti oggettivi, di cui all'art. 488, conserverebbe comunque la possibilità, *ex art. 493, Presupuesto objetivo especial*, di sottoporre al giudice l'approvazione di un *plan de pagos*, onde cui pervenire all'esdebitazione, a condizione che non avesse rifiutato nei quattro anni anteriori alla dichiarazione del concorso un'offerta di impiego adeguata alle sue capacità, non fosse venuto meno ai doveri di collaborazione e informazione nei confronti del giudice e degli amministratori della

---

<sup>23</sup> S. SENENT MARTÍNEZ, *Conclusión*, cit., 508 s. e C. PUIGSERVER ASOR, F. ADAN DOMENECH, *La segunda oportunidad*, cit., 214 ss. Sull'articolato previgente: A.I. BERROCAL LANZAROT, *El acuerdo*, cit., 114 s.

procedura concorsuale, non avesse, infine, già ottenuto, negli ultimi dieci anni, il *beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*<sup>24</sup>. Qui, anzitutto, mi pare ai nostri fini particolarmente significativo che, solo in quest'ultimo caso, nel contesto di una procedura speciale – potremmo forse addirittura dire – residuale d'*exoneración* risorga l'eccezione di 'nuova fortuna', contemplata dal diritto romano e, in forma attenuata, dalla sopracommentata *Ley 3<sup>a</sup>* del testo normativo alfonsino<sup>25</sup>. E se, ancora oggi, dall'art. 498, *TRLC*, apprendiamo della facoltà concessa ai creditori di chiedere, in costanza d'esecuzione del *plan de pago*, la revoca del beneficio d'esdebitazione, nel caso in cui la situazione economica del debitore fosse migliorata a tal punto da consentirgli di pagare per intero i crediti esonerati senza pregiudizio per le obbligazioni alimentari sullo stesso gravanti, è però da rilevare che, in conformità alle sopraesposte finalità del nuovo 'diritto della ristrutturazione e della seconda opportunità', la norma enumera, ora, tassativamente, le fonti dell'improvviso arricchimento del debitore (eredità, legato, donazione, gioco d'azzardo, scommessa o fortuna), le quali legittimerebbero i creditori a pretendere dal giudice la revoca del privilegio concesso e che, come può apprezzarsi dal tenore letterale della disposizione, nulla hanno a che fare con la

---

<sup>24</sup> *Aunque el deudor de buena fe no reuniera el presupuesto objetivo establecido para el régimen general podrá solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, con sujeción a un plan de pagos de la deuda que no quedaría exonerada, si cumpliera los siguientes requisitos: 1.º No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad. 2.º No haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal. 3.º No haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años.*

<sup>25</sup> Sull'inconciliabilità di una trasposizione fedele della norma delle *Siete Partidas* nel sistema attuale della *second chance*: J.L. COLINO MEDIAVILLA, *Insolvencia*, cit., 250 s., il quale evidenziava già la necessità di introdurre, oltre al presupposto quantitativo già previsto dal diritto romano e da quello intermedio, anche una perimetrazione della norma in base alla fonte di provenienza dell'introito, in modo da evitare che il debitore rilanciato fosse disincentivato a tornare a perseguire il profitto o, peggio, lo conseguisse sommersamente.

messa a frutto delle rinnovate capacità professionali e imprenditoriali del liquidato<sup>26</sup>:

*...Si mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar, de manera que, sin detrimento de la obligación de satisfacer alimentos, pudiera pagar todos los créditos exonerados.*

Rimane, allora, a tal punto, da chiarire soltanto un passaggio: attraverso quale via e per quali ragioni, dalle pieghe dell'antico diritto castigliano, la disponibilità tempestiva a compiere la cessione dei beni, caduta questa in desuetudine come istituto liberatorio, venga sostituita, nel diritto vigente, per mezzo d'un duplice presupposto, l'aver tentato la via della conciliazione stragiudiziale con il ceto creditorio, nonché l'essersi adoperati prontamente, fallita questa prima opzione, per l'apertura del concorso.

Lo si intende già nitidamente dal disposto dell'art. 488, *TRLC*, *l'acuerdo extrajudicial de pagos*, quale forma di concordato extragiudiziale semplificato<sup>27</sup>, diviene, in questa prospettiva, per il debitore persona fisica, la porta principale attraverso cui transitare nel terreno della *second chance*, comprovando costui, con l'intentarla, la propria sicura buona fede e fuggendo così il rischio ed eventualmente il peso di ogni possibile esito afflittivo della procedura fallimentare. E non è un caso che proprio questa forma extragiudiziale di concordato venga ad assumere il ruolo di perno centrale tra i due poli, negoziale e legale, del sistema spagnolo di *segunda oportunidad*, se si tiene a mente il lungo percorso evolutivo, di

---

<sup>26</sup> Cfr. sul testo originario: C. JARAMILLO SIERRA, *La condonación*, cit., 43 ss.; A.I. BERROCAL LANZAROT, *El acuerdo*, cit., 115 ss.; su quello vigente: S. SENENT MARTÍNEZ, *Conclusión*, cit., 510, 518 s. e C. PUIGSERVER ASOR, F. ADAN DOMENECH, *La segunda oportunidad*, cit., 214 ss.

