

4

Avv. GUSTAVO BONELLI

SUL PATTO

DI NON FAR DICHIARARE IL FALLIMENTO DEL DEBITORE

— 38 —

VENEZIA

PREM. STAB. TIP.-LIT. CARLO FERRARI

1898.

La Corte di Brescia (1), riformando una sentenza del tribunale di Bergamo che avea tenuta ferma una sua dichiarazione di fallimento di fronte all' opposizione del fallito, riteneva che l' obbligo assunto dal creditore verso il proprio debitore di *non procedere ad ulteriori atti esecutivi per il suo credito* lo vincolasse altresì a *non promuovere l' apertura del fallimento* a carico del debitore stesso, ed avendolo invece fatto, ed avendo il tribunale sulla sua istanza effettivamente dichiarato il fallimento, dovesse la sentenza dichiarativa revocarsi. La Cassazione di Torino (2) confermava questo giudicato.

La massima ci sembra praticamente importante e tale, anche per la novità della questione (3), da richiamare l' attenzione degli studiosi. Essa ha già formato oggetto di un notevole studio da parte del chiarissimo prof. SRAFFA nel *Monitore dei tribunali* 1898, pag. 241; ma sebbene in parte le sue idee coincidano con quelle che verranno qui esposte, non credo inutile tornarvi sopra, anche perchè la specie di fatto apre l' adito ad altre questioni subordinate che l' egregio giurista ha trascurato, e la cui soluzione può dare per risultato un diverso apprezzamento del rapporto complessivo e delle sue conseguenze pratiche.

Si tratta di vedere cosa debba pensarsi della validità e del significato d' un patto come quello che dette occasione a questi due giudicati, e quali ne siano precisamente

(1) Sentenza 31 marzo 1895, *Monitore dei trib.* 1896, 501.

(2) Sentenza 21 ottobre 1897, *Dir. comm.* 1898, 70; *La Legge* 1898, I, 42.

(3) Non esistevano presso di noi precedenti nè di dottrina, nè di giurisprudenza, per ciò che sappiamo.

gli effetti legali rapporto alla seguita dichiarazione di fallimento in seguito all'iniziativa del creditore.

Si può dubitare anzitutto se l'impegno di *astenersi dagli atti esecutivi* equivalga o comprenda in sé quello di *astenersi dal provocare il fallimento*. Che la domanda di apertura del fallimento possa qualificarsi come atto *esecutivo*, sia pure *indiretto*, come dice la Cassazione torinese, per nostro conto non saremmo punto disposti ad ammetterlo. Tuttavia riconosciamo che dovendo i contratti interpretarsi di buona fede, il significato naturale della promessa di non far atti esecutivi sia quello di non mettere per propria volontaria iniziativa il debitore in posizione di essere espropriato, poco importa se nell'interesse del creditore o della massa; e quindi la domanda del fallimento contenga una indiretta violazione dell'impegno assunto (1).

LYON CAEN e RENAULT, nel loro *Trattato* (VII, 97), mentre non riconoscono validità al patto di non promuovere il fallimento, sembrano propensi ad ammettere come valido ed efficace anche a questo ulteriore scopo il patto di *non agire contro il debitore*; essi dicono che questo patto ha per effetto di cambiare l'obbligazione civile in *naturale*, e con ciò di escludere il creditore dalla categoria di coloro che possono provocare il fallimento. Ma è certo che il creditore per obbligazione *naturale* sia escluso dal provocare il fallimento? A buon conto non sono esclusi i creditori a termine e condizionali (2); ed io ritengo che, dato il diritto di partecipare al concorso (forse discutibile

(1) I vecchi scrittori francesi rammentano tuttavia una massima di giurisprudenza che dicono *non contestabile seriamente*, per cui la rinunzia del creditore a valersi dell'arresto personale contro il debitore non implicava rinunzia a farne dichiarare il fallimento (BOULAY-PATY, 65; RENOARD, ediz. di Bruxelles (1851, n. 61); ALAUZET, n. 2442, pag. 80).

(2) Ciò è generalmente accettato in Italia, come fuori d'Italia.

per qualche specie di obbligazione naturale, ma non certo per quella che sarebbe effetto del patto di non agire), sia dato anche il diritto di fare la domanda di cui all' art. 687. Quindi mi sembra che non per questa via si possa giungere a chiudere a chi ha promesso di non far atti la via di domandare la dichiarazione di fallimento del proprio debitore, ma piuttosto ammettendo implicitamente compreso in quell' impegno anche l' obbligo di non provocare il fallimento.

