

Anno (XII) 2023
Gennaio - Aprile
Fascicolo 1

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO DI DIREZIONE

Enrico Al Mureden, Laura Baccaglini, Sonia Carmignani, Vincenzo De Stasio, Massimo Franzoni, Francesco Antonio Genovese, Mariacarla Giorgetti, Giuseppe Grisi, Marino Marinelli, Daniela Memmo, Mauro Paladini, Carlo Rimini, Nicola Rondinone, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz, Abel Benito Veiga Copo

REDATTORE CAPO

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Cristina Asprella, Michela Bailo Leucari, Giovanni Battista Barillà, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Vincenzo De Sensi, Alessio Filippo Di Girolamo, Laura Durello, Mariangela Ferrari, Beatrice Ficarelli, Elena Gabellini, Federica Godio, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Andrea Lolli, Rita Lombardi, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Miguel Martínez Muñoz, Juan Pablo Murga Fernández, Alessandro Nascosi, Pietro Ortolani, Leonardo Netto Parentoni, Paolo Passaniti, Stefano Pellegatta, Giulio Peroni, Giacomo Pirotta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Alin Speriusi-Vlad, Tania Tomasi, Michelle Vanzetti, Alberto Villa, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO SCIENTIFICO

Paola Bilancia, Maria Costanza, Vincenzo Franceschelli, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Stefania Pacchi, Gabriele Racugno, Giuseppe Sbisà

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Vincenzo Ansanelli, Giulia Ballerini, Francesco Camilletti, Francesco Campione, Daniele Canè, Laura Castelli, Davide Corrarò, Fabiano De Santis, Pasqualina Farina, Federico Ferraris, Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Giusella Finocchiaro, Mauro Grondona, Lucio Imberti, Nicola Lucifero, Filippo Maisto, Alessandro Martini, Irene Mecatti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muronì, Fabrizio Piraino, Giacomo Pongelli, Carmelita Rizza, Luca Prendini, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Alessandro Semprini, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Renata Vieira Maia, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Caloni, Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING

Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)

www.e-p-a-p.com

email: info@e-p-a-p.com

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due revisori anonimi (*double blind peer review*) scelti nell'elenco pubblicato nel presente fascicolo.

I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche.

In caso di parere negativo il contributo non viene pubblicato.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (XII) 2023 – N. 1 – Gennaio – Aprile

ARTICOLI

| | |
|--|----|
| LAURA BACCAGLINI, <i>La rinegoziazione dei contratti di durata e il ruolo del giudice: considerazioni a margine dell'art. 10, comma 1, D.L. N. 118/2021</i> | 3 |
| ALESSANDRO SEMPRINI, <i>Affari amicali o familiari. Il discrimen tra la donazione remuneratoria e l'obbligazione naturale</i> | 21 |
| SEBASTIANO COSTA, <i>La Passivity Rule ai tempi dell'economia sostenibile: spunti per una prima analisi</i> | 38 |
| MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI, <i>Notas sobre uso da inteligência artificial na seleção dos recursos "representativos de controvérsia" nos tribunais superiores brasileiros (art. 1.036, cpc)</i> | 52 |

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a Sentenza

| | |
|---|----|
| ELENA MARINUCCI, <i>Ammissione al passivo al privilegio del credito di SACE s.p.a. in caso di ecussione della garanzia in corso di procedura e senza che il debito del beneficiario sia integralmente estinto</i> | 76 |
|---|----|

Sez. II – Osservatorio

| | |
|---|----|
| Giudicato – Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori – Autorità di cosa giudicata che copre implicitamente la validità delle clausole del titolo esecutivo – Principio di effettività della tutela del consumatore in base al diritto dell'Unione Europea e alle decisioni della CGUE del 17 maggio 2022 – Esame officioso del carattere abusivo delle clausole – Necessità – Conseguenze nel procedimento monitorio – Rimedio esperibile nel processo esecutivo – Opposizione <i>ex art. 650 c.p.c.</i> – Modalità.: Corte di Cassazione, Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479 | 82 |
|---|----|

**LA RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI DI DURATA E IL RUOLO
DEL GIUDICE: CONSIDERAZIONI A MARGINE DELL'ART. 10,
COMMA 2, D.L. N. 118/2021**

LAURA BACCAGLINI
*Professore associato
nell'Università di Trento*

SOMMARIO: 1. L'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 e la sua contestualizzazione: la composizione negoziata della crisi – 2. La collocazione dell'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 nel dibattito italiano e non solo sulla rinegoziazione – 3. L'obbligo di rinegoziazione dei contratti di durata nella composizione negoziata: le previsioni del CCII.

1. – Le riflessioni contenute nel presente lavoro sono il frutto di intervento, programmato in occasione dell'inaugurazione del XIX anno del corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, a margine delle relazioni tenute da S. Mazzamuto e M. Barcellona, dedicate alla prospettiva rimediale e alla interpretazione funzionale del diritto¹.

Nelle battute finali della sua relazione, il Professor Mazzamuto ricorda come in virtù delle caratteristiche del diritto privato europeo, che mira ad armonizzare il diritto dei Paesi membri rispetto ad obiettivi specifici di regolazione del mercato in chiave concorrenziale, il rimedio di diritto europeo rilevi “per una spiccata tendenza ad aggirare la fattispecie domestica, mutandone la dinamica effettuale (il recesso di pentimento, la nullità relativa delle clausole abusive, le nullità di protezione), oppure introducendo dei correttivi esterni alla fattispecie (le inibitorie o il risarcimento dei danni), senza peraltro alterarne la struttura”². A questo proposito, si è fatto l'esempio della disciplina europea della vendita di beni al consumo che, lungi dal riscrivere l'intera normativa del contratto, si è limitata ad introdurre un apparato rimediale che impone al venditore di adottare adeguati servizi post-vendita.

¹ Il convegno si è tenuto il 6 aprile 2022, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

² Disponibile ivi:
<https://webmagazine.unitn.it/fileswebmagazine/download/106413/laprospettivarimediadiale-disalvatoremazamuto.pdf>

Le sollecitazioni provenienti dalla relazione del Professor Mazzamuto, che sotto più angolature ha rimarcato la centralità dell'apparato rimediale, mi hanno indotto a riflettere su una novità normativa, che ha fatto capolino nel nostro ordinamento, introducendo un rimedio nuovo, che si muove in una direzione simile a quella del rimedio di diritto europeo che è stata ricordata, sebbene la sua introduzione in Italia non sia stata espressamente sollecitata da alcuna normativa europea di settore.

L'ambito di riferimento è quello della crisi di impresa (interessato dalla Direttiva UE n. 1023/2019, d'ora in poi anche Direttiva *Insolvency*); il rimedio è quello della rinegoziazione dei contratti, affidato al potere del giudice³. La norma che l'ha previsto è l'art. 10, comma 2, d.l. 24 agosto 2021 n. 118, convertito in l. 21 ottobre 2021 n. 147⁴, che ha legittimato la rinegoziazione per mano del giudice nell'ambito dei contratti di durata di cui sia parte un'impresa in crisi, quando la prestazione da questa dovuta sia divenuta eccessivamente onerosa per ragioni legate alla pandemia SARS-CoV-2, senza che (e questo a mio avviso è significativo) sia pendente alcuna procedura concorsuale.

Per meglio comprendere la portata di questa novità rimediale, appare opportuno contestualizzare le ragioni del suo ingresso nel sistema. Nonostante la sua collocazione temporale, il decreto-legge, che contiene quella norma, non è (tanto o soltanto) espressione della volontà dello Stato di attutire con misure emergenziali le conseguenze determinate dalle sopravvenienze della pandemia sui contratti pendenti; né deve trarre in inganno il fatto che l'intervento *iussu iudicis* nel campo della rinegoziazione equitativa delle condizioni di un contratto di durata sia concesso quando una delle parti contrattuali sia costituita da un'impresa in crisi. Benché la nozione di "crisi", impiegata dal legislatore, sia quella tecnica che si ritrova nella legge fallimentare, il potere di rinegoziazione che il giudice è chiamato ad esercitare si esprime in un contesto estraneo a quello di una procedura concorsuale, la cui apertura, come noto, altera il potere di un'impresa di disporre, in tutto o in parte, del proprio patrimonio, e talvolta legittima il ricorso al giudice chiamato ad incidere sulla sorte di un contratto.

Pur collocandosi nel periodo dell'emergenza sanitaria, il d.l. n. 118/2021 ha un contenuto e un obiettivo ben più ampi e articolati rispetto a quelli dei decreti legge che si sono succeduti in quel periodo. Esso ha rappresentato il

³ Senza che peraltro la Direttiva richiamata lo imponesse, come osserva L. PANZANI, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in www.dirittodellacrisi.it, 4 febbraio 2022.

⁴ Poiché, in fase di conversione in legge, la numerazione delle norme è rimasta inalterata, per comodità espositiva si farà riferimento nel testo al d.l. n. 118/2021.

primo tassello del lavoro compiuto dalla commissione nominata dal Ministro di Giustizia, nell'aprile del 2021, al fine di valutare l'opportunità di modificare il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza⁵ (nella versione restituita dal d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, la cui entrata in vigore, ripetutamente posticipata a causa dell'emergenza sanitaria, era fissata per il 1° settembre 2021) ovvero di disporre un ulteriore rinvio.

Con il d.l. n. 118/2021 il Governo ha optato per la seconda soluzione, complice senz'altro la necessità di adeguare il CCII alla Direttiva UE 1023/2019 sui quadri di ristrutturazione preventiva, da attuarsi entro il 17 luglio 2022. V'era la consapevolezza che se il CCII fosse entrato in vigore nel settembre 2021, di lì a pochi mesi sarebbe stato necessario provvedere alla sua modifica. Ed era probabilmente un prezzo troppo alto da far sopportare al mercato e agli operatori, in ragione della complessità normativa che caratterizzava il Codice della crisi già nella sua originaria versione.

Tuttavia, lo scopo del d.l. n. 118/2021 non si è ridotto solo a questo, perché – e in questo riposa l'originalità dell'intervento normativo – traendo spunto dalla Direttiva *Insolvency* si è voluto affiancare un nuovo strumento, a quelli già disciplinati dalla legge fallimentare. Lungi dall'introdurre una nuova procedura concorsuale, si è inteso istituzionalizzare la fase delle trattative che normalmente precedono la scelta dell'imprenditore di accedere ad uno strumento di regolazione della crisi (il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti, quali procedure di regolazione della crisi che la legge fall. prevedeva).