<sup>27</sup> Cfr. E. GALLEGO SÁNCHEZ, *El acuerdo*, cit., 151 e voce *Acuerdo extrajudicial de pago*, in *Guías Jurídicas*, Madrid, 2020, consultabile online all'indirizzo: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAAEAMtMSbF1jTAAAUtDI2NjtbLUouLM\\_DxbIwNDEwNDQwOQQGZa pUt-ckhIQaptWmJOCsoAGEoSFTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAAEAMtMSbF1jTAAAUtDI2NjtbLUouLM_DxbIwNDEwNDQwOQQGZa pUt-ckhIQaptWmJOCsoAGEoSFTUAAAA=WKE).

respiro europeo, che ha condotto ad identificare nel tempestivo ricorso alle soluzioni negoziali della crisi uno dei presupposti fondamentali per l'identificazione del debitore meritevole. Un percorso che, esemplarmente, nel Nostro Paese ha condotto a contemplare, nella sistematica del nuovo *Codice della crisi*, clausole generali, che, secondo il disposto degli artt. 3 e 4, definiscono perimetralmente i doveri di buona fede e correttezza del debitore, facendo esplicita menzione dell'onere di *assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura* e, all'art. 3, dell'obbligo dell'*imprenditore individuale di rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative – preconcorsuali – necessarie a farvi fronte*<sup>28</sup>.

Se oggi, dunque, nella totalità degli Ordinamenti europei riformati, appare pacifico che l'attivazione del debitore nel senso di una soluzione concordata della crisi ne attesti la buona fede, aprendo a costui, come nel caso spagnolo, un binario privilegiato verso l'esdebitazione, quale conseguenza immediata del perfezionamento del patto ovvero per essere la tentata celebrazione dell'*acuerdo* un presupposto essenziale per godere della sua forma legale all'esito del *concurso*, in una prospettiva diacronica, la conversione del requisito, indicato dalla *Ley 3<sup>a</sup>*, del titolo XV, della *Partida V*, quello, cioè, di aver manifestato la propria disponibilità alla cessione volontaria dei beni, nel diverso presupposto di aver aperto con i creditori una fase di trattativa concordataria, trova probabilmente una sua ragion d'essere nell'elaborazione, in tema di *pactum concordiae*, della trattatistica intermedia, in particolare, mi pare, in quella del giurista anconetano Benvenuto Stracca.

In un lungo passo, il numero 1, della *Pars VI, De pactis conventis inter creditores et decoctores*, del *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus tractatus*, Benvenuto Stracca distingueva, infatti, due tipologie di concordati: *per gratificationem* e *per extortionem*, le quali conducevano ad esiti diametralmente opposti riguardo alla sorte del passivo insoddisfatto<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto*, cit., 11-14 e G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, 15 ss.

<sup>29</sup> BENVENUTUS STRACCHA, *De conturbatoribus sive decoctoribus tractatus*, in *De mercatura seu mercatore tractatus*, Venetiis, 1553, Pars VI, nu. 1, per la cui versione critica in lingua

Il *pactum extortum* era il concordato che i creditori si vedevano costretti ad accettare per il timore che con la fuga e la completa sottrazione dei beni il debitore li privasse di qualsiasi ristoro delle proprie insoddisfatte aspettative. Conseguentemente, esso portava seco una valutazione del comportamento del debitore diametralmente opposta rispetto all'apprezzamento della sua buona fede. La prassi di estorcere, in tal modo, con la paura della fuga, il patto di concordato – afferma lo Stracca nelle prime due colonne della Parte VI – derivava, infatti, proprio dalla circostanza per cui: *decoctores malum genus debitorum est*. Il portato di questa consapevolezza è che, in qualsiasi modo il debitore fosse poi giunto *ad pinguioem fortunam*, egli avrebbe visto automaticamente sciogliersi il *pactum concordiae*, rivivendo nei suoi confronti i crediti insoddisfatti, senza poter lucrare, né dalla perfezione del *pactum*, né successivamente, l'esdebitazione dalla massa passiva residua.

Il *pactum per gratificationem*, invece, così deve intendersi dall'*incipit* della parte sesta del *Tractatus*, si inserisce in una cornice affatto diversa, in cui il debitore, presente, collabora con i creditori al fine di risolvere, nel più soddisfacente dei modi, la propria crisi imprenditoriale. Il concordato concesso dai creditori non è, in questa seconda veste, il prezzo che essi debbono al debitore per evitarne la fuga e, per tale ragione, lo Stracca definirà tale accordo: *gratuitum*. Il portato di questa sua gratuità è, per ovvio, che quando il *creditor sponte et ex mera voluntate residuum remisit*, l'effetto della transazione rimanga saldo anche di fronte all'eventuale successivo rilancio imprenditoriale del debitore, il quale, giunto in un secondo momento a miglior fortuna, non avrebbe potuto essere nuovamente chiamato a rispondere dei vincoli a suo tempo rimasti insoddisfatti. Ciò si deve, evidentemente, al fatto che egli ha intessuto con i creditori un rapporto fondato sulla reciproca buona fede e correttezza, mettendoli tempestivamente a parte delle proprie difficoltà

---

spagnola, recentemente, cfr. J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Tratado de los quebrados o fallidos*, in *Anuario de Derecho Concursal*, 38, 2016, 149-246, su cui egli stesso in ID., *Estudio preliminar a la traducción castellana del Tractatus*, in *Anuario*, cit., 131-148.

economiche nella speranza di lucrare, dal consenso libero e incondizionato di costoro, un trattamento concorsuale più mite<sup>30</sup>.