Ora che pensare di quest' obbligo per sè stesso?

Gli stessi autorevolissimi scrittori francesi dicono, e si è detto anche da parecchi in Italia a proposito delle due sentenze citate (1), che esso è senz' altro *nullo*, perchè il diritto di provocare il fallimento non è accordato al creditore esclusivamente *nel suo interesse individuale*, e quindi egli non può rinunciarvi.

Che il fallimento sia una misura disposta non nell' interesse individuale d' un singolo creditore, ma bensì della collettività e in molta parte nell' interesse pubblico, è certissimo; che per ciò non possa in alcun modo angustiarsi l' adito aperto dalla legge alla declaratoria del magistrato intorno ad esso è anche certo, e ciò non potrà restare senza influenza, come ora vedremo, nell' apprezzamento del patto in questione. Ma il diritto di provocare *giudizialmente* la cognizione del magistrato sullo stato di cessazione, prima che il fallimento sia dichiarato, e perchè sia dichiarato, è un diritto conferito a ciascun singolo creditore come tale, e certamente nel suo proprio ed esclusivo

(1) V. p. e. RUTA in nota alla sentenza di Torino nel *Dir. comm.* 1898, 70; nota del *Monitore dei trib.* 1896, 501 sulla sentenza di Genova. Nel senso invece della validità del patto, in adesione alla massima delle due Corti, oltre lo SRAFFA nello scritto citato, si pronunziò il VIDARI in nota alla sentenza di Torino (*La Legge* loc. cit.), nonchè la redazione del giornale *La Giurisprudenza* (1897, pag. 1607).

personale interesse, cosicchè fa parte dei vantaggi, del credito e più precisamente rientra tra le garanzie indirette del credito, appunto come vi rientra, in modo più diretto, la facoltà di portare in giudizio il debitore.

E che il suo sia un semplice diritto patrimoniale, non una funzione sociale nè in senso lato, nè in senso ristretto, è dimostrato da ciò, che se egli cessa di esser creditore (e creditore per causa commerciale), cessa per lui anche questo diritto, benchè non cessino affatto i motivi d'ordine pubblico che rendono desiderabile la proclamazione dello stato di fallimento.

Molto meno esso costituisce per lui un *obbligo* di qualsiasi specie. La legge fa un solo obbligo al *creditore* che conosca lo stato di cessazione del suo debitore: quello di non mettere in essere con lui certi atti capaci di alterare l'uguaglianza fra i creditori, e ciò sotto pena dell'eventuale loro annullamento. Ma quanto all'obbligo di provocare in giudizio la pronunzia del fallimento, esso non incombe affatto al creditore, il quale può astenersi, come può sempre ritirare l'istanza che all'uopo avesse già fatta. Certo, la legge si propone anche la tutela dell'interesse collettivo e pubblico; ma questa tutela ha i suoi organi a sè; essa non è punto affidata nè direttamente, nè indirettamente al singolo creditore come tale. Il quale invece, come, a differenza degli altri cittadini, ha interessi patrimoniali suoi propri da assicurare e da vigilare di fronte al cessante, così ha diritti suoi propri riconosciutigli dalla legge per la difesa di essi.

Quindi ci sembra che dica bene lo SRAFFA: il diritto di chiedere la dichiarazione di fallimento è proprio accordato a ciascun creditore nel suo interesse individuale esclusivamente, ed appunto perciò ciascuno dal proprio individuale interesse trarrà norma per determinarsi a presentare o no la domanda.

Se dunque un tale diritto non è nulla di più che un vantaggio del credito, cioè un bene patrimoniale, parrebbe spontanea e ovvia la illazione; *unusquisque ets quae pro se introducta sunt renuntiare potest.*

Se non che si avrebbe torto di considerare con ciò la questione come esaurita; poichè il diritto di cui si è fin qui discorso si trova in gran parte inscindibilmente connesso con un altro di ben diversa natura, ed il sentimento della cui intangibilità costituisce l'esigenza legittima della opposta opinione.