L'idea era quella di agevolare l'impresa (in stato di crisi o di insolvenza reversibile) nell'avviare e sviluppare le trattative con i propri creditori per ristrutturare i propri debiti, evitando però che questo dovesse necessariamente avvenire tramite l'accesso ad una procedura concorsuale. Questa, invece, era la modalità alla quale spesso i debitori ricorrevano, complice l'introduzione, con d.l. 22 giugno 2021, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134, della cd. domanda di concordato cd. in bianco *ex art.* 161, comma 6, l.fall.: l'impresa in crisi sceglieva di accedere ad un concordato preventivo, anche senza il deposito immediato di una proposta o un piano, per godere fin da subito della protezione del patrimonio (inibendo ai creditori l'esercizio delle azioni esecutive e cautelari sul proprio patrimonio, nel tempo necessario allo svolgimento delle trattative), e cominciare solo allora a trattare con i propri creditori, ma al prezzo di una compressione dell'autonomia gestoria dell'impresa, vedendosi esclusa la possibilità di pagare i debiti pregressi e di compiere atti di straordinaria amministrazione.

⁵ D'ora in poi, anche per comodità, CCII.

La composizione negoziata della crisi nasce proprio con l'intento di evitare questa evenienza, con l'obiettivo di regolamentare quella fase in cui l'impresa in crisi tratta con i propri creditori, senza costringerla ad accedere subito ad una procedura concorsuale: è un percorso immaginato per capire se vi sia lo spazio per una ristrutturazione aziendale senza ricorrere ad una procedura concorsuale di regolazione della crisi (quale che essa sia) o, se quel margine non vi sia, per accedervi, ma allora in modo più consapevole⁶. Ciò spiega perché la composizione negoziata della crisi non costituisca affatto una procedura concorsuale: l'imprenditore che sceglie di intraprenderla non subisce alcuno spossessamento, nemmeno in forma attenuata, non v'è alcun organo "della procedura", non v'è un ordine di distribuzione delle somme da seguire; soprattutto, non v'è l'obbligo di coinvolgere tutti i crediti. Al contrario, si è osservato, la selettività rappresenta una delle caratteristiche che connotano la composizione negoziata della crisi⁷.

Il tratto qualificante di questo percorso sta nel fatto che le trattative, che l'imprenditore intavola con i propri creditori, non si svolgono alla presenza del giudice. Piuttosto, è l'esperto che, in questa fase, riveste un ruolo chiave: una figura professionale, i cui tratti sono delineati dal d.l. n. 118/2021 e la cui nomina, non a caso, non compete al giudice, quanto piuttosto alla Camera di Commercio competente in ciò sollecitata dall'imprenditore, che l'apertura della composizione negoziata. L'esperto è chiamato ad assistere le parti (non solo l'imprenditore), a controllare l'attività dell'imprenditore (senza peraltro ingerirsi nella gestione dell'impresa) e a favorire la conclusione di una trattativa⁸.

⁶ I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa*, in *Diritto della crisi, Speciale. Le nuove misure di regolazione della crisi di impresa*, 2021, 7; S. AMBROSINI, *La «miniriforma» del 2021: rinvio (parziale) del CCII, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 919 ss.; F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi di impresa*, Milano 2022, 26; R. GUIDOTTI, *La crisi di impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in www.ilcaso.it, 8 settembre 2021, 2; L. PANZANI, *Il D.L. «Pagni» ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 giugno 2021, 3; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi*, in www.ilcaso.it, 18 maggio 2022.

⁷ I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit., 7.

⁸ Sul ruolo e i compiti dell'esperto, si v. A. GUIDOTTO, *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, in *Il fall.*, 2022, 1527 ss.; F. MICHELOTTI, *La gestione dell'impresa e il ruolo dell'esperto*, *ivi*, 2022, 1561 ss.; ma anche

La composizione è un percorso che il legislatore ha costruito in una logica di pesi e contrappesi: l'imprenditore è libero di gestire e amministrare il proprio patrimonio, senza subire alcuna forma di spossessamento; può compiere atti straordinaria amministrazione e può pagare, benché l'esperto – che ne deve essere informato – sia tenuto ad iscriverne il proprio dissenso nel registro delle imprese, ogniqualvolta l'atto non sia coerente con le trattative che si svolgono o comporti un pregiudizio agli interessi dei creditori. Con norma tutt'altro che programmatica, il d.l. n. 118/2021 stabilisce durante le trattative le parti si comportano secondo buona fede e correttezza: all'imprenditore è chiesto di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati, in modo trasparente e di gestire e amministrare l'impresa senza pregiudizio ingiustificato all'interesse dei creditori. A costoro, invece, è richiesta una partecipazione alle trattative in modo attivo e informato, rispettando l'obbligo di riservatezza e dando riscontro alle richieste e alle proposte, in modo tempestivo ed informato.

È in questo contesto, schiettamente negoziale, che il d.l. n. 118/2021 ha immaginato l'intervento del giudice in fase di rinegoziazione dei contratti di durata. Si tratta di uno dei pochi momenti in cui il giudice fa ingresso nella composizione negoziata, di là dall'ipotesi in cui il debitore intenda ottenere la conferma di misure protettive del patrimonio, di cui il debitore abbia inteso avvalersi sin dall'inizio del percorso, o chiede la concessione di provvedimenti cautelari necessari a portare a termine le trattative⁹.

i contributi pubblicati a più mani in (a cura di R. GUIDOTTI, S. BONFATTI), *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata per la crisi di impresa*, Torino, 2022.

⁹⁹⁹ Su questi profili, si v. M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, in *www.ilcaso.it*, 24 dicembre 2021; G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. n. 118/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, 282; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi*, *ivi*, 18 maggio 2022; se si v. L. BACCAGLINI, *Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, nella composizione negoziata della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 635 ss.; EAD., *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali*, in *Il fall.*, 2022, 1091 ss.

Oltre alla conferma delle misure protettive, e/o al rilascio di provvedimenti cautelari, vanno ricordati i poteri di autorizzazione che il tribunale può esercitare se sollecitato dal debitore (art. 10, comma 1, d.l. n. 118/2021). Ancora una volta, però non si tratta di un nulla osta senza il quale gli atti in questione non acquistano efficacia. Al contrario, si ricorre al giudice quando si intenda accedere, per così dire, ad un beneficio: è il caso (i) dei finanziamenti, che se autorizzati dal tribunale, possono ambire al crisma della prededucibilità (il che significa: se la composizione negoziata dovesse fallire, con conseguente apertura di una liquidazione giudiziale,

Quanto alla rinegoziazione, il comma 2 di quella norma prevede che, in presenza di contratti di durata, quando la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, in ragione della Pandemia (il richiamo è *per tabulas*), l'esperto debba invitare le parti a rideterminare il contenuto delle clausole contrattuali. Se la negoziazione tra le parti non riesce, sarà il giudice, su domanda del debitore, a rideterminare equamente il contenuto le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Aggiunge, poi, la norma – dal cui raggio applicativo sono esclusi i contratti di lavoro dipendente – che il tribunale, in caso di accoglimento della domanda, assicura l'equilibrio tra le prestazioni, anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo.

2. – La previsione dell'art. 10, comma 2, non può passare (né in effetti è passata) inosservata, perché immette nel settore dei contratti (sia pur dei soli contratti di impresa, di cui sia parte un soggetto in crisi) un rimedio inedito: quello della rideterminazione equitativa del contenuto negoziale da parte del giudice. La novità si apprezza nel fatto che, in presenza di ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta, il nostro sistema contempla soltanto il rimedio della risoluzione e, solo se proposto, la parte contro cui è stata domandata la risoluzione può evitarla, offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto¹⁰. È ciò che prevede l'art. 1467, comma 3, c.c., che certo non prospetta una soluzione del tutto adeguata al problema delle sopravvenienze, perché la revisione del contratto a prestazioni divenute inique è permessa alla parte che avrebbe meno interesse al riequilibrio.

Certo, nella disciplina civilistica di alcuni contratti di durata di cui sia parte un'impresa, non manca una (sia pur timida) apertura alla rinegoziazione, in caso di sopravvenienze: è quanto si stabilisce in tema di appalto, là dove si prescrive alle parti di rivedere in corrispettivo dovuto, in

colui che avrà erogato credito potrà essere soddisfatto in prededuzione) e (ii) della cessione d'azienda che, se autorizzata, libera il cessionario dal vincolo di solidarietà con il cedente, quanto al pagamento dei debiti pregressi.

¹⁰ La letteratura civilistica in argomento è molto vasta. Per tutti, si rinvia a P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano, 1995; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, 304 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, ma già ID., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 480 ss.; T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. Dir. priv.*, 2007, 1095 ss. .

luogo della risoluzione del contratto, in caso di sopraggiunta onerosità della prestazione o di difficoltà di esecuzione, dovute all'aumento delle materie prime (art. 1664 c.c.)¹¹.

È in questa direzione che si muove l'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021, con il quale, per la prima volta, si introduce nel sistema italiano un dovere di rinegoziazione del contenuto del contratto. Un dovere, questo, declinato nei termini di un'obbligazione non di mezzi ma di risultato: tant'è vero che, in caso di fallimento della rinegoziazione, condotta anche tramite l'ausilio dell'esperto, il debitore potrebbe sollecitare un intervento manutentivo del contratto, ad opera del giudice¹².

Il rimedio giudiziale introdotto è tanto prorompente quanto più si considera che, nemmeno quando l'impresa in crisi abbia chiesto l'apertura di una procedura concorsuale, è attribuito al giudice un potere così ampio: nell'ambito di un concordato preventivo, l'art. 169-bis l.fall. e, oggi, l'art. 97 CCII legittimano il debitore concordatario a chiedere al giudice di sospendere temporaneamente il contratto o ad esercitare un diritto potestativo di scioglimento del contratto, previo pagamento di un indennizzo al contraente *in bonis*, quando la prosecuzione di quel contratto non è coerente con le previsioni del piano di concordato né è funzionale alla sua esecuzione¹³. Nessun potere di rinegoziazione in capo al giudice

¹¹ Un rimedio, quello introdotto dall'art. 1664 c.c., che si conforma ad un *modello conservativo* di gestione del rischio che privilegia le ragioni dell'efficiente allocazione delle risorse. Così M. BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 232 (cui appartengono i corsivi).