Il passo ulteriore della nuova disciplina spagnola della *segunda oportunidad* sta, allora, lo si intende, nel dare rilievo al comportamento assennato del debitore non solo quando l'iniziativa volta alla ristrutturazione negoziale sia andata a buon fine, ch , come gi  accennavamo a chiusura di premessa, la perfezione dell'*acuerdo extrajudicial de pagos* ha per sua natura (ex art. 685.1, *TRLC*) efficacia estintiva dei crediti rimessi in via negoziale, ma pure quando il tentativo posto in essere non abbia condotto a suggellare un accordo con i creditori per la mancata adesione di costoro ovvero se, che   perfettamente indifferente ai sensi dell'art. 488, *TRLC*, esso, per le pi  svariate ragioni economico-finanziarie, abbia fallito nel suo intento conservativo. In questi casi, e a condizione che non sussistano i presupposti negativi di cui all'art. 487.2, *TRLC*, la rilevanza dell'approccio collaborativo del debitore si protrae sugli esiti della procedura concorsuale, legittimandolo ad aspirare all'*exoneración* alla sua conclusione.

3. *Sulla via negoziale per l'exoneración: le radici storiche dell'acuerdo extrajudicial de pagos.*

Ma veniamo ora all'altro cardine del sistema spagnolo della *segunda oportunidad*, alle forme, cio , assunte, nel nuovo articolato della *Ley Concursal*, dall'*acuerdo extrajudicial de pagos*, la cui perfezione, come ho appena rammentato, concreta, con il consenso maggioritario dei creditori, la seconda via, quella negoziale, verso l'esdebitazione.

Ai sensi dell'art. 667, *TRLC*, intitolato al *Contenido de la propuesta de acuerdo*, il debitore persona fisica, attraverso un mediatore concorsuale, potr  presentare ai propri creditori, dopo averli convocati a norma degli artt. 662-663, *TRLC*, una proposta di accordo contenente dilazioni e/o

---

<sup>30</sup> Cfr. J. M. BLANCH NOUGUÉS, *Tratado*, cit., VI, 1 e A. BARBAGLI, *Profili*, cit., 220 s., la cui trattazione in tema gi  ho seguito in A. GRILLONE, *Le nuove frontiere*, cit., 58 nt. 11, 102 nt. 111.

remissioni totali o parziali dei debiti, cessioni di beni o diritti in luogo del pagamento parziale o totale dei crediti<sup>31</sup>. Ai fini dell'approvazione dell'accordo, in base al combinato disposto degli artt. 677-678, TRLC, per quanto qui importa, la proposta così presentata dovrà ottenere il consenso dei creditori che rappresentino il 60% del passivo sottratti gli importi dei crediti garantiti realmente, i cui titolari non abbiano manifestato volontà d'aderire, quando la stessa contenga dilazioni per un tempo non superiore a cinque anni o remissioni non eccedenti il 25% dell'importo dei crediti, ovvero di quelli che ne rappresentino il 75%, se, invece, manifesti un diverso contenuto<sup>32</sup>. A seguito della delibera, avendo ottenuto la maggioranza qualificata richiesta dall'art. 678, il contenuto dell'accordo vincolerà, ai sensi degli artt. 683 e 684.1, TRLC,

---

<sup>31</sup> Cfr. E. GALLEGO SÁNCHEZ, *El acuerdo*, cit., 162-164 e C. PUIGCERVER ASOR, F. ADAN DOMENECH, *La segunda oportunidad*, cit., 92-95. E, di seguito, il testo dell'articolo: 1. *La propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas: 1.ª Esperas por un plazo no superior a diez años. 2.ª Quitas. 3.ª La conversión de los créditos en acciones o participaciones de la sociedad deudora o de otra sociedad, la conversión de los créditos en créditos participativos por período no superior a diez años, en obligaciones convertibles, en créditos subordinados, en créditos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero con características, rango o vencimiento distintos de aquellos que tuvieran los créditos originarios. 4.ª La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de la totalidad o parte de sus créditos. 2. Si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario, la propuesta únicamente podrá contener esperas, quitas y cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos.*

<sup>32</sup> Cfr. E. GALLEGO SÁNCHEZ, *El acuerdo*, cit., 165-167 e C. PUIGCERVER ASOR, F. ADAN DOMENECH, *La segunda oportunidad*, cit., 98. E, di seguito, il testo dell'articolo: *Artículo 677. Determinación del pasivo computable para la adopción del acuerdo. 1. El pasivo computable para la adopción del acuerdo comprenderá la suma del importe de los créditos que no gocen de garantía real, el importe de los créditos que exceda del valor de esa garantía calculado conforme a lo establecido en el título V del libro I de esta ley y el importe de los créditos con garantía real que hubieran aceptado la propuesta. 2. En ningún caso integrarán el pasivo computable los importes correspondientes a los créditos de derecho público. Artículo 678. Mayorías requeridas para la adopción del acuerdo. 1. Cuando la propuesta de acuerdo contenga esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adendada, por un plazo no superior a cinco años o la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo, o quitas no superiores al veinticinco por ciento del importe de los créditos será necesario el sesenta por ciento del pasivo computable para la adopción del acuerdo. 2. Cuando la propuesta de acuerdo tuviera cualquier otro contenido, será necesario el setenta y cinco por ciento del pasivo computable.*

il debitore e i creditori i cui crediti non godano di garanzia reale, i garantiti per la parte che ecceda il valore della guarentigia ovvero, integralmente, quelli tra loro che abbiano manifestato la volontà di accettarlo, mai, invece, potendo obbligare i creditori pubblici<sup>33</sup>.

Differentemente da quanto detto in tema di *exoneración*, il legislatore spagnolo non è stato esplicito sui fondamenti storici di questo strumento di risoluzione della crisi, tuttavia, scorrendo il titolo XV, della V Parte della *Ley de las Siete Partidas* si incontrano alcune norme che manifestano un'evidente affinità con l'istituto in analisi.