La dichiarazione di fallimento non ha per necessario presupposto la domanda giudiziale di un creditore (o del debitore). Per la nostra legge lo stato di cessazione pel solo fatto che il debitore stesso non lo denuncia, è uno stato *criminoso*, un *reato* (art. 857 n. 3). E il magistrato non ha bisogno di domande per pronunciarlo. Egli è investito d'un potere d'iniziativa, per dichiararlo d'ufficio, ed in questo caso basta una semplice *denuncia* ad eccitare la sua attività, precisamente come per qualunque altro reato. È vero che, tranne casi speciali (art. 855 capov. ult.), la dichiarazione di fallimento non può esser provocata dal ministero pubblico, la cui funzione presuppone normalmente il fallimento già dichiarato (art. 694); ma ciò è fatto a risparmio di tempo, affinchè il tribunale non sia obbligato ad attendere l'interposizione del Procuratore del re per spiegare i suoi provvedimenti, che generalmente hanno un carattere d'urgenza immediata. La denuncia pertanto si rivolge direttamente al tribunale, il quale dal solo bollettino dei protesti di cui all'art. 689 difficilmente sarebbe messo in grado di prendere l'iniziativa affidatagli dalla legge per la tutela del credito e dell'interesse pubblico.

Ora qual'è il compito dei cittadini tutti di fronte alla conoscenza d'un reato? Se la denuncia nelle leggi attuali non è più un dovere giuridico, essa è molto spesso (a se-

conda delle circostanze) un dovere morale. In ogni modo, anche a prescindere dal concetto di dovere, è certo che l'esercizio di questo diritto da un punto di vista obiettivo, e pel principio di solidarietà di ogni comunione organizzata, deve considerarsi addirittura come una funzione sociale, a cui interessa che sia conservata tutta l'ampiezza e la sincerità.

Ciò posto, sotto un duplice aspetto la convenzione che tendesse a sopprimere in una persona l'esercizio di questo diritto dovrebbe dirsi illecita. Anzitutto in quanto esso ha aspetto di un eventuale dovere morale. Certo nessuno riconoscerebbe legalmente valido l'impegno che prendesse un cittadino verso un altro di non denunciare un reato che questi fosse per commettere. Ora in rapporto a quest'obbligo morale (sia pure eventuale, ma insindacabile) della denuncia, il creditore non differisce da qualsiasi altro cittadino; o meglio, ne differisce per circostanze che rendono più impellente quel dovere; egli è meglio in grado di conoscere la precisa situazione del commerciante suo debitore, e la conoscenza dello stato di cessazione lo mette in tale condizione di effettiva superiorità sugli altri creditori che molto spesso il suo silenzio acquista tutti i caratteri di una connivenza nella frode. Certamente, le circostanze in cui la cessazione si svolge possono esser tali da rendere talvolta un tale silenzio, che giuridicamente non ha bisogno di esser giustificato, giustificabile anche moralmente. Non si dice perciò in modo assoluto che ogniquale volta una persona conosce lo stato di cessazione d'un commerciante, fosse pure suo debitore, e non lo denuncia come fallito, sia o debba sentirsi colpevole nel foro della coscienza. Ma indubbiamente egli non può escludere *a priori* che le circostanze siano per fargli un dovere di mettere sull'avviso la giustizia, onde evitare al pubblico i danni derivanti dal prolungarsi di uno stato di cose irregolare. E non è pos-

sibile ammettere che all'adempimento di un siffatto dovere egli avesse a trovare ostacolo in un vincolo precedentemente contratto verso il commerciante resosi cessante. Peggio poi se questo vincolo abbia, come normalmente avrà, un titolo corrispettivo, anzichè gratuito; e se sarà stato contratto quando lo stato di cessazione era già incominciato o di prossima previsione.