¹² Su cui si v. M. FABIANI, I. PAGNI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata della crisi (e viceversa)*, cit., 14 ss.; G. LENER, *Appunti sull'autonomia privata e sulla rinegoziazione nel d.l. 118/2021*, in *Diritto della crisi. Speciale*, cit., 172 ss.; L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del Covid*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 agosto 2021; M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi di impresa*, in *Il fall.*, 2022, 10 ss.; R. BROGI, *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, *ibid.*, 2021, 1548 ss.; R. RORDORF, *Interferenze tra diritto della crisi e dell'insolvenza e diritto dei contratti*, in www.dirittodellacrisi.it, 28 gennaio 2022; ID., *Autonomia negoziale e "giustizia del contatto" in tempo di pandemia*, in *Quest. e giustizia*, 2 marzo 2022; F. MACARIO, *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, in *I Contratti*, 2022, 5 ss.; S. MANSOLDO, *Trasferimento d'azienda e rinegoziazione dei contratti*, in (diretto da M. IRRERA, S. CERRATO e coordinato da F. PASQUARIELLO) *La crisi di impresa e le nuove misure di risanamento*, Bologna, 2022, 188 ss.; M. SPIOTTA, *(Imprenditore) Inadimplenti (ma non ancora viable) est adimplendum?*, in www.dirittodellacrisi.it, 12 novembre 2021; V. DI CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, cit., 689 ss.

¹³ R. BROGI, *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, cit., 2021, 1558.

concorsuale è mai stato concesso rispetto alle clausole di un contratto la cui permanenza fosse funzionale alla continuità di impresa: e ciò perfino nel CCII, che ha costruito una disciplina concorsuale fortemente orientata al *going concern*.

È quanto, invece, il d.l. n. 118/2021 riconosce al giudice, in pendenza di una composizione negoziata, in un contesto, quindi, in cui l'imprenditore è oltretutto *in bonis*.

In questo senso, dunque, si può dire che l'art. 10, comma 2, d.l. n.118/2021 si inserisce appieno nel dibattito che da tempo interessa gli interpreti e che è sfociato qualche anno fa in una proposta di legge. Ci si riferisce al d.d.l. n.1151, presentato nel 2019 che, nel delegare il governo alla riforma del codice civile, prevede all'art. 1 lett. i), che in caso di prestazioni divenute eccessivamente onerose per cause eccezionali e imprevedibili, le parti possono pretendere la rinegoziazione secondo buona fede, o, in caso di mancato accordo, chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali, in modo che sia ripristinata la proposizione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti medesime¹⁴. Si tratta – lo si ripete – di un disegno di legge, che si pone in linea con quanto già prevedono altri sistemi giuridici, vicini anche topograficamente al nostro¹⁵. L'art. 1195 *Code civil* francese, riformato nel 2016, prescrive che qualora si verifichi un mutamento imprevedibile delle circostanze, avute presenti al tempo della conclusione del contratto, tali da rendere l'esecuzione eccessivamente onerosa per la parte che non aveva assunto il relativo rischio, questa può chiedere la rinegoziazione alla controparte. In mancanza di accordo ragionevole, il giudice può, ad istanza di parte, revisionare il contratto o porvi fine. Norma, dunque, di carattere generale, sganciata da ogni riferimento alla natura imprenditoriale della parte contrattuale, alla tipologia contrattuale, e soprattutto destinata a trovare applicazione anche al di fuori di una situazione di crisi¹⁶.

¹⁴ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01106422.pdf>. Per un commento al disegno di legge, F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus civile*, 2019, 397 ss.

¹⁵ In arg. anche per un'analisi comparata, si v. F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, V, 2020, 102 ss.

¹⁶ Per un commento alla normativa francese, V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 392; nonché TUCCARI, *Prime considerazioni sulla «révision pour imprévision»*, in *Persona e mercato*, 2018, 1130.

Una previsione (solo in parte) analoga a quella francese è contenuta nel § 313 BGB tedesco¹⁷ e nella stessa direzione si muovono anche alcune iniziate di *soft law*. Il riferimento è qui ai Principi Unidroit (*Principles of International Commercial Law*), che al ricorrere di circostanze suscettibili di alterare l'equilibrio del rapporto contrattuale (c.d. *hardship*), riconoscono alla parte svantaggiata il diritto di domandare al giudice la rinegoziazione del contratto, nell'ottica del ripristino dell'originario equilibrio¹⁸. Vengono, poi, in rilievo i c.d. PECL (*Principles of European Contract Law*), che contemplano, oltre all'obbligo di rinegoziare, anche il potere del giudice di condannare al risarcimento del danno la parte che rifiuti di farlo o lo faccia in spregio della correttezza e buona fede¹⁹.

L'introduzione dell'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 ha certamente risentito degli stimoli provenienti da altri ordinamenti; è altrettanto innegabile che, nella costruzione della norma, il legislatore d'urgenza abbia tenuto conto anche degli esiti del dibattito apertosi tra gli interpreti nel periodo pandemico, prendendo posizione anche rispetto a quei tentativi, non solo giurisprudenziali ma anche dottrinali, di incardinare sulla buona fede contrattuale integrativa il fondamento di un obbligo di rinegoziazione del contratto²⁰. Spicca tra tutti, la Relazione dell'Ufficio del Massimario della

¹⁷ Benché in Germania, non sia affatto certo che questa norma, pur obbligando le parti a rinegoziare, legittimi l'intervento del giudice, volto ad incidere sul contenuto del contratto, ove l'autonomia negoziale non raggiunga il risultato di una modifica. Si v. per la traduzione italiana del § 313 BGB, P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in (a cura di) G. CIAN, *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* (atti del convegno di Padova 7-8 marzo 2003), Padova, 2004, 10. In arg. anche F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 825 ss. testo (e nt. spec. 33-34).

¹⁸<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (principle 6.2.3).

¹⁹https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_101 (si v. in particolare il Principle 6:111), sui quali M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 238.

²⁰ In questa sede, sarebbe impossibile dar conto dei numerosi contributi dedicati al problema e alle possibili soluzioni in tema di sopravvenienze contrattuali da coronavirus. Tra i molti, A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del Coronavirus)*, in www.giustiziacivile.com, 4 giugno 2020; M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella negoziazione del contratto*, in *Contratti*, 2020, 485 ss.; G. A. TRIMARCHI, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle regole tradizionali e ruolo delle "clausole generali"*, ivi, 2020, 433 ss.; A. PINORI, *Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus nell'esecuzione dei contratti*, in *Contratto e Impresa*, 2020, 1192 ss.; A. GENTILI, *Una proposta di contratti d'impresa al*

Corte di Cassazione, datata 8 luglio 2020²¹. Essa – proprio valorizzando il ruolo della buona fede nell’esecuzione del contratto – ha ipotizzato, ancorché cautamente, di far leva sul rimedio previsto dall’art. 2932 c.c., per l’ipotesi in cui una parte si rifiuti di rideterminare il contenuto delle clausole contrattuali²². Si è così giunti a ritenere ammissibile una pronuncia che tenga

tempo del Coronavirus, in *www.giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; L. BALESTRA, *Pandemia, attività d’impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1153 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020, 581 ss.; V. DI CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, in *Orizz. Dir. comm.*, 2020, 689 ss.; F. MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un’occasione per riflettere sulla disciplina generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 80 ss.; G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, *ibid.*, 2020, 57 ss.; G. SICCHIERO, *L’equità correttiva*, in *Contratto e impresa*, 2021, 1174 ss.; R. SENIGAGLIA, *Le attuali sopravvenienze contrattuali tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Jus civile*, 2021, 3 ss.; M. FRANZONI, *Il covid-19 e l’esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1 ss.; S. LEUZZI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione dei contratti di impresa*, in (a cura di) S. AMBROSINI, *Le crisi d’impresa e del consumatore dopo il d. l. 118/2021. Liber amicorum Alberto Jorio*, Bologna, 2021, 1067 ss.; U. CARNEVALI, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, in *I contratti*, 2022, 145 ss.; V. LENOCI, *La modifica dei contratti tra emergenza Covid e buona fede*, in (a cura di) L. CALCAGNO F. DI MARZIO, A. FAROLFI, *Composizione negoziata della crisi e concordato semplificato. Quaderni della Scuola Superiore della magistratura*, di imminente pubblicazione, 177 ss.

²¹ Si tratta della Relazione 8 luglio 2020, n. 56, relativa alle “*Novità normative sostanziali del diritto ‘emergenziale’ anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*”, https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf.

²² Nella relazione richiamata (pag. 80), infatti, si ipotizzava un intervento del giudice, in virtù di un richiamo analogico dell’art. 2932 c.c., solo qualora “dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a stabilire l’equilibrio negoziale”, tanto da far emergere – come è stato scritto – più che un’ipotesi di accordo delle parti sull’oggetto del contratto, una “bozza” di accordo virtuale già chiaramente raggiunto. Uno spazio di intervento giudiziale che lo stesso A. di quella relazione, anche in un contributo di poco successivo, ha definito angusto, a chiarire, in altri termini, un ricorso cauto e circoscritto all’applicazione analogica dell’art. 2932 c.c. S. LEUZZI, *Considerazioni sistematiche sulla rinegoziazione dei contratti di impresa*, in (a cura di) S. AMBROSINI, *Le crisi d’impresa e del consumatore dopo il d. l. 118/2021. Liber amicorum Alberto Jorio*, Bologna, 2021, 1083. In termini perplessi si v. F. ANGIOLINI, *Sopravvenienze contrattuali e composizione negoziata*, in *Dir. fall.*, 2022, 610.

luogo di un assetto contrattuale non raggiunto dall'autonomia privata: una sentenza costitutiva rinegoziante, come è stata criticamente definita²³.

Con la previsione dell'art. 10, comma 2, il legislatore dell'emergenza non è certo giunto a tanto. Nonostante la portata irrompente della norma in un sistema che, a fronte di una sopravvenienza perturbativa dell'equilibrio contrattuale, legittimava il solo rimedio giudiziale della risoluzione in capo alla parte non inadempiente – ammettere che il legislatore abbia voluto riconoscere, con una norma-pilota, l'esercizio della giurisdizione per clausole generali sarebbe affermazione frettolosa e affrettata²⁴. Mi pare che militi verso un'opposta conclusione non tanto e non solo il fatto che l'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 costituisca una norma settoriale ed emergenziale (posto che la sopravvenienza è legata alla Pandemia), quanto (e soprattutto) il modo con il quale quella norma è stata confezionata.