Primariamente, è interessante, in questa direzione, il tenore letterale della *Ley 5<sup>a</sup>*, ove è contenuta una disciplina relativa al caso in cui il debitore di molti si rivolga a costoro per chiedere una dilazione di pagamento riguardo al suo debito. La disposizione chiarisce quale debba essere l'opinione da seguire, allorquando una parte dei creditori avesse prestato il proprio consenso a concedere questo beneficio, mentre i restanti vi si opponessero:

*«Debdor seyendo vn ome de muchos si ante que desamparasse sus bienes, los juntasse en vno, e les pidiesse, que le diessen vn plazo señalado, aque les pagasse: si todos non se acordassen en vno a otorgarse lo, aquel plazo deue auer, que otorgare la mayor parte dellos, maguer los otros non gelo quisiessen otorgar. E aquellos, dezimos que se deue entender, que son mayor parte, que han mayor quantia en los debdos. E si fuesse desacuerdo entre los vnos, queriendo otorgarle el plazo: e los otros, diziendo que gelo non otorgarian, mas que pagasse, o desamparasse los bienes; estonce si fueren yguales en los debdos, e en cantidad de personas, deue valer lo que quieren aquellos quel otorgan el plazo, porque semeja, que se muenen a fazerlo por piedad que han de*

---

<sup>33</sup> E. GALLEGO SÁNCHEZ, *El acuerdo*, cit., 167 s. e C. PUIGCERVER ASOR, F. ADAN DOMENECH, *La segunda oportunidad*, cit., 100 s. *Artículo 683. Extensión necesaria del acuerdo. 1. El contenido del acuerdo extrajudicial vinculará al deudor y a los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, a excepción de los créditos públicos. 2. En ningún caso, los créditos públicos, gocen o no de garantía real, podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos. Artículo 684. Extensión del acuerdo a los créditos con garantía real. 1. Los acreedores con garantía real, por la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubieran manifestado la voluntad de aceptarlo...*

*el. E si por aventura fuessen eguales en los debdos e desiguales en las personas, aquello que quisiere la parte do fueren mas personas, esso deue valer».*

Se prima di compiere la cessione dei suoi beni, il debitore, convocati tutti i creditori, avesse chiesto loro l'assegnazione di un termine entro cui pagarli, qualora non fossero tutti d'accordo, la dilazione sarebbe stata concessa sulla base del parere della maggioranza, se anche gli altri persistessero nel non volergli accordare detto termine. E intendiamo che siano la maggioranza, quelli che sono titolari della maggior parte dei suoi debiti. E se fossero stati in disaccordo tra loro, alcuni volendo concedere il termine, e gli altri, dicendo che non glielo avrebbero concesso, e che o pagasse o rilasciasse i suoi beni, allora, in questo caso, se le due parti fossero uguali riguardo all'ammontare dei debiti e riguardo al numero delle persone, debba valere quello che vogliono quelli che concedono il termine: perché si considera che a muoverli sia la pietà che hanno per lui. E se per avventura, invece, fossero uguali nei debiti e disuguali nelle persone, dovrebbe valere quello che vuole il partito dove si trovino più persone.

Segue, poi, a completamento di questa disciplina, la *Ley 6<sup>a</sup>*, dove la rubrica indica esser contenuta, in analogia con la precedente, una normativa dirimente i casi in cui, a fronte della petizione del debitore, i suoi creditori non concordino all'unanimità sulla possibilità di accordargli la remissione di una parte dei debiti. Ne riportiamo di seguito il testo:

*«Rogando el debdor a aquellos a quien deniesse algo, ante que les desamparasse sus bienes, que le quitassen alguna partida de lo que les denia, e que les pagaria lo otro, si por aventura fuesse desacuerdo entre ellos, queriendo los vnos quitarle alguna cosa, e los otros non, aquello deue valer, e ser guardado, en razon del quitamiento, ques en todas las cosas que diximos en la ley ante desta, en razon del plazo, que pidiessse. E aun dezimos, que maguer alguno de aquellos a quien deniesse algo no estuuiessse delante: quando los otros le quitassen alguna partida del debdo, que con todo esso deue valer lo que fizieren, e non lo puede renocar aquel solo. Fueras ende, si la quantia que el denia auer del debdo fuesse mayor que la de todos los otros: ca estonce non empeceria lo que sin el fiziiessen. E otrosi dezimos, que si algunos que*

*ouiessen a recibir algo de su debdor, le quitassen alguna partida del debdo, e non fuesse y presente, quando fizziessen este quitamiento, alguno otro, a quien fuesse obligada señaladamente alguna partida de los bienes del debdor, o touisse alguna cosa suya señaladamente, en peños, que le non empeceria el quitamiento, que los otros le fizziessen. Ca en saluo le finca todo su derecho en aquellos bienes que fuessen obligados o empeñados»*

Quando il debitore abbia chiesto ai suoi creditori, prima di fare cessione dei beni, che gli rimettessero una parte di ciò che doveva, offrendosi di pagare il restante, se per avventura costoro fossero in disaccordo, desiderando alcuni rimmettergli taluni debiti e gli altri no, deve valere, con riguardo alla remissione concordata, tutto ciò che nella precedente legge (*Ley 5<sup>a</sup>*) si è detto in rapporto al termine di dilazione. E lo stesso deve valere anche se qualcuno dei suoi creditori non fosse presente, quando gli altri decisero di rimmettergli una certa quantità del debito, perché anche in questo caso deve valere quello che decisero gli altri e non lo può revocare quel solo, salvo che, se la misura del suo credito fosse maggiore rispetto al valore del credito di tutti gli altri, non dovendosi, in questo caso, dar seguito a ciò che, senza di lui, gli altri avessero deciso. E altresì, se fosse rimessa, senza il suo consenso e in sua assenza, una certa parte del credito di un tale, che avesse dovuto ricevere una certa cosa dal debitore o qualcosa dei beni del debitore fosse a lui specificamente obbligato in garanzia, egli non dovrà prestar fede alla remissione che gli altri approvarono, facendo salvi tutti i suoi diritti su quei beni che fossero a lui obbligati ovvero impegnati.