Ma anche in un altro senso il patto di non provocare il fallimento, inteso in questo senso generico, e senza la restrizione che viene dal diritto di provocarlo *in giudizio*, sarebbe un patto illecito. Secondo la classificazione proposta dal LOTMAR nel suo diligente studio sui *Contratti immorali* (1), questi si riconducono a tre categorie, secondochè l'oggetto della convenzione: 1.º è un fare o un non fare per sè stesso immorale; 2.º o non è immorale per sè, ma non può, per ragioni di moralità, essere assunto o garantito contrattualmente; 3.º o non può, sempre per ragioni morali, costituire il corrispettivo d'una prestazione economica. A parte che se la denuncia è un dovere morale, l'obbligo di non farla ricadrebbe nella prima categoria. A parte ancora che in ogni modo essa non sarebbe un diritto patrimoniale economicamente valutabile, e quindi, nel caso che l'impegno fosse stato assunto dietro corrispettivo, cadrebbe anche nella terza categoria. Certo però esso non sfugge in nessun caso alla categoria seconda, della quale LOTMAR dà come esempi tipici, tra gli altri, il patto *de non licitando* e quello di *non far concorrenza* (2).

(1) Vedine una eccellente recensione di L. COVIELLO nel *Filangieri* 1897, pag. 351 e seguenti.

(2) Essa corrisponde presso a poco a quella categoria di contratti immorali che nella classificazione proposta da WINDSCHEID (*Pand.* § 314, 3.º) comprenderebbe « i patti con cui si mira ad influire sulla libertà della decisione, in cose in cui l'uomo non deve lasciarsi determinare da motivi esteriori ».

L'obbietto di una siffatta obbligazione non potrà dirsi per sè stesso *illecito*, ma esso non può esser *dedotto in contratto*. L'illiceità consiste qui nella anticipata restrizione della propria libertà in materia che di sua natura non ne comporta.

Ciò non può dirsi senza riscontro testuale nel nostro codice, in quanto che esso richiede non soltanto che ogni contratto abbia una causa *lecita* (art. 1104, 1119), e non sia subordinato a condizioni contrarie al buon costume o alla legge (art. 1160), sotto pena di nullità, ma esige altresì per la validità d'un contratto « un oggetto determinato *che possa esser materia di convenzione* » (art. 1104) e che sia *in commercio* (art. 1116). — Tali sono tutti i *diritti patrimoniali*, comprese le garanzie dei diritti stessi, e fra queste la facoltà di procedere giudizialmente per la loro tutela, — dove rientra, a mio credere, comunque indirettamente, anche il diritto di chiedere in giudizio la dichiarazione di fallimento del proprio debitore. Ma tali non sono quelle facoltà che, non tanto in riguardo all'individuo che ne è dotato, quanto sono a ciascuno conferite per un interesse collettivo o economico o morale superiore, e che non rispondono al loro scopo se non in quanto siano *liberamente* esercitate. E tra queste rientra la facoltà di provocare estragiudizialmente la dichiarazione di fallimento di un commerciante decotto, denunciandone lo stato di cessazione. Qui siamo di fronte ad una facoltà inalienabile, della quale si può non far uso, ma a cui non si può rinunciare, perchè *interest rei publicae* che resti intatta a ciascun membro della civil convivenza. E come non può fare tale rinuncia un privato qualsiasi, così non lo può, e a più ragione, chi si trovi esser creditore di quel commerciante, vale a dire, membro di una collettività più ristretta, entro cui l'interesse di quella intangibilità è più vivamente sentito.

Cosicchè noi abbiamo *da una parte* un diritto che rientra fra i vantaggi patrimoniali del credito, e che è quello di adire la giurisdizione del magistrato perchè pronunzi il fallimento del debitore; e a questo diritto, che è nell'esclusivo interesse del creditore come tale, questi può rinunciare, potendo egli anticipatamente consentire a non esser considerato, per questo effetto, come creditore, spogliarsi, cioè, di una delle garanzie che rafforzano il suo credito. *Dall'altra* si ha però una facoltà propria di ogni cittadino e che confina col dovere morale, della quale in ogni modo non è lecito a nessuno, e molto meno al creditore, di spogliarsi contrattualmente; ed è la facoltà di render noto al magistrato lo stato di cessazione abusivo, perchè possa spiegare, se crede, i provvedimenti di legge: un patto che importasse rinuncia a tale facoltà sarebbe un patto *illecito* (1).

Da ciò deriva, come prima conseguenza, che al patto di non far dichiarare o di non chiedere la dichiarazione del fallimento del proprio debitore non si può riconoscere altra efficacia legale che di vincolare il creditore a non farsi parte nel giudizio per la dichiarazione di fallimento, ma non quella di impedirgli di far pervenire al magistrato gli elementi di convinzione atti a provocare una dichiarazione d'ufficio. E questo limita notevolmente l'interesse pratico del patto in questione.