Già da tempo si osservava che, nel contesto dei contratti commerciali, la scelta se e come conservare il contratto non possa che spettare all'imprenditore: è difficile immaginare che il giudice, cui sia richiesto *in thesi* di ricostruire un nuovo equilibrio tra le prestazioni disponga delle informazioni (relative al contesto e alle condizioni delle parti) e delle competenze (conoscenza del settore di mercato, andamento domanda-offerta, sviluppi tecnologici) necessarie per poter decidere²⁵. Si è osservato che permettere al giudice di incidere sul contenuto di un contratto, solo invocando le clausole generali di equità e buona fede, e di farlo, oltretutto, in un settore come quello dei contratti di impresa, probabilmente rischia di produrre risultati che vanno al di là anche delle aspettative del contraente, che abbia proposto domanda²⁶.

²³ A. BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia delle parti*, in www.giustiziaciivile.com, 7 ottobre 2020.

²⁴ In questo senso, anche M. SPIOTTA, *(Imprenditore) Inadimplenti*, cit., 6; F. MACARIO, *La composizione negoziata della crisi*, cit., 10; O. CAGNASSO, *Sopravvenienze da svilimento della controprestazione alla luce della crisi da pandemia*, in orizzontideldirittocommerciale.it/wp-content/uploads/2022/05/Cagnasso_Sopravvenienze-da-svilimento-della-controprestazione-alla-luce-della-crisi-da-pandemia.pdf, relazione tenuta al XIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei Professori Universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale"; G. LENER, *Appunti sull'autonomia privata*, cit., 174.

²⁵ P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, Milano, 2016, 72.

²⁶ Così, quasi letteralmente, M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione della crisi d'impresa*, in *Il fall.*, 2022, 10; ma già I. PAGNI, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del*

Né, del resto, una siffatta soluzione sarebbe seriamente coltivabile sul piano processuale. Da un lato, vi osterebbe il *numerus clausus* dei rimedi costitutivi (art. 2908 c.c.)²⁷; dall'altro lato, quand'anche si volesse invocare – come si è provato a fare²⁸ – il ricorso in via analogica dell'art. 2932 c.c. (che di per sé è ammessa se si ritiene che le pronunce costitutive rispondono ad un principio di tipicità) non v'è chi non veda come un conto è legittimare il promissario acquirente ad ottenere dal giudice una pronuncia che tenga luogo degli effetti del definitivo non concluso, dunque di un programma negoziale che è già stato definito autonomamente dalle parti; altro conto sarebbe legittimare il giudice alla redazione di un programma negoziale, perché in questo modo gli si consentirebbe di incidere dall'interno sul contratto²⁹.

giudice, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 370; v. anche R. RORDORF, *Interferenze tra diritto della crisi e dell'insolvenza e diritto dei contratti*, cit., 9.

²⁷ Sulla tipicità delle azioni costitutive, per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 31; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 1980, 146; ma v. di recente, per una diversa soluzione, A. CHIZZINI, *Dell'ammissibilità di azioni costitutive a fondamento negoziale*, in *Scritti in memoria di Franco Cipriani*, Napoli, 2020, 47 ss., secondo cui l'autonomia privata potrebbe istituire dei casi di azione costitutiva e non sarebbe dunque da prendere alla lettera quel requisito di tipicità che pur compare nell'art. 2908 c.c.

²⁸ Il richiamo è alla Relazione dell'Ufficio del Massimario, 8 luglio 2020, cit.

²⁹ Il che a rigore – lo osserva, per assurdo, I. PAGNI, *Crisi d'impresa*, cit., 373 – varrebbe ad ammettere che il giudice possa sindacare i profili di congruità e di opportunità, nella scelta compiuta dal datore di lavoro di licenziare un soggetto per giustificato motivo oggettivo, o riscrivere una delibera assembleare, che sia stata impugnata *ex art.* 2378 c.c.

Diverso sarebbe lavorare sull'integrazione del contratto e immaginare una realizzazione della rinegoziazione all'interno del processo, come in dottrina si è cercato di sostenere, presupponendo che, a fronte di una domanda di risoluzione proposta dalla parte non inadempiente, l'altra proponga in via di eccezione una modificazione equa delle condizioni originariamente proposte e il giudice, invocando l'art. 1467 comma 3, c.c. faccia propria quella proposta, forzando un poco (ma forse non troppo) il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (così A. BRIGUGLIO, *Tre stili di esercizio della giurisdizione civile di fronte alla Pandemia (con postilla sulla determinazione "cautelare" dei canoni di locazione)*, in www.giustiziacivile.com, 17 febbraio 2021). Si finirebbe in questo modo per raggiungere risultati non lontani da quelli della "pronuncia costitutiva rinegoziante", di cui alla relazione del massimario, ma quel risultato sarebbe ancorato a presupposti più ortodossi e a condizioni ben precise (la proposizione da parte della parte non inadempiente di una domanda di risoluzione per inadempimento).

Sono considerazioni che il legislatore del d.l. n. 118/2021 aveva ben presenti, così come aveva ben chiaro che – proprio nel periodo della Pandemia – si era assistito ad un proliferare eterodosso del ricorso cautelare d’urgenza ex art. 700 c.p.c., spesso mostrando di confondere l’atipicità del contenuto del provvedimento con l’ampiezza del potere di intervento negoziale³⁰.

Mi riferisco a quella generale tendenza (alla quale da tempo si assiste) di ricorrere al provvedimento d’urgenza dal contenuto innominato come nuova fucina di situazioni giuridiche soggettive: dove si rinviene un interesse di fatto (nella forma di un’aspettativa ad una certa attività pubblica o privata) sono stati individuati (ora d’improvviso ora nel corso del tempo) gli estremi di un diritto soggettivo³¹. Per quanto innominato possa essere il contenuto di un provvedimento d’urgenza, esiste pur sempre il limite dettato dall’impossibilità di ricorrervi per ottenere un effetto che le parti non possono conseguire in sede di merito³². Il che, *de jure condito*, quanto all’ammissibilità di un giudicato costitutivo di rideterminazione equitativa del contratto, non è predicabile.

Queste preoccupazioni spiegano, a mio avviso, la cautela adottata dal d.l. n. 118/2021, nell’attribuzione del potere di rinegoziazione in capo al giudice³³. Il che emerge, sul piano sostanziale, dalla lettura dei circoscritti presupposti su cui si fonda la previsione dell’art. 10, comma, 2: l’operatività della previsione normativa nei soli contratti di durata, se è vero come è vero

³⁰ Con queste parole, I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit. 15. Si v. nel senso criticato nel testo, Trib. Roma, 16 dicembre 2020, *Dejure*; Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 2439, con nota di P. GALLO, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento – emergenza covid e revisione del contratto*; Trib. Lecce, 24 giugno 2021, in *I contratti*, 2022, 51, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, D. MATERASSI, *Rinegoziazione del contratto di locazione commerciale a causa del Covid-19: è applicazione del principio di buona fede* (ma in senso contrario, Trib. Roma, 15 gennaio 2021, in *Dejure*). Sul punto, anche A. PISA, *Pandemia, locazioni commerciali e giustizia contrattuale: l’incerta avanzata dell’obbligo legale di rinegoziare*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1295 ss.

³¹ Quasi con queste parole, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, in (a cura di S. CHIARLONI), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 400; R. MARTINO, *Tutela innominata d’urgenza e discrezionalità del giudice (brevi note a margine di un recente volume su “i provvedimenti d’urgenza”)*, in *Giust. proc. civ.*, 2016, 939 I. PAGNI, voce *Provvedimenti d’urgenza*, in *Enc. Giur. Sole 24ore*, XII, Bergamo, 2007, 489.

³² Lo rammenta, proprio in critica a qualche pronuncia giurisprudenziale, che in via d’urgenza ha rideterminato il canone di locazione (Trib. Roma, 16 dicembre 2020), A. BRIGUGLIO, *Tre stili di esercizio della giurisdizione*, cit.

³³ In ciò raccogliendo alcune intuizioni e proposte avanzate da A. GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del coronavirus*, cit.

che la composizione negoziata dovrebbe servire a garantire la continuità di impresa; una ben circoscritta individuazione della sopravvenienza di fatto (legata alla pandemia); una rinegoziazione concessa per un tempo strettamente necessario, priva di qualsiasi effetto novativo sul contratto, cui si accompagna un indennizzo alla controparte. La prudenza del d.l. n. 118/2021 trova, a mio avviso, conferma anche nelle scelte processuali compiute dal legislatore che ha optato per un rito che non è quello cautelare: il provvedimento è concesso nelle forme del rito camerale (art. 737 ss. c.p.c.), volutamente limitato da un punto di vista temporale, le cui sorti sono sganciate dalla proposizione, anche a rime invertite, di una domanda di merito, come invece sarebbe accaduto se si fosse immaginato l'intervento del giudice *ex art. 700 c.p.c.*

3. – L'art. 10, comma 2, è norma che non ha trovato riscontro nella prassi. Non si registrano allo stato pronunce rinegozianti che su di essa si fondi, verosimilmente in ragione della specifica individuazione di una specifica figura di sopravvenienza. La mancanza di materiale giurisprudenziale rappresenta un'occasione mancata per riflettere sul modo con il quale la giurisprudenza avrebbe potuto declinare i limiti temporali della rideterminazione, individuare le modalità dell'equo indennizzo, stabilire se e fino a che punto la rinegoziazione fosse strumentale alla continuità di impresa.

Il 17 luglio 2022 è entrato in vigore il CCII: il titolo II contempla anche la composizione negoziata, confermandone il ruolo di segmento negoziale che precede una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza. La disciplina che si legge negli artt. 12-25 *septies* CCII diverge solo marginalmente da quella contenuta nel d.l. n. 118/2021, ad eccezione proprio della norma dedicata alla rinegoziazione dei contratti.

L'art. 17 CCII conferma il potere dell'esperto di invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Si amplia in questo modo l'ambito oggettivo della sopravvenienza, non più limitata alla pandemia SARS-CoV-2. Si specifica che le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto negoziale, adeguando le prestazioni alle mutate condizioni. Viene meno però il potere della parte, in caso di fallimento delle trattative, di ricorrere al giudice per ottenere una pronuncia che ridetermini il contenuto delle clausole contrattuali. Ciò che resta e viene codificato è l'obbligo per le parti di rinegoziazione, sul quale per la verità la dottrina civilistica da tempo è concorde. Viene meno invece l'individuazione del rimedio.