Come è stato apertamente sostenuto, quelli delineati dalle leggi 5<sup>a</sup> e 6<sup>a</sup>, sono istituti pre-concorsuali, a carattere latamente conservativo, che nel loro insieme costituiscono un modello piuttosto avanzato di accordo di ristrutturazione preventiva stragiudiziale<sup>34</sup>. Se, infatti, come sopra si diceva, la *cessio* è, nel sistema concorsuale volontario delineato dalle *Siete Partidas*, l'atto normale di apertura del concorso, essi, come dimostra la ricorrenza comune della locuzione *ante que desamparasse sus bienes*,

---

<sup>34</sup> Cfr. J.A. RAMIREZ, *Derecho*, cit., 145 ss.; J. PULGAR EZQUERRA, *La declaración*, cit., 68 ss., 88, nt. 116; L. PANZANI, *La storia*, cit., 7 s. e R. BELLIDO SALVADOR, *Los institutos*, cit., 19 ss.

collocandosi a monte della presentazione del debitore davanti al giudice, debbono intendersi quali espressioni stragiudiziali d'autonomia privata, seppur legalmente improntate al principio maggioritario in luogo di quello consensuale.

Non è, comunque, solo la funzione di strumenti di composizione stragiudiziale dell'insolvenza che ne manifesta l'affinità con l'*acuerdo extrajudicial de pagos* oggi disciplinato dagli artt. 662-694 del TRLC, ma pure gli sono vicini quanto a contenuti, risolvendosi il primo istituto, delineato dalla *Ley* 5<sup>a</sup>, in un patto di moratoria o di dilazione, il secondo, invece, in un accordo di remissione, entrambi, in ogni caso, parte dell'alveo contenutistico dell'art. 667, TRLC. Nell'adozione del principio di maggioranza, a riguardo del cui calcolo la *Ley* 6<sup>a</sup> richiama la precedente, inoltre, sia la disciplina attuale che quella delle *Siete Partidas*, a sua volta stringentemente conforme alla regolamentazione romana del *pactum ut minus solvatur*, optano per dare rilevanza – attualmente esclusiva – al computo *pro modo debiti* e non a quello *pro numero personarum*.

A tacer delle affinità anche in punto di criteri residuali tra i due diritti storici<sup>35</sup>, che ne confermano il rapporto di diretta derivazione, qui mi

---

<sup>35</sup> Pap. 10 resp. D. 2.14.8: *...quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praeferendus est. in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellit. sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est...* Nel seguito del passo, oggetto a breve di precipua attenzione, in maniera del tutto analoga a quanto previsto dalla *Ley* 5<sup>a</sup>, disciplinante il perfezionamento dell'accordo stragiudiziale di dilazione, si chiariva come, se l'ammontare complessivo di debiti detenuti dal ceto creditorio favorevole al concordato e quello dei contrari fosse uguale, fosse da preferire la parte che includeva il maggior numero di creditori (affermano le *Siete Partidas*: *...e si por aventura fuessen eguales en los debdos e desiguales en las personas, aquello que quisiere la parte do fueren mas personas, esso dene valer*). In caso di numero uguale di creditori, e qui troviamo l'unico criterio non rifiuto nella *Ley de las Siete Partidas*, il pretore avrebbe dovuto seguire l'autorevolezza di colui che fra essi fosse di più elevata dignità. Mentre, ancora, nel caso in cui si avesse in tutto e per tutto una situazione di parità, sarebbe stato da scegliersi, da parte del pretore, il parere più umano, che è – precisa la *Ley* – quello di coloro i quali siano favorevoli all'accordo (*estonce si fueren yguales en los debdos e en cantidad de personas, dene valer lo que quieren aquellos quel otorgan el plazo, porque semeja, que se muenen a fazerlo por piedad que han de el*). Sul passo di Papiniano già mi sono soffermato in A. GRILLONE, *Sulle tracce degli accordi di ristrutturazione dei debiti nella compilazione giustiniana*, in *TSDP*, 12, 2019, 35

preme riportare in ordine cronologico gli estratti delle tre successive discipline nei luoghi in cui dispongono che il computo della maggioranza debba farsi in ragione delle quote di passivo detenute dai creditori aderenti e non per teste:

Pap. 10 *resp.* D. 2.14.8: *Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit;*

*Partida V, Tit. XV, Ley 5<sup>a</sup>: ...E aquellos, dezimos que se deue entender, que son mayor parte, que han mayor quantia en los debdos;*

*Artículo 678, Mayorías requeridas para la adopción del acuerdo: ...será necesario el sesenta por ciento del pasivo computable para la adopción del acuerdo.*

Si reputa maggioritaria una parte – affermava Papiniano nell'unica porzione del più lungo frammento a lui sicuramente attribuibile<sup>36</sup> – in ragione dell'ammontare dei debiti e non in ragione del numero di creditori.

Il significato della locuzione papiniana è equivalente al riferimento alla 'maggior quantità di debiti' contenuto nella *Ley de las Siete Partidas* e alla formulazione odierna, non fosse per la più alta soglia di maggioranza, che si attesta a pretendere la calamitazione del 60% del passivo computabile. E qui noi, nel raffronto delle tre identiche norme, potremmo pure vedere fotografata una traccia significativa, sebbene non univoca, della diretta derivazione dell'*antiguo derecho* spagnolo dal diritto romano, se è vero che il diritto mercantile italiano dell'età media, prima

---

ss. e, più recentemente, in ID., *Le nuove frontiere*, cit., 106 s., ed a queste sedi mi si consenta il rinvio per ulteriore bibliografia in tema.