Tuttavia l'ottenere che la giurisdizione del magistrato non sia per esser provocata in modo necessario da un determinato creditore più temibile degli altri costituisce innegabilmente pel debitore un guadagno apprezzabile, conoscendosi in pratica la riluttanza, in massima parte giu-

(1) Aggiungiamo che sarebbe anche un patto *ineseguibile*, per la ragione che la denuncia è essenzialmente impersonale, e non ci sarebbe modo d'impedire che il creditore potesse farla pervenire al magistrato valendosi di qualsiasi interposta persona.

stificata, dei tribunali a dichiarare i fallimenti *ex officio*.

Ma vediamo ora gli effetti pratici di questo vincolo, in quanto è da noi ritenuto valido, e qual è la *sanzione* possibile della sua inosservanza da parte del creditore.

Il creditore, com'è noto, ha due mezzi per iniziare il giudizio dichiarativo di fallimento: l'*istanza* e la *citazione*. Se il creditore si vale del primo mezzo, il giudice, il quale ignorerà l'esistenza del patto, legittimata che sia la sua qualità di creditore, ammetterà l'istanza, e, ricorrendone gli estremi, dichiarerà il fallimento. La citazione, che del resto è un mezzo abusivo, introdotto dalla pratica contro la ragione dell'istituto, sarà ben difficilmente adottata da un creditore che sa di esser vincolato da un impegno come questo, poichè il debitore citato eccepirà naturalmente il patto, e il tribunale, se troverà l'eccezione fondata, respingerà la domanda *in limine*. Anche in tal caso però potrà il tribunale subodorare nel patto un indizio eloquente di quello stato di cessazione che gli si chiede di apprezzare, e o respingere addirittura l'eccezione, o, pur ammettendola, prendere in considerazione per conto proprio l'insieme dei fatti e dichiarare il fallimento d'ufficio.

Quest'ultimo punto può forse esser contestato, ma a torto. La legge non pone nessun limite al giudice nell'esercizio della propria funzione di dichiarare il fallimento d'ufficio, e non specifica punto *per quali mezzi* debba egli arrivare a quella *sicura notizia* della cessazione che basta per autorizzarlo, anzi, per obbligarlo a emettere tale dichiarazione (art. 688). Se basta una denuncia impersonale, accompagnata dalle relative prove, non si vede perchè non dovrebbe essere idoneo a ingenerare tale convinzione l'esposto in un atto regolare di citazione o in una formale istanza, accompagnata da documenti giustificativi. Il giudice adito da chi non ha qualità peradirlo dovrà dunque respingere l'istanza, ma ciò non impedirà che possa

convincersi della verità del suo esposto e che debba in tal caso far uso della propria facoltà d'iniziativa per dichiarare ugualmente il fallimento (1).

Sicchè il patto in questione non condurrà al risultato pratico di assicurare il debitore della sua osservanza, se non nel caso che il creditore faccia uso della *citazione* anzichè dell' *istanza*, e che il giudice si contenti di ammettere l'eccezione sollevata dal debitore e poi si fermi. Se invece il giudice, o ignorando il patto, o non tenendone conto, o, pur tenendone conto, ma spiegando la propria

(1) Fra i casi di dichiarazione d'ufficio LYON-CAEN e RENAULT enunciano appunto quello in cui « une demande en déclaration de faillite soit jugée non recevable parce que le demandeur ne justifie pas de sa qualité de créancier, mais que néanmoins les débats aient établi l'état de cessation de paiements du défendeur » (*Traité* n. 108). V. anche BORSARI n. 1737 in fine. È generalmente ammesso che possa il tribunale e debba, data la prova della cessazione, dichiarare il fallimento d'ufficio, se anche il creditore *ritira* la sua istanza o *revoca* la citazione (v. LYON-CAEN n. 101; CALAMANDREI n. 72; LUCIANI n. 167). Ora perchè dovrebbe esser diversamente, se la domanda vien meno invece per altra ragione, come è la mancanza di veste di chi la presentò? — Altra è la questione se possa il tribunale, mentre dura il dibattito fra creditore e debitore in contraddittorio sul punto della cessazione dei pagamenti, rompere di sua iniziativa gl'indugi, dichiarando il fallimento d'ufficio. Rispondono affermativamente CALAMANDREI n. 60; LUCIANI n. 175 e l'Appello di Venezia 10 dicembre 1874 (*Giur. ital.* 1875, I, 189). — Contro: VIDARI, il quale dice che « essendo stato prevenuto dai creditori, il tribunale deve ora giudicare sull'istanza loro » (*Dir. comm.* VIII, n. 7439 nota), e l'Appello di Napoli 9 luglio 1879 (*Foro ital.* pag. 832, con nota contraria dell'avv. PETRILLO) per cui « la contestazione del debitore toglie al fallimento quel carattere di notorietà che è necessario affinchè il fallimento sia pronunziato d'ufficio ». Noi aderiamo alla prima opinione, ma la contraria si regge su motivi che non sarebbero affatto applicabili alla nostra specie. Nel senso invece della mancanza di facoltà nel tribunale di emetter dichiarazione d'ufficio dopo riconosciuta la nullità della citazione vedi Appello di Palermo 20 gennaio 1896 (*Foro siciliano* 175).