Ora che un meccanismo di rinegoziazione coattiva non c'è più (impregiudicato quello legato alla Pandemia che ancora continuerà ad operare); ora che la rinegoziazione del contratto torna ad essere per le parti un'obbligazione di mezzi e non di risultato, vien fatto di chiedersi se – qualora essa non dia frutti – il rimedio, a fronte di una sopravvenienza in fatto, possa essere solo di tipo risolutivo³⁴. La risposta, a mio avviso, non è così *tranchant*.

Tutto il sistema di regolazione della crisi e dell'insolvenza, quale uscito dal CCII, poggia sul valore della solidarietà, e sui doveri di correttezza e buona fede in capo alle parti: doveri che vengono codificati, tra i principi generali, e che ricorrono in capo al debitore tanto quanto in capo ai creditori, nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza³⁵. Lo stabilisce l'art. 4, comma 1, CCII, che al comma 4 precisa – per quanto qui rileva – che i creditori hanno il dovere di collaborare con il debitore e con l'esperto anche nell'ambito della composizione negoziata, come poi ribadisce l'art. 16, comma 6, CCII. Si tratta, a mio avviso, di una previsione di rilievo perché se si ritiene, come credo, che essa abbia un valore precettivo³⁶ e non solo programmatico, allora è necessario individuare quali reazioni l'ordinamento preveda per il caso della loro violazione³⁷. Ed è qui che viene in gioco (beninteso: sotto una veste diversa da quella eterodossa spesso rivestita negli ultimi tempi) il ricorso al provvedimento cautelare di carattere innominato. Si tratta di un rimedio che trova spazio nell'ambito della composizione negoziata della crisi. Secondo l'art. 19 CCII (che in ciò si limita a riprodurre l'art. 7 d.l. n. 118/2021), il debitore che acceda alla composizione negoziata della crisi può domandare al giudice competente la concessione di provvedimenti cautelari necessari a condurre a termine le trattative: pertanto (anche) a preservare il *going concern*, visto che è al

³⁴ Che è prospettiva a molti parsa inadeguata, anche in un contesto come quello della composizione negoziata, la cui finalità è ricercare un accordo con i creditori al fine di garantire la continuità aziendale. Da ultimo, V. CARIDI, *Contratti pendenti e procedimenti per la soluzione negoziata della crisi*, in (a cura di) D. VATTERMOLI, V. CARIDI, *Contratti pendenti e crisi d'impresa*, Pisa, 2022, spec. 86.

³⁵ M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, cit., spec. 10 ss.; ID., *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, ivi, 2022, 1173; R. BROGLI, *Clausole generali e diritto concorsuale*, ivi, 2022, 885 ss.

³⁶ In argomento, anche per riferimenti, v. M. SPIOTTA, *Ruolo dei creditori nella composizione negoziata della crisi*, in *Fall.*, 2022, 1277 s.

³⁷ Ancora, M. FABIANI, *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, cit., 1178.

risanamento dell'impresa che la composizione negoziata tende. Provvedimenti, dunque, atipici, come lo sono quelli previsti dall'art. 700 c.p.c., destinati ad operare in via residuale, là dove la finalità perseguita non sia garantita dall'operare delle misure protettive del patrimonio.

Se va negato che ai provvedimenti cautelari possa ricorrersi per ottenere in via d'urgenza un effetto che, nemmeno in sede di merito *de jure condito* sarebbe conseguibile, non è per converso da escludere il rimedio cautelare atipico quanto meno per costringere il creditore che senza motivo si rifiuti di sedere al tavolo delle trattative: una misura provvisoria, insomma, che condanni il creditore ad un *facere* che, pur essendo *infungibile*, è comunque riconosciuto dal sistema, che oggi codifica l'obbligo di rinegoziare di secondo buona fede (art. 16, comma 6, CCII, come anticipato): un'obbligazione di mezzi, insomma, non di risultato³⁸. Si tratterà di una misura cautelare la cui effettività potrà giocarsi tramite la condanna al pagamento di una penalità di mora *ex art. 614-bis c.p.c.*, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento³⁹. Quella del giudice sarà un'indagine molto

³⁸ In termini diversi, sembra invece esprimersi, se ben si comprende, F. ANGIOLINI, *Sopravvenienze contrattuali e composizione negoziata*, cit., 601.

³⁹ Tema, quello della coercibilità indiretta, indagata anche dalla civilistica italiana. Ci si limita qui a richiamare alcuni dei tanti scritti di S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; ID., *Dell'esecuzione forzata (art. 2910-2933)*, in (a cura di G. DE NOVA), *Commentario del codice civile e dei codici collegati Scialoja Branca*, Bologna, 2020, ID., *La coercizione indiretta*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 465.

Sull'ammissibilità di una pena di mora che accompagni il ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, quando l'obbligo di *facere* del resistente ha carattere *infungibile*, Trib. Grosseto, 23 aprile 2020, in *Dejure*; Trib. Roma, 7 aprile 2017, *ivi*; Trib. Cosenza, 20 luglio 2016, in *www.ilcaso.it*, che ha disposto una penalità di mora, dopo aver condannato in via d'urgenza alla cancellazione di una illegittima segnalazione presso la Centrale Rischio; Trib. Bari 16 luglio 2016, in *Giur. it.* 2017, 839; Trib. Genova, 28 ottobre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, 1053; Trib. Reggio Emilia 15 aprile 2015, in *Giur. it.*, 2015, 2382, con nota di G. FRUS, *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce*. In dottrina, E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1547; C. CONSOLO-F. GODIO, *Sub art. 614-bis*, in (diretto da) C. CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2018, 1332 ss.; S. RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1479; S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.*, 2014, 736; S. VINCRE, *Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la Riforma del 2015*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 377 ss.; V. J. D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, *ivi*, 2014, 718; A. MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, 122; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le*

delicata, non solo e non tanto per la quantificazione della penalità di mora, ma anche per la determinazione della durata della misura coercitiva (requisito oggi introdotto dal nuovo art. 614-bis c.p.c., come modificato dal d.lgs. 149/2022⁴⁰ ed in ogni caso imprescindibile nel contesto della composizione negoziata, che è essa stessa un percorso a tempo): certo, quali saranno i risultati che, in concreto, quella condanna in via d'urgenza a negoziare comporterà sulla concreta rideterminazione delle clausole contrattuali, saranno solo le parti a poterlo determinare, trattandosi – lo si ribadisce di un'obbligazione di mezzi e non di risultato.

THE RENEGOTIATION OF LONG-TERM CONTRACTS AND THE ROLE OF THE JUDGE: ART. 10(2) OF LEGISLATIVE DECREE NO. 118/2021

L'articolo affronta un tema che è tornato alla ribalta nel periodo della pandemia: il potere del giudice di adattare il contratto, al fine di distribuire tra le parti in modo giusto ed equo le perdite e i guadagni derivanti dal cambiamento delle circostanze. L'attenzione si concentra volutamente su una recente norma di legge in materia di diritto societario e fallimentare a favore di un imprenditore che si trovi in difficoltà finanziarie. Questa norma è contenuta nel decreto legge n. 118/2021 che ha introdotto in Italia la composizione negoziata, con l'obiettivo di regolare le trattative che normalmente precedono un quadro di ristrutturazione preventivo. In questo contesto, si consente al tribunale, su istanza del debitore, di adeguare il contratto, subordinandolo al rispetto di una serie di presupposti, tra cui la pandemia di Covid-19, come motivo di eccessiva onerosità della prestazione. Lo scopo dell'art. 10, comma 2, è garantire la continuità aziendale dell'impresa in difficoltà. L'autore analizza tale norma e si chiede se e attraverso quali rimedi processuali, nel contesto della crisi, sia possibile – quando la sopravvenienza è di diversa natura - costringere la controparte a rinegoziare il contratto. L'autore analizza tale norma e si chiede se e attraverso quali rimedi processuali, nel contesto della crisi, sia possibile – quando la sopravvenienza è di diversa natura – costringere la controparte a rinegoziare il contratto.

The paper deals with a topic that has come back to the fore in the pandemic period: the power of the court to adapt the contract with the aim to distribute between the parties the losses and gains resulting from changed circumstances, in a fair and equitable manner. The focus here is deliberately on a recent rule of law, related to corporate and bankruptcy law, in favour of an entrepreneur in financial difficulty. This rule is set out in Decree-Law No.

obbligazioni di fare infungibile e di non fare, in Rass. Forense, 2009, 727. In senso favorevole all'applicazione dell'art. 614-bis c.p.c. come novellato dal d.lgs. 149/2022 ai provvedimenti cautelari, cfr. P. CARDINALE, *L'esecuzione indiretta*, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile*, l. 26 novembre 2021 n. 206 e d.leg. 10 ottobre 2022 n. 149 e 151, Piacenza, 2023, 529.

⁴⁰ S. VINCRE, *Le nuove norme sul processo esecutivo e sull'esecuzione indiretta*, in Riv. dir. proc., 2023, 731 ss.

118/2021, which introduced the so-called 'composizione negoziata' in Italy, with the aim of regulating the negotiations that normally precede a preventive restructuring framework. With the aim to safeguard the going concern of the debtor in financial difficulty, the new rule allows the court, at the debtor's request, to adapt the contract, making it subject to compliance with several prerequisites, including the Covid-19 pandemic as a reason for excessive onerousness of performance. The author analyses this rule and asks whether there are any procedural remedies that would allow the debtor in financial difficulty – when the contingency is of a different nature – to force the counterparty to renegotiate the contract.

**AFFARI AMICALI O FAMILIARI.
IL DISCRIMEN TRA LA DONAZIONE RIMUNERATORIA E
L'OBLIGAZIONE NATURALE**

ALESSANDRO SEMPRINI

Ricercatore

nell'Università di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. La «sproporzione notevole» tra le prestazioni in sede di vendita. Il *negotium mixtum cum donatione*. – 3. (Segue) Effetto liberale e suoi corollari. Liberalità indiretta e tutela dei legittimari. – 4. Obbligazioni naturali e donazioni remuneratorie: il criterio discriminante. – 5. (Segue) Sul dovere «morale e sociale» di cui all'art. 2034 cod. civ. Note conclusive.

1. – Nei rapporti familiari o nelle relazioni di amicizia, molto spesso vengono realizzate operazioni che non riflettono il reale valore di mercato dei beni scambiati. In queste peculiari situazioni, le parti, mosse da finalità differenti da quelle del mero guadagno personale, decidono di effettuare prestazioni, ed in particolare di trasferirsi diritti sui beni, per corrispettivi molto distanti da quelli che verrebbero loro riconosciuti nel libero mercato. Talvolta questo avviene anche nell'ottica di remunerare l'altro per particolari servizi o attività svolte.