<sup>36</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, Pap. 650, 930, nt. 3; A. ROCCO, *Il Concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, 25, nt. 10; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Le successioni*, VI, Roma, 1933, 485 s.; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, II, Napoli, 1933, 280 s.; A. GUARINO, «*Pactum quo minus solvatur*». Note sui precedenti romani del concordato preventivo, in *Studi Scorza*, Roma, 1940, ora in *Pagine di Diritto Romano*, VII, Napoli, 1995, 64 ss.; più recentemente, E.C. SILVEIRA MARCHI, *Do Pactum ut minus solvatur. Precedente romano de concordata moderna*, São Paulo, 1995, 125 ss.

della trattazione stracchiana, vide, invece, oscillare, di mura in mura e di porta in porta, le legislazioni statutarie comunali e corporative, tra le due opposte modalità di computo delle maggioranze<sup>37</sup>.

Nell'analisi diacronicamente comparata dei tre apparati normativi oggetto qui della nostra attenzione, pure interessante è rilevare l'affine destino dei creditori garantiti realmente, che restano di norma esclusi dalla vincolatività delle delibere concordatarie a maggioranza. Sono sovrapponibili, sul punto, le statuizioni della *Ley 6<sup>a</sup>*, inerente alla perfezione di accordi remissivi, e quella dell'art. 684, *TRLC*, nella misura in cui vincolano alle comuni pattuizioni concordatarie i creditori titolari di garanzie reali solo a fronte di loro esplicito assenso al patto<sup>38</sup>, al fine

---

<sup>37</sup> Un apposito paragrafo ho recentemente dedicato a questa tematica in: A. GRILLONE, *Le nuove frontiere*, cit., 98 ss., in ogni caso, prima di me diffusamente, U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, 277 ss. Sulla trattazione del principio di maggioranza nel *Tractatus* di Benvenuto Stracca, cfr. la traduzione di J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Tratado*, cit., VI, 9 e A. BARBAGLI, *Profili*, cit., 224 s.

<sup>38</sup> Sebbene, a dir del vero, l'art. 684.2, *TRLC*, disciplini una speciale tipologia di 'accordo esteso' a maggioranza interna dei creditori muniti di garanzia reale: 2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los acreedores con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no exceda del valor de la garantía, quedarán también vinculados a dicho acuerdo, con el alcance que se convenga, cuando se obtengan las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas: 1.º El sesenta y cinco por ciento cuando el acuerdo contenga esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años o la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo, o quitas no superiores al veinticinco por ciento del importe de los créditos. 2.º El ochenta por ciento cuando el acuerdo tuviera cualquier otro contenido.* Norma che, per altro, manifesta punti di contatto, sebbene a livello di mera suggestione, con un estratto dello Statuto di Genova, che qui riporto in volgare nell'edizione del 1613, lib. IV, cap. VII, p. 116 s., ma che U. SANTARELLI, *Per la storia*, cit., 281, nt. 12, riteneva legge ben più risalente: *Si escludino sempre, e s'intendino esclusi i creditori, che hanno pegno, ipoteca o sigortà* <ed. lat. 1589: *fideiussionem*>, *salvo se le sette ottave parti de' creditori, che hanno ipoteca consentissero; nel qual caso la restante octava parte de' creditori, che hanno ipoteca possa essere inclusa...* Entrambe le discipline prevedono che il concordato, stragiudiziale il primo, fallimentare il secondo, possa vincolare anche i creditori garantiti, a condizione che una loro propria assemblea abbia deliberato in tal senso, adunando una maggioranza interna fortemente qualificata. Sulla significativa influenza delle normative mercantili genovesi e pisane nell'evoluzione del diritto

di impedire che l'ossequio cieco al principio di maggioranza ne disgreghi le legittime prelazioni acquisite negozialmente:

*Artículo 684. Extensión del acuerdo a los créditos con garantía real. 1. Los acreedores con garantía real, por la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubieran manifestado la voluntad de aceptarlo...*

*Partida V, Tit. XV, Ley 6ª: ...E otrosi dezimos, que si algunos que ouiessem a recibir algo de su debdor, le quitassen alguna partida del debdo, e non fuesse y presente, quando fizziessen este quitamiento, alguno otro, a quien fuesse obligada señaladamente alguna partida de los bienes del debdor, o touisse alguna cosa suya señaladamente, en peños, que le non empeceria el quitamiento, que los otros le fizziessen. Ca en saluo le finca todo su derecho en aquellos bienes que fuessen obligados o empeñados.*

Eccettuata la loro formulazione inversa le norme sono identiche, sebbene l'attuale risulti per certo più puntuale: se, infatti, l'art. 684 afferma che i creditori con garanzia reale, per la parte non eccedente il valore della garanzia, siano vincolati dall'accordo unicamente se abbiano manifestato la volontà di accettarlo, la *Ley 6ª* affermava, specularmente, che se il creditore garantito non fosse stato presente e non avesse partecipato alla deliberazione con cui era stata rimessa una parte dei suoi crediti, parimenti non potesse risultare vincolato a osservare la remissione che gli altri avevano approvato, conservando, pertanto, intatti i diritti sui beni a lui impegnati.

Quest'ultima, per altro, traeva, non vi può essere dubbio al riguardo, la sua impostazione dalle fonti romane, se in *Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.10* pr. possiamo leggere:

*Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum praesentium absentes sequi debeant? sed an et privilegariis absentibus haec pactio noceat, eleganter*

---

concorsuale spagnolo, in particolare, quello di matrice catalana: J. PULGAR EZQUERRA, *La declaración*, cit., 65 ss. e, in precedenza, J. A. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra*, cit., 64.