iniziativa giurisdizionale, *dichiara il fallimento*, quale rimedio resta al debitore?

Potrà ammettersi che sull'opposizione (o sull'appello) del debitore il fallimento venga revocato in base al patto, così come avvenne nella causa che diè occasione alle due sentenze citate?

Ecco ciò che neghiamo risolutamente.

La questione non è più speciale al caso in esame. Essa è d'ordine più generale.

Bisogna penetrarsi bene del concetto che la dichiarazione del fallimento è la consacrazione legale di uno stato di fatto, la cui esistenza, priva di tale consacrazione, costituisce di per sé non già la violazione d'un diritto individuale, ma una vera e propria *illegalità*, contraria all'ordine pubblico. Quindi la pronunzia del fallimento non può riguardarsi alla stregua d'ogni altra pronunzia giudiziale emessa su domanda della parte interessata, la quale non fa stato che per essa e contro di essa, cosicché, esclusa che sia in essa la veste per spiegare la domanda, cada con ciò stesso anche la pronunzia che ne fu conseguenza; qui invece la considerazione della veste legale di cui sia o non sia investita la parte influisce soltanto sulla questione: *deve* il giudice spiegare la sua giurisdizione sulla domanda e pronunciare, *causa cognita*, su di essa? poichè, esclusa la veste, il giudice rientra nella sua libertà d'iniziativa in ordine all'indagine dello stato patrimoniale dei commercianti, e può respingere la domanda *in limine judicii*, cioè senza esame. Ma se per un motivo qualsiasi questo stadio è superato, e il giudice investitosi della causa ha emesso pronunzia del fallimento, ciò vuol dire che egli si è convinto della esistenza dello stato di cessazione; e con ciò stesso questa pronunzia, che racchiude la consacrazione di un tale stato, acquista una portata che supera di molto la sfera del diritto patrimoniale del singolo cre-

ditore che l'ha provocata. Essa è divenuta per sua natura di dominio pubblico, e non può esser revocata che ad un patto: provando cioè che la cessazione dei pagamenti non esiste (o che il debitore non è commerciante).

Questa non è nemmeno una conseguenza del principio che il fallimento può per legge esser dichiarato *d'ufficio*. Anche nelle legislazioni dove ciò non è ammesso, la pronunzia del fallimento acquista, appena sorta, una completa obbiettività e indipendenza dal diritto proprio di chi l'ha provocata. Ed è perciò che dice benissimo il Kohler (1) che la mancanza di veste per agire nel giudizio di apertura del concorso è un semplice *impedimentum impediens*, sicchè una volta il concorso aperto esso resta bene aperto (so ist es gültig eröffnet), quand'anche si provi l'incapacità processuale del richiedente. Molto più a ragione ciò deve dirsi là dove, come nella nostra legge, la proclamazione del fallimento è un dovere del magistrato anche senza che vi sia nessuna domanda, poichè una domanda illegittima non può certo contare per meno che nessuna domanda; cosicchè quand'anche la pronuncia non potesse avere alcun valore legale come fondata su una domanda che debba considerarsi come non fatta, ne avrebbe sempre uno pienissimo come dichiarazione ultronea del magistrato, che questi avea potere e obbligo di emettere di propria iniziativa (2).