Si ipotizzi quindi un caso di possibile verifica, nel quale i due fratelli, soci paritari della società «Alfa spa» (non aperta al mercato del capitale di rischio), si accordino per l'uscita dell'uno dalla società, mediante trasferimento del pacchetto azionario in favore dell'altro. Come in tutte le relazioni di lunga data, sono innumerevoli le dinamiche pregresse: ebbene, nel caso in oggetto – invero verificatosi realmente nella prassi – il primo vuole trasferire al secondo tutte le azioni di sua titolarità ad un prezzo notevolmente inferiore rispetto al relativo valore di mercato, nell'ottica di remunerarlo per il successo dell'impresa per lo più riconducibile all'operato ed alle intuizioni del beneficiario (acquirente del pacchetto azionario).

Ebbene, una operazione di questo tipo, la quale può sembrare *prima facie* non particolarmente problematica, vista la comunanza di interessi dei contraenti, nasconde in realtà numerose insidie giuridiche, determinate, in particolare, dal profilo potenzialmente «liberale» ravvisabile nella sproporzione tra il prezzo concordato e il valore reale di mercato dei beni scambiati. D'altronde, l'individuazione di una liberalità (indiretta) nell'operazione realizzata potrebbe teoricamente condurre a significative

conseguenze in capo al donante, in ragione delle possibili azioni dei creditori e/o dei legittimari. Non stupisce, quindi, che tale effetto liberale sia per lo più avversato dai contraenti, i quali sovente nella prassi tentano di raggiungere gli obiettivi indicati senza realizzare una liberalità.

Nel presente lavoro, pertanto, dopo aver ragionato sulla «sproporzione notevole» tra le prestazioni di una compravendita e sul *negotium mixtum cum donatione*, si rifletterà sulle sopra citate conseguenze derivanti dalla realizzazione di effetti liberali, con particolare riguardo alla tutela dei diritti dei legittimari; si metterà in luce, in quest'ottica, il recente dibattito nella giurisprudenza di legittimità sull'operatività della cd. «legittima in natura» con riferimento alle liberalità indirette. Ciò chiarito, si ragionerà sui percorsi alternativi generalmente utilizzabili dai contraenti, i quali tendenzialmente intendono evitare la realizzazione di effetti liberali. A questo riguardo, di particolare importanza sarà riflettere sul criterio discriminante tra le donazioni remuneratorie e le obbligazioni naturali, evocate spesso in presenza dei citati trasferimenti *sottocosto* (o *sottoprezzo*) di diritti su beni: comprendere il perimetro applicativo di tali istituti, infatti, permetterà di chiarire anche i loro utilizzi ammissibili nella realizzazione di affari amicali oppure familiari.

2. – Il primo elemento sul quale occorre soffermarsi è la cd. «sproporzione notevole» tra il prezzo convenuto dai contraenti e il valore di mercato dei beni trasferiti.

Come noto, nel nostro ordinamento non è presente un sindacato giudiziale sull'equità delle pattuizioni contenute nel contratto (e segnatamente della misura del corrispettivo), se non per mezzo del rimedio della rescissione di cui agli artt. 1447 e 1448 cod. civ. (il quale opera, peraltro, nei casi in cui il consenso sia viziato da uno *stato di pericolo* o da uno *stato di bisogno*). È vero, si discute da anni di «giustizia contrattuale»¹, di equità nei rapporti contrattuali, di squilibri di potere contrattuale, di debolezza di un contraente, di contratti asimmetrici² e di «terzo contratto»³; questo non

¹ Sul tema, *ex multis*, R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg. VII, 2012, p. 534-545; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005. Per una ricostruzione dei profili storici del concetto, v. G. CHIODI, *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Milano, 2009.

² Per tutti, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011. Tra gli altri, v. A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, p. 370-392; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; A. ZOPPINI, *Il*

significa però ammettere un sindacato sul prezzo convenuto dalle parti, se non nei casi previsti dalla legge (come in presenza di clausola penale manifestamente eccessiva ai sensi dell'art. 1384 cod. civ., oppure di patto mediante il quale il subfornitore ceda senza congruo corrispettivo diritti di privativa industriale o intellettuale al committente, ai sensi dell'art. 6, comma 3, l. 18 giugno 1998, n. 192).

È d'altro canto evidente come l'autonomia privata dei contraenti non possa essere ristretta fino al punto di imporre un prezzo giusto al contratto: in ossequio al principio di autonomia privata, deve rimanere nella libera disponibilità delle parti la determinazione di un corrispettivo superiore o inferiore al valore di mercato, in ragione dei motivi personali che possono animare le scelte dei contraenti. Il profilo problematico ravvisabile in un approccio di questo tipo, però, si rivela nel momento in cui la sproporzione tra le prestazioni sia «significativa», «notevole», «rilevante», perché, in questi casi, idonea a determinare effetti liberali tra le parti. Giocoforza, in occasione di una vendita, l'aspetto sul quale occorre riflettere è la cd. «rilevanza della sproporzione» tra le prestazioni.

Al riguardo, e precisamente in tema di riflessi del prezzo *squilibrato* sul profilo causale dell'attribuzione (del bene all'acquirente), è ampiamente consolidata la lettura secondo cui: (a) in caso di vendita per un prezzo irrisorio⁴ (cd. vendita *nummo uno*), non potrà che individuarsi una donazione

contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 515-541.

³ *Ex plurimis*, R. PARDOLESI, Prefazione a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XIII; A. GIANOLA, voce *Terzo contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., IV, Torino, 2009, p. 571 ss.; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; R. NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali*, Napoli, 2015.

⁴ Esempio classico è la vendita di un bene per 1 euro. Si potrà trattare, però, anche di un corrispettivo più elevato, per quanto simbolico; in breve, è sufficiente che il prezzo risulti irrisorio rispetto al valore del bene scambiato o della prestazione effettuata. Si veda, al riguardo, la recente pronuncia del Tribunale di Milano, del 27 ottobre 2020, la quale ha accolto la domanda di simulazione, in un caso di cessione di una quota di partecipazione in una sas al valore nominale di euro 600, rispetto ad un valore reale della partecipazione (in relazione al patrimonio netto della società) pari a circa 4 milioni di euro. D'altronde, in una cessione di tal fatta, «non ricorre [...] la "sproporzione" tra valore del bene e corrispettivo ritenuta rilevante nelle pronunce sopra citate, in quanto non si tratta di corrispettivo incongruo o di molto inferiore al valore delle quote in discussione ma di corrispettivo, come si è detto sopra, qualificabile come meramente simbolico, sostanzialmente equiparabile al *nummo uno* e come tale, appunto, escludente una effettiva volontà delle parti di dar vita a una

dissimulata (la cui assenza dei requisiti di forma determinerà la nullità del contratto)⁵; (b) in caso di vendita *sottoprezzo* o *sottocosto*, si configurerà un *negotium mixtum cum donatione*, con realizzazione di una liberalità per quanto riguarda lo sconto di prezzo.

Ebbene, è quest'ultima fattispecie a meritare ulteriori approfondimenti, anche per via della sua più ampia diffusione nella prassi. Con la locuzione «*negotium mixtum cum donatione*», in breve, si fa riferimento a quella vendita vera e propria effettuata ad un prezzo inferiore al valore di mercato, nella quale l'alienante, pur consapevole della *insufficienza* del corrispettivo, intenda egualmente procedere al trasferimento della proprietà del bene nell'ottica di arricchire l'acquirente della citata differenza di prezzo⁶: si determina, quale effetto di tale operazione, la produzione di un effetto liberale, attuato nella veste giuridica della liberalità indiretta⁷ (è ben chiaro che, ove i profili liberali non vengano esplicitati in atto, dovranno essere provati dagli interessati in un eventuale giudizio).

compravendita, vale a dire allo scambio di bene e prezzo, il prezzo essendo solo nominato nell'atto ma privo di qualsiasi significatività corrispettiva» (Trib. Milano, 27 ottobre 2020).

⁵ Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, precisa che «nei contratti a prestazioni corrispettive, il difetto di equivalenza almeno tendenziale delle prestazioni [...] comporta l'assoluta mancanza di causa nel contratto e, per l'effetto, la nullità di esso». V. Trib. Parma, 16 novembre 1972, in *Giur. mer.*, 1975, p. 465, secondo cui «[i]l negozio con cui un bene venga trasferito in cambio di una somma di denaro irrisoria non può essere qualificato come vendita, ancorché le parti lo abbiano designato come tale, per mancanza dell'elemento del prezzo». Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali, si rinvia a L. GATT, *La liberalità*, I, in *Studi di diritto privato*, collana diretta da F.D. Busnelli, S. Patti, V. Scalisi e P. Zatti, Torino, 2002, p. 257-258 e p. 262.

⁶ V. Cass., 29 settembre 2004, n. 19601; Cass., 30 giugno 2014, n. 14799; Cass., 23 maggio 2016, n. 10614.

⁷ Sulla questione, tra le altre, v. Cass. 27 febbraio 1986, n. 1266. V. inoltre Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955, in *i Contratti*, 2007, p. 753: «Nel c.d. *negotium mixtum cum donatione* la causa del contratto ha natura onerosa ma il negozio commutativo stipulato dai contraenti ha la finalità di raggiungere, per via indiretta, attraverso la voluta sproporzione tra le prestazioni corrispettive, una finalità diversa e ulteriore rispetto a quella dello scambio, consistente nell'arricchimento, per puro spirito di liberalità, di quello dei contraenti che riceve la prestazione di maggior valore; pertanto, realizza una donazione indiretta, per la quale è sufficiente la forma prescritta per il tipo di negozio adottato dalle parti e non è necessaria quella prevista per la donazione diretta, il contratto preliminare con cui, allo scopo di arricchire il promissario acquirente, il promittente venditore consapevolmente si obblighi a vendere l'immobile per un prezzo pari al valore catastale».