*tractatur: si modo valet pactio et contra absentes. et repeto ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt.*

Per esplicitare il destino dei creditori titolari di garanzie reali, i due testi, sia quello ulpiano che quello delle *Partidas*, prendono ad esempio la situazione in cui costoro non siano stati neppure presenti alla deliberazione concordataria. Ulpiano, infatti, pone la *quaestio* se gli assenti debbano esser tenuti a seguire il parere dei presenti: la risposta sarebbe affermativa, come lo è nella soprariportata *Ley 6<sup>a</sup>*, per i creditori non assistiti da pegno o ipoteca, ma per i garantiti il giurista di Tiro rammentava una disposizione dell'imperatore Antonino Pio, ripresa e ampliata successivamente da Marco Aurelio, la quale distingueva, nella sua prima foggia, con riguardo ai crediti del fisco, nella seconda, universalmente, il destino dei creditori privilegiati da quello dei pignorati e degli ipotecari, dovendo gli uni sottostare alle decisioni prese in loro assenza dalla maggioranza, a differenza degli altri, i quali, se non avessero espressamente acconsentito al *pactum ut minus solvatur*, avrebbero conservato intatti i propri diritti sui beni oggetto di garanzia<sup>39</sup>. E ciò è quanto risulta anche da altro scorcio di un passo paolino, tratto dal quarto libro Delle questioni e contenuto in:

---

<sup>39</sup> Sul passo già in A. GRILLONE, *Le nuove frontiere*, cit., 111 s., nt. 129, 182. Si ricordi, in breve, come l'interpretazione del passo in analisi abbia profondamente diviso la più illuminata dottrina del secolo scorso. Per A. GUARINO, «*Pactum*», cit., 74 s., il passo non avrebbe riguardato, se non in negativo, la questione del computo della maggioranza, giacché, secondo questo Autore, il quesito: *num exemplum praesentium absentes sequi debeant?*, così formulato, esprime di per sé la percepita absurdità del dubbio; al giurista, in altri termini, sarebbe parso ovvio che gli assenti mai avrebbero dovuto seguire il parere dei presenti. Prima di lui, A. ROCCO, *Il Concordato*, cit., 80 ss., aveva ritenuto insitico il riferimento a *ceteros privilegiarios* e, come poi S. SOLAZZI, *L'estinzione*, cit., 201, che il primo quesito non fosse risolto da Ulpiano, ma che il destino dei privilegiati dovesse essere, in epoca classica, a differenza che in quella giustiniana, equiparato a quello dei garantiti, escludendo entrambe le categorie dal voto e dal patto: ID., *Il concorso*, cit., 121 s., nt. 1.

Paul. 4 *quaest.* D. 17.1.58.1: *Lucius Titius creditori suo mandatorum dedit: deinde defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore apud quem mandator exstiterat: quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem quam heres debitoris. respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, pactus videtur iusta ex causa eaque exceptio et fideiussori danda esset et mandatori. sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem (sicut pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris. nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est. plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est: sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem.*

Quando il creditore garantito fosse stato presente alla riunione convocata per deliberare l'approvazione del *pactum* ed avesse espresso il proprio consenso di fronte al pretore, sarebbe stato concluso un patto in base ad una giusta causa e l'eccezione dallo stesso nascente sarebbe stata concessa sia al fideiussore che al mandante a scopo di garanzia. Ma nel caso in cui il creditore fosse stato assente non sarebbe stato equo privarlo della scelta di esercitare la garanzia, come quando il suo credito fosse garantito da pegno o privilegio, dal momento che, qualora fosse stato presente, avrebbe potuto chiedere immediatamente di escuterla, senza attendere il decreto del pretore<sup>40</sup>.

Per quanto a noi primariamente interessa, nella seconda parte dell'estratto paolino, si discute degli effetti del *pactum* stipulato in assenza del creditore realmente garantito e si afferma il principio per cui egli non ne possa risultare in alcun modo afflitto, se non abbia, allo stesso, apertamente consentito. Soprassedendo sulle ragioni, la cui indagine ha

---

<sup>40</sup> Al di là delle probabili alterazioni formali, il testo è parso, ai più, attribuibile all'epoca classica e, seppure si sia discusso dell'originaria menzione del fideiussore, la sua eventuale introduzione successiva nel passo potrebbe derivare da un trasferimento operato da altro luogo coevo, senza per ciò condurre a dubitare della classicità del principio: cfr. S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., 116 ss. e da E.C. SILVEIRA MARCHI, *Do 'Pactum ut minus solvatur'*, cit., 163 ss.

assillato la dottrina romanistica<sup>41</sup>, che hanno condotto nei due passi a contemplare un diverso destino per i creditori privilegiati, che nel passo ulpiano sono sottoposti al vincolo pattizio anche in assenza, mentre in quello paolino meritano lo stesso riguardo serbato ai creditori pignoratizi, ciò che indubitabilmente emerge dai due segmenti testuali è la normale esclusione dei creditori ipotecari e pignoratizi dagli effetti del concordato.

È dunque probabile che anche questo principio sia trasmigrato dal diritto romano, attraverso il filtro delle *Siete Partidas*, direttamente nel vigente diritto spagnolo della seconda opportunità, essendo, per altro, connaturato ad innate percezioni di logica giuridica, che non possano essere trattati egualmente, per lo meno contro la propria volontà, soggetti titolari di posizioni creditorie diversamente garantite; massima che, nella nuova sistematica della *Ley Concursal*, viene ad associarsi a quella, di cui all'art. 670, *TRLC*, per cui *en ningún caso la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos podrá alterar el orden de prelación de pagos*.