(1) *Leitfaden der d. Konkursrecht* (1893) pag. 151.

(2) Analogamente ALAUZET in base alla giurisprudenza francese (n. 2443): « l'irrégularité des poursuites dirigées par les créanciers ou l'inobservation des formes de procédure ne pourraient être invoquées pour faire réformer le jugement, s'il a été prononcé en connaissance de cause, puisque le tribunal peut déclarer la faillite indépendamment de la provocation des créanciers et d'office ». Una quantità di codici portano l'espressa disposizione che *soltanto la prova dell'insussistenza dei fatti su cui si fondò la dichiarazione può dar motivo legale al giudizio di revoca* (Argentina, art. 1398; Perù, art. 1081; Chili, art. 1388; Messico, art. 1534). Anche il codice Portoghese del

In conformità di questi principi la Corte d'appello di Roma 24 febbraio 1893 (*Temì romana* 121) giudicava che una volta dichiarato il fallimento per constatata cessazione dei pagamenti d'un commerciante, esso non può revocarsi, quand'anche si provi che il creditore che lo promosse non era tale per causa commerciale, e la Cassazione di Roma 9 giugno 1896, approvando altra sentenza della stessa Corte d'appello (11 giugno 1895), in un caso in cui la dichiarazione di fallimento era stata provocata da un socio già fallito del debitore e di cui si contestava l'interesse e il diritto a muovere simile domanda, proclamava: « non potersi revocare in dubbio la legittimità del provvedimento *provocato in qualsiasi modo e da chiunqueiasi*, quando il magistrato che lo emette ha il potere di provvedere indipendentemente da qualunque domanda, tolta la quale, il provvedimento sorreggesi per il dovere del magistrato di emmetterlo, datagli notizia dei fatti dei quali è conseguenza » (*Corte Suprema* 1896, II, 333), (1).

Ora applicando questi principii alla questione attuale, non può dubitarsi, secondo noi, che, una volta dichiarato dal tribunale il fallimento, qualunque dimostrazione s'intendesse dare della mancanza di diritto a farne domanda in colui che lo provocò sarebbe priva di scopo e inetta a sorreggere una istanza così in opposizione che in appello. La pronuncia, una volta emanata, si regge sul suo contenuto, il quale non rappresenta più un interesse privato di colui che la provocò, ma un vero e proprio interesse pubblico, che nessuna restrizione procedurale può render lettera morta. Quelle restrizioni erano cautele dirette a render meno facile un'indagine così delicata come quella della sol-

1888 (art. 708 § 1) enumera tassativamente i motivi possibili d'opposizione, escludendo ogni motivo d'ordine procedurale.

(1) Cf. anche Cassazione di Roma 21 febbraio 1889 (*Annali* 1889, pag. 172).

venza commerciale; ma una volta sfondato il velo, e reso pubblico il giudizio, esse non avrebbero più ragione di esistere, e si muterebbero in un ostacolo al ristabilimento dello stato di diritto, in una passiva adesione dei poteri pubblici alla illegalità riconosciuta.

Potrà almeno il debitore, di fronte alla violazione del patto commessa dal creditore, e, ostando l'interesse pubblico alla riduzione *in pristinum*, pretendere un risarcimento dei danni?

Io non credo. E mi par facile dimostrarlo. Bisognerebbe provare che esiste un danno e che esso è la conseguenza immediata e diretta dell'inadempienza dell'obbligo assunto dal creditore (art. 1229) (1). Ora, se il tribunale dichiara il fallimento dopo aver rigettata o trascurata l'istanza, cioè d'*ufficio*, la mancanza di connessione tra il danno e l'atto del creditore è evidente. Né si potrebbe obiettare che il creditore fornì al giudice l'occasione e gli elementi per la sua decisione, poichè, in quanto fece questo il creditore usò di una sua facoltà inalienabile, a cui non avrebbe mai potuto rinunciare. Ma anche se il giudice deliberò il fallimento in accoglimento diretto dell'istanza, ignorando il patto che vietava al creditore di produrla, o giudicandolo invalido, anche in questo caso non fu già l'istanza giudizialmente introdotta, ma la dimostrazione dello stato di cessazione la causa che produsse la dichiarazione di fallimento. E difatti per farsi consacrare il diritto ai danni, non basterebbe che il debitore (o il curatore per lui) impugnasse nel creditore il diritto di agire, bisognerebbe che