Siffatta configurazione, in verità, risulta ampiamente dibattuta (e criticata) in letteratura⁸. Si rileva, *in primis*, l'inadeguatezza della definizione («*negotium mixtum cum donatione*») con la quale l'istituto viene evocato (la cui accezione, tra l'altro, è differente da quella originariamente utilizzata⁹), stante l'incoerenza di un «negozio misto» nel quale i due profili causali si elidono a vicenda¹⁰; inoltre, siffatta qualificazione finisce per racchiudere tutte le possibili fattispecie di attribuzione non onerosa, e precisamente anche i casi in cui l'interesse sottostante al prezzo sproporzionato sia diverso da quello liberale, ovverosia in presenza di un interesse *motivato* (in ragione di matrimonio, per riconoscenza o speciale remunerazione, ecc.).

Il profilo più problematico, ad ogni modo, costituisce la determinazione dei parametri entro i quali considerare determinante la sproporzione di prezzo. Infatti, non tutte le vendite ad un prezzo inferiore (o superiore) al valore di mercato verranno attirate all'interno di tale perimetro. Al riguardo, il criterio che, tendenzialmente, si ritiene dirimente, è quello della prevalenza¹¹. Non tanto nell'ottica di differenziare la vendita con effetti liberali da una donazione (rimuneratoria), sulla cui distinzione assume

⁸ Tra gli altri, T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in ID., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 88 ss.; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, *passim*.

⁹ Riconducibile alla *mancipatio* fiduciaria di uno schiavo nel diritto romano. Cfr. G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, p. 37-40 e ID., voce *Donazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1951, p. 931 ss.

¹⁰ Cfr. L. GATT, *La liberalità*, cit., p. 228; nonché G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, p. 89, nota 15, secondo cui la presenza della *causa acquirendi* escluderebbe la *causa donandi*.

¹¹ Si veda, sul punto, Cass., 13 luglio 1995, n. 7666, la quale precisa che «[...] quando un unico negozio è caratterizzato da un concorso di motivi di natura in parte onerosa ed in parte gratuita, la sua regolamentazione obbedisce al criterio della prevalenza, nel senso che ricorre la donazione remuneratoria (che esige la forma solenne richiesta per le donazioni tipiche) quando risulti la prevalenza dell'*animus, donandi*, laddove si avrà invece un semplice negozio a titolo oneroso, che non abbisogna della forma solenne, quando l'attribuzione patrimoniale venga effettuata in funzione di corrispettivo o in adempimento di una obbligazione derivante dalla legge o in osservanza di un dovere nascente dalle comuni norme morali e sociali, che si riveli assorbente rispetto all'*animus donandi*. Ne consegue perciò che se l'attribuzione viene realizzata in parte *donandi animo* per speciale remunerazione ed in parte *solvendi causa* a titolo di corrispettivo per prestazioni ricevute, sarà necessario ricercare quale dei due intenti si sia voluto principalmente perseguire, dovendosi in tal caso regolare l'intero rapporto, unitariamente considerato, in base al criterio della prevalenza». V. anche Cass., 29 maggio 1999, n. 5265.

primario rilievo il fatto che (in quest'ultima) il contratto presenta la veste giuridica della donazione di cui all'art. 769 cod. civ., risultando privo di corrispettivo¹². Quanto per comprendere se, nella fattispecie realizzata, sia ravvisabile una sproporzione di prezzo tale da permettere l'individuazione di effetti liberali. In termini ancor più precisi, al fine di riconoscere effetti liberali nella vendita sottocosto sarà necessario rilevare una «sproporzione notevole» tra prezzo della cosa e valore di mercato della stessa¹³, cosicché vi

¹² Infatti, devono criticarsi «[...] le impostazioni correnti in materia di qualificazione di una fattispecie contrattuale in termini di *negotium mixtum cum donatione* piuttosto che di donazione remuneratoria basate sul criterio della prevalenza dell'*animus solvendi*, nel primo, e dell'*animus donandi* nella seconda [Cass., 13 luglio 1995, n. 7666; Cass., 10 aprile 1999, n. 3499]. In realtà non si vede come sia possibile porre un problema di sovrapposizione delle due fattispecie dato che l'una – la donazione remuneratoria presuppone un'attribuzione unilaterale di fronte alla quale si pone un problema di accertamento (dell'interesse, cioè) del titolo cui essa è posta in essere, mentre la vendita cosiddetta mista presuppone uno scambio di attribuzioni il quale di per sé ne rappresenta il titolo»; così L. GATT, *La liberalità*, cit., p. 232.

¹³ Cass., 23 maggio 2016, n. 10614, precisa che «nel *negotium mixtum cum donatione*, la causa del contratto è onerosa, ma il negozio commutativo adottato, viene dai contraenti posto in essere per raggiungere in via indiretta, attraverso la voluta sproporzione delle prestazioni corrispettive, una finalità diversa ed ulteriore, rispetto a quella di scambio, consistente nell'arricchimento, per puro spirito di liberalità, di quello del contraente che riceve la prestazione di maggior valore, con ciò venendo il negozio posto in essere a realizzare una donazione indiretta. Tuttavia, va qui precisato che la vendita ad un prezzo inferiore a quello effettivo non realizza, di per se stessa, un *negotium mixtum cum donatione*, essendo necessario non solo che sussista una sproporzione tra le prestazioni, ma anche che questa sia d'entità significativa, ed, inoltre, che la parte alienante sia stata consapevole dell'insufficienza del corrispettivo percepito rispetto al valore del bene ceduto e abbia, ciò nonostante, voluto il trasferimento della proprietà e l'abbia voluto allo specifico fine d'arricchire la controparte acquirente della differenza tra il detto valore e la minore entità del corrispettivo». Anche in dottrina si rileva che «ai fini dell'esistenza della *causa vendendi* è [...] necessaria e sufficiente una proporzione quantomeno minima: la consistenza del prezzo, per quanto inferiore (ovvero superiore) rispetto al valore di mercato del bene, deve essere verosimile» (così ID, *La liberalità*, cit., p. 259): «[s]olo dopo aver accertato la presenza di un prezzo di ammontare realistico in relazione al valore corrente del bene e, quindi, solo dopo aver qualificato la fattispecie concreta in termini di compravendita, è possibile procedere ad una quantificazione della differenza esistente tra ammontare del prezzo e il valore corrente del bene, cioè ad una valutazione dell'“ammontare” della sproporzione ai fini di una considerazione della stessa in termini di “notevolezza” e, quindi, di risultato di liberalità» (ivi, p. 261).

sarà «vendita ad effetti liberali [...] quando il prezzo pattuito (ed effettivamente pagato) abbia una consistenza verosimile in relazione al valore di mercato (in senso oggettivo) del bene venduto, ma notevolmente più bassa (o più alta) del valore medesimo»¹⁴.

Tale assunto, pur ragionevole, non esclude però la necessità di procedere ad una valutazione in concreto, caso per caso, della fattispecie, nell'ottica di chiarire se: (i) il contratto presenti i soli profili causali della vendita; (ii) nel contratto possano ravvisarsi profili di corrispettività e profili di liberalità (*negotium mixtum cum donatione*); (iii) il contratto realizzato dissimuli una donazione vera e propria (in ragione del prezzo irrisorio/simbolico pattuito).

3. – Sicché, come anticipato in premessa, è l'individuazione di un effetto liberale (nell'attribuzione di beni) a determina le principali conseguenze problematiche per il donante: si fa riferimento, in breve, alla possibile impugnazione dell'atto ad opera dei suoi creditori (i quali potranno utilizzare l'azione revocatoria nella sua più incisiva disciplina contro gli atti liberali, e/o la nuova azione di cui all'art. 2929-bis cod. civ.) e degli stessi legittimari. Quanto a questi ultimi, infatti, la disciplina posta a protezione dei loro diritti non fa che aumentare esponenzialmente i problemi: su questa ci si soffermerà in questa sede.

Si consideri, innanzitutto, la valutazione del bene (oggetto di liberalità lesiva), la quale verrà effettuata *ex post*, al momento dell'apertura della successione, e quindi potenzialmente anche una volta che siano passati numerosi anni dal compimento dell'atto di vendita *sottoprezzo*. In questo senso, ove fosse rilevato che il bene poteva essere venduto ad un prezzo molto superiore (o inferiore), il legittimario potrà intraprendere tutte le azioni poste a tutela della quota di legittima¹⁵.

¹⁴ Cosicché «[...] non ogni differenza di ammontare tra prezzo pagato e valore oggettivo del bene può classificarsi risultato liberale, bensì solo una differenza che sia notevole, vale a dire tale da poter essere rilevata *ictu oculi* per lo spessore della sua consistenza valutata nei termini di relazione sui beni indicati» (L. GATT, *La liberalità*, cit., p. 264-266).

¹⁵ Si fa riferimento, come noto, all'azione di riduzione – operante anche con riferimento alle liberalità indirette ai sensi dell'art. 809 cod. civ. – la quale, secondo la preferibile ricostruzione, si compone di: una azione di riduzione in senso stretto, avente lo scopo di dichiarare l'inefficacia relativa delle disposizioni testamentarie o delle donazioni lesive; una azione di restituzione nei confronti del beneficiario (della disposizione testamentaria o della donazione); una azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti dal citato beneficiario.

Non è però tanto il complessivo assetto rimediabile a spaventare il beneficiario della donazione, quanto le conseguenze che questo può determinare: ancora oggi, infatti, al legittimario è data la possibilità di soddisfare in natura i propri diritti di legittima (cd. legittima in natura), recuperando i beni usciti dal patrimonio del *de cuius* per successione o per donazione¹⁶.

Si potrà replicare che, nell'esempio da cui prende le mosse tale lavoro, gli effetti liberali non sono prodotti da una donazione formale (di cui all'art. 769 cod. civ.) ma da una liberalità indiretta, con la conseguenza che verrebbe così disinnescata la tutela reale riconoscibile al legittimario. Si tratta, questo, di argomento avanzato inizialmente per la collazione¹⁷, e poi fatto proprio anche per la riduzione (seppur in forza dello specifico *modus operandi* della riduzione)¹⁸: nella giurisprudenza, è del 2010¹⁹ la prima pronuncia favorevole alla disapplicazione dei rimedi reali e restitutori a tutela del legittimario nel caso di liberalità indiretta lesiva di legittima²⁰.

¹⁶ Sul rapporto tra legittima in natura e legittima per equivalente, si consenta il rinvio a A. SEMPRINI, *La legittima per equivalente*, Napoli, 2019, ed in forma sintetica a ID., *Legittima per equivalente: sistema ed evoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2021, p. 1444-1455.

¹⁷ V. Cass., Sez. Un., 5 agosto 1992, n. 9282.

¹⁸ Sul punto, si segnala il celebre dibattito tra Mengoni e Carnevali (cfr. U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 131 ss. e L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, Milano, 2000, p. 251 ss.).