Prima di chiudere, il passo di Paolo in commento mi conduce ad un'ulteriore riflessione. Nonostante l'esposta normativa delle *Siete Partidas* nulla dicesse a riguardo, il regime, contemplato oggi dall'art. 686, *TRLC*, relativo alla conservazione dei diritti dei creditori nei confronti dei garanti personali del debitore stipulante l'*acuerdo extrajudicial de pagos*, manifesta, a mio avviso, una diretta derivazione dal suo progenitore romano. Così come Paul. 4 *quaest.* D. 17.1.58.1, infatti, anche l'art. 686,

---

<sup>41</sup> Si ricordi, del resto, O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., Paul. 1316, 1193 s. e ID., *Palingenesia*, II, cit., *Ulp.* 249, 434, ntt. 1, 2, il quale, pur conservando Ulpiano con riguardo ai creditori privilegiati, non rilevava poi la contraddizione con l'*aut privilegium* paolino, ovvero il parziale mutamento di opinione di S. SOLAZZI, *Diritto*, cit., 281 s., che qui salvava in parte il parere ulpiano, mentre nel precedente ID., *Il concorso*, cit., 121 s., nt. 1, dubitava apertamente del riferimento a *ceteros privilegiarios* contenuto in D. 2.14.10 pr., come, dopotutto, anche A. ROCCO, *Il Concordato*, cit., 80 ss., prima di lui. Più recentemente, ha creduto all'esclusione sia dei pignoratizi che dei privilegiati dal voto e dal patto: E.C. SILVEIRA MARCHI, *Do 'Pactum ut minus solvatur'*, cit., 152 ss.; mentre, al contrario, fede ad Ulpiano ha prestato: A. CALZADA GONZÁLEZ, *Reflexiones en torno al pactum quo minus solvatur*, in *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno (IV Congreso internacional y VII Congreso iberoamericano de derecho romano)*, Burgos, 2001, 113.

TRL<sup>42</sup>, prevede che gli effetti del *pactum* si estendano ai garanti personali solo se i creditori garantiti abbiano espressamente consentito all'accordo e non nel caso in cui ne siano rimasti vincolati a maggioranza:

1. *El acuerdo no producirá efectos respecto de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el deudor, ni frente a los fiadores o avalistas, salvo que esos acreedores hubiesen mostrado su conformidad con el acuerdo...*

Con la conseguenza, oggi come nel diritto romano, che, mentre avverso i dissenzienti (o assenti nel regime paolino) i garanti non avrebbero potuto opporre gli effetti del patto, *...no podrán invocar la aprobación del acuerdo ni el contenido de este en perjuicio de aquellos*, segue, di fatti, l'art. 686.1, per i consenzienti, dispone il 'rifuso' art. 686.2:

2. *La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del deudor frente a los acreedores que hubiesen aceptado el acuerdo se regirá por los pactos que sobre el particular hubieran establecido y, en su defecto, por las normas legales aplicables a la obligación que hubieren contraído.*

La responsabilità degli obbligati in solido e dei garanti personali sarà regolata dai patti che riguardo a costoro siano stati specificamente stabiliti e, in loro difetto, dalle norme legali applicabili ai contratti che gli stessi abbiano stipulato.

## ABSTRACT

L'articolo si propone di illustrare i fondamenti romanistici de *La reforma concursal de mecanismo de segunda oportunidad* (Rdl 1/2015, de 27 de

---

<sup>42</sup> Più diffusamente, secondo la lettura qui proposta, sul portato della norma romana: A. ROCCO, *Il Concordato*, cit., 30; per la mia precedente adesione a questa opinione: A. GRILLONE, *Le nuove frontiere*, cit., 116 s. Sulla disciplina di cui all'art. 686, TRLC: E. GALLEGÓ SÁNCHEZ, *El acuerdo*, cit., 168 e C. PUIGSERVER ASOR, F. ADAN DOMENECH, *La segunda oportunidad*, cit., 84 ss.

*febrero y Ley 25/2015, de 28 de julio*), a partire dal legame, esplicitamente individuato dal legislatore spagnolo, tra questa normativa e la *Ley 3ª, Título XV, Partida V, Ley de las Siete Partidas*, circa il *beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*. Si intrattiene, poi, sui rapporti tra la *Ley 3ª* e i suoi progenitori romani nel contesto della disciplina giustiniana della *cessio bonorum*, infine, si muove alla scoperta dei, questa volta impliciti, basamenti storici dell'altro istituto cardine della 'seconda opportunità' spagnola, ovvero l'*acuerdo extrajudicial de pagos*.

The paper aims to show the Romanistic foundations of the Spanish insolvency reform *de mecanismo de segunda oportunidad* (*Rdl 1/2015, de 27 de febrero y Ley 25/2015, de 28 de julio*), starting from the link, explicitly identified by the Spanish legislator, between this legislation and *Ley 3ª, Título XV, Partida V, Ley de las Siete Partidas*, about the *beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*. Then, the paper focuses on the relationship between *Ley 3ª* and its Roman ancestors, in the context of the Justinian discipline of *cessio bonorum*, finally, it moves on to discover the implicit historical foundations of the other pivotal institution of the Spanish 'second chance' reform, named *acuerdo extrajudicial de pagos*.

### PAROLE CHIAVE

seconda opportunità, esdebitazione, ristrutturazione dei debiti, *cessio bonorum, pactum ut minus solvatur*

second chance, discharge, restructuring, sale of assets, arrangement

ALESSANDRO GRILLONE

Email: [alessandro.grillone@yahoo.it](mailto:alessandro.grillone@yahoo.it)