(1) L'art. 1221 dice veramente che colui che contravviene all'obbligazione di *non fare* « è tenuto ai danni *pel solo fatto della contravvenzione* ». Ma il significato di queste parole è notoriamente quello di escludere la necessità della messa in mora, non già la necessità di appurare che un danno ne sia conseguito, non concependosi obbligazione di danni, quando danni non vi sono.

impugnasse il diritto in lui d'informare il giudice del suo stato di cessazione, poichè altrimenti si potrebbe sempre rispondere che il tribunale avrebbe dovuto egualmente dichiarare il fallimento, *anche senza l'istanza*. Ma ancora una volta, questo diritto d'informazione o denuncia non può essere contrastato, neppure in base a precedente rinuncia convenzionale. Ciò equivale a dire, del resto, che il fallimento è pel commerciante in cessazione sempre un danno *meritato*, che egli deve ripetere non da altra causa che da quel suo stato, un danno perciò *non risarcibile*.

Altro è quando il fallimento pronunciato venga successivamente revocato per mancanza degli estremi di legge, ma in tal caso il danno dipende dalla ingiusta dichiarazione, e chi la provocò risponde o meno, secondochè si prova che abbia agito o meno con leggerezza o mala fede. E su quest'ultimo giudizio potrà avere influenza decisiva anche la considerazione dell'impegno assunto.

Oltre a ciò un danno è possibile a prodursi pel commerciante dal solo fatto di una domanda di fallimento a suo carico, anche se il giudice non l'accoglie. Ora nel caso nostro, sia che ciò avvenga perchè il giudice rigetti *in limine* la domanda dietro l'eccezione del *patto*, sia che avvenga perchè egli non ravvisi ricorrere gli estremi necessari, i danni in questo senso sarebbero, a mio credere, sempre dovuti dal creditore, o per il fatto della contravvenzione all'obbligo o per la temerarietà della sua azione.

Il patto di cui parliamo è dunque tale per sua natura, che la sua inosservanza manca di qualsiasi sanzione legale, proprio nel caso in cui si verifichi l'evento ad evitare il quale esso è stipulato dal debitore. Ciò stante, l'unico modo di renderlo utilizzabile e praticamente efficace è di annettervi una sanzione contrattuale, pattuendo con apposita clausola che *pel solo fatto* di presentare istanza o citazione diretta a domandare il fallimento del debitore,

contro l'impegno assunto di non farlo, il creditore incorrerà, per esempio, nella perdita del credito o in una penale determinata.

A me non pare che una convenzione in questi termini possa dirsi invalida, quando si tenga ben presente che essa non tende a spogliare il creditore del diritto spettante ad ogni cittadino di metter la giustizia sulle traccie di un reato com'è quello del fallimento dissimulato, ma tende soltanto ad impedire che egli si valga del diritto d'iniziativa processuale attribuitogli dalla legge in riguardo del suo credito e che costituisce un vantaggio tutto personale e perciò rinunziabile; cosicchè il debitore non deve a sua volta ripromettersi da tale convenzione altro guadagno, fuorchè quello di assicurarsi che quel suo creditore si considererà di fronte a lui nella posizione di ogni altro estraneo cittadino, cui mancherebbe bensì la veste per iniziare un giudizio di fallimento, ma non la facoltà di richiamare l'attenzione dell'autorità giudiziaria sul fatto abusivo della cessazione dei pagamenti. Quindi non potrebbe il debitore, col pretesto che le convenzioni vanno *eseguite di buona fede* (art. 1124), ritenere inadempiente il creditore che si fosse valso, non ostante il patto, del suo diritto di denuncia. Ma potrebbe invocare giustamente questo principio, se provasse che ha indotto ad agire, mercè corrispettivo, un altro creditore in luogo suo. E la penale incorsa dall'inadempiente andrebbe a vantaggio della massa.

Tale è la costruzione che io proporrei di questa figura, fin qui poco studiata, ma non priva affatto d'interesse pratico, che è il patto di non far dichiarare il fallimento del proprio debitore. Senza dubbio si ha qui una singolarità giuridica; se inerente alla figura in sé, o frutto di una teorica troppo artificiosa, altri potrà giudicarlo più imparzialmente di me.