¹⁹ Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, annotata, tra i tanti, da G. IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri*, in *Notariato*, 5, 2010, p. 508 ss.

²⁰ Precisamente, la S.C. (n. 11496/2010) ha chiarito che «[...] alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile (art. 560 cod. civ.); con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724 cod. civ.)», precisando poi che «[l]a riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, né incide sul piano della circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito». Principio poi confermato, tra le altre, da Cass., 14 giugno 2013, n. 15026.

Peraltro, proprio recentemente tale assunto è stato *prima* messo in discussione da una ordinanza della Cassazione²¹ – la quale, in maniera discutibile, ha riconosciuto la possibilità di effettuare l’opposizione (di cui all’art. 563 cod. civ.) in relazione ad una liberalità indiretta, previo vittorioso esperimento dell’azione di simulazione – e *poi* confermato da una successiva pronuncia della Suprema Corte²².

In verità, occorre precisare, il sillogismo «liberalità indiretta»/«legittima per equivalente» (con tutela obbligatoria dei diritti del legittimario), ancora oggi molto in voga tra gli operatori pratici, non deve essere trattato alla stregua di un dogma; in particolare, può sostenersi, questo non potrà operare indiscriminatamente, a prescindere dalla fattispecie presa in considerazione. D'altronde, se il disinnescamento della tutela reale del legittimario, in linea di principio, può essere favorevolmente accolto (nell’ottica di proteggere la sicurezza dei traffici giuridici), ciò potrà avvenire solo in ragione dell’operatività dei suoi meccanismi giuridici; segnatamente, tali assunti possono giustificarsi solo in ragione della ricostruzione della riduzione come azione di impugnativa negoziale, volta a rendere inefficace l’atto dispositivo lesivo della legittima (con il rientro del bene nel patrimonio del donante e la conseguente sua devoluzione a titolo di vocazione in capo al legittimario divenuto erede)²³. Infatti, si precisa, in occasione di una liberalità indiretta, nella quale il bene non transiterebbe mai all’interno del patrimonio del donante, non potrebbe ontologicamente operare la descritta tutela reale²⁴.

²¹ Cass., 11 febbraio 2022, n. 4523, annotata da L. PENNAZZI CATALANI, *Azione di restituzione, donazione indiretta e sicurezza dei traffici giuridici*, in *Giur. it.*, 2022, p. 2090-2096. Sul rapporto tra riduzione e simulazione, tra le più recenti, si segnalano Cass., 9 maggio 2019, n. 12317 e Cass., 31 luglio 2020, n. 16535.

²² V. Cass., 2 dicembre 2022, n. 35461, la quale si è però limitata ad accogliere *obiter dictum* l’impostazione precedente.

²³ Al riguardo, tra i tanti, v. G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. not.*, 4, 2009, p. 819-845.

²⁴ D'altronde, «[...] finché la tecnica tipica di tutela [dei legittimari] resta la riattrazione del bene donato al patrimonio ereditario, e la conseguente vocazione necessaria del soggetto leso, sostenere che un bene non proveniente da quel patrimonio possa essere acquistato dal legittimario *iure hereditatis* equivale a costruire, né più né meno, che una finzione, priva di riscontro normativo e contrastante con il sistema»; così G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima “per equivalente”)*, cit., p. 683. Sul punto, V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, p. 350, evidenzia invece che la tutela reale non potrà operare in ragione della assenza di un atto tra disponente e beneficiario.

Ebbene – e qui si pone la deroga al percorso argomentativo ora evidenziato – in alcune situazioni, tra le quali anche il caso di liberalità indiretta realizzata mediante *negotium mixtum cum donatione* (oppure mediante rinuncia abdicativa ad un bene, a beneficio di altro soggetto), la citata inoperatività della tutela reale non potrà sostenersi²⁵: in ossequio al *modus operandi* delle azioni di riduzione e restituzione, infatti, nel caso di vendita mista a donazione il bene transiterà a tutti gli effetti nel patrimonio del donante, legittimando così l'operatività della legittima in natura (e della tutela reale di cui agli artt. 561 e 563 cod. civ.).

Sicché, ancora oggi, anche in caso di circolazione di beni oggetto di liberalità indiretta, non possono in assoluto escludersi rischi per la sicurezza dei traffici giuridici, risultando potenzialmente operante il meccanismo della cd. «legittima in natura».

4. – I rischi restitutori sopra evidenziati, e le potenziali liti ereditarie che ne possono derivare, espongono in maniera evidente le ragioni per cui i contraenti tentino talvolta di evitare (od occultare) la realizzazione di effetti liberali. In quest'ottica, gli eventuali *sconti* di prezzo (come nel caso, descritto in premessa, di vendita sottocosto del pacchetto azionario) vengono spesso qualificati come remunerazioni di un servizio già reso oppure come adempimenti di obblighi morali o sociali: nel primo caso, si fa riferimento alla cd. donazione remuneratoria; nel secondo caso alla obbligazione naturale.

²⁵ In questo senso, anche Cass., 22 marzo 2022, n. 9261, cit., la quale distingue correttamente l'operatività del principio tra le differenti liberalità indirette, precisando che non «[...] può condividersi l'assunto delle controricorrenti secondo cui la regola della tendenziale reintegrazione in natura della quota di legittima non opererebbe nella fattispecie oggetto del presente giudizio, in cui la riduzione riguarderebbe una donazione indiretta. I precedenti di questa Corte in cui si è affermato che alla riduzione della donazione indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (Cass. nn. 11496/10, 15026/13) riguardano, infatti, l'ipotesi dell'acquisto del bene con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare. In tali ipotesi (nelle quali la compravendita costituisce lo strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario) l'azione di riduzione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione. Nella fattispecie in esame, per contro, l'azione di riduzione mette in discussione proprio la titolarità dei cespiti trasferiti ad [...] con un contratto qualificato quale *negotium mixtum con donatione*».

Peraltro, deve fin da subito precisarsi che, laddove la qualificazione fosse quella di donazione remuneratoria, non si potrà evitare l'applicazione delle norme sulla riduzione: infatti, anche alle donazioni remuneratorie, disciplinate dall'art. 770 comma 1 cod. civ., dovrà applicarsi l'ordinaria disciplina delle donazioni, e precisamente le norme in materia di forma²⁶, di tutela dei legittimari²⁷, e così via (fatta eccezione per la revocazione di cui all'art. 805 cod. civ., la disciplina degli alimenti di cui all'art. 437 cod. civ., ecc.²⁸). Di converso, rischi restitutori (derivanti dal vittorioso esperimento di un'azione di riduzione) non potranno sussistere in caso di attribuzioni effettuate quale adempimento di una obbligazione naturale oppure quale liberalità d'uso ai sensi dell'art. 770 comma 2 cod. civ. (queste ultime, in verità, non costituiscono donazioni²⁹, ma solamente attribuzioni³⁰ fondate su specifiche consuetudini sociali o a regole del costume sociale o familiare sviluppatesi nel tempo³¹).

Di particolare interesse, è determinare il *discrimen* tra le obbligazioni naturali e le donazioni remuneratorie: questo, da sempre particolarmente dibattuto³², continua ad essere fonte di incertezze tra gli interpreti e gli operatori pratici.

²⁶ V. Cass., 24 ottobre 2002, n. 14981.

²⁷ V. Cass., 24 luglio 2008, n. 20387; Cass., 1° dicembre 1993, n. 11873.

²⁸ Si segnala anche una limitata garanzia per evizione ai sensi dell'art. 797 cod. civ.

²⁹ Ed infatti non si applicherà la disciplina sulla revocazione per ingratitudine e sopravvenienza figli, sulla riduzione dei legittimari, sulla collazione, e via dicendo.

³⁰ Quanto alla entità dell'attribuzione, oggetto del regalo potrà anche essere un bene di rilevante valore, purché l'elargizione si uniformi agli usi e ai costumi di una determinata occasione, anche in relazione alla posizione sociale delle parti, delle condizioni economiche dell'autore (v. Cass., 19 settembre 2016 n. 18280) e dei rapporti tra di esse esistenti (v., tra le altre, Cass., 18 giugno 2008, n. 16550).

³¹ Ad esempio: mance, regali di Natale o in occasione di compleanni, oppure attribuzioni usuali in occasione di servizi resi.

³² Tra gli altri, si sono occupati del rapporto tra l'obbligazione naturale e i vari tipi di donazione, v. A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942, p. 31 ss.; G. BALBI, *Liberalità e donazione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1948, p. 157 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu e Messineo, Milano, 2006, p. 297 ss.; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, II, *Delle successioni* (Art. 769-809), Bologna-Roma, 1976, sub. Art. 770, p. 79 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 205 ss.; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, 2, *I singoli contratti*, Torino, 2000, p. 211-233.

Ebbene, in questa prospettiva – lasciando perdere i caratteri della adeguatezza e proporzionalità della prestazione³³ (ancor oggi ritenuti necessari nelle sole obbligazioni naturali³⁴) – due sono i profili che devono essere messi in luce: il primo attiene alla «spontaneità» ravvisabile nelle donazioni remuneratorie; il secondo riguarda invece la *perimetrazione* del concetto di «doveri morali e sociali» di cui all'art. 2034 cod. civ.

Quanto al requisito della «spontaneità», si può subito precisare che le donazioni remuneratorie debbono essere realizzate spontaneamente³⁵,

³³ Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, precisa che «[i]l discrimine fra l'adempimento dei doveri sociali e morali, quale può individuarsi in qualsiasi contributo fra conviventi, destinato al "*menage*" quotidiano ovvero espressione, come nella specie, della solidarietà fra persone unite da un legame intenso e duraturo, e l'atto di liberalità va individuato, oltre che nella spontaneità, soprattutto nel rapporto di proporzionalità fra i mezzi di cui l'adempiente dispone e l'interesse da soddisfare. Tale requisito, unanimemente riconosciuto dalla dottrina in relazione alle cc.dd. obbligazioni naturali in generale, è stato ribadito da questa Corte proprio con riferimento all'adempimento di doveri morali e sociali nella convivenza *more uxorio* (cfr. la citata Cass. n. 3713 del 2003)».

³⁴ Cfr. Cass., 3 febbraio 1975, n. 389; Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007. Da ultima, v. Cass., 30 settembre 2016, n. 19578, secondo la quale «l'art. 2034 c.c., distingue le obbligazioni naturali in due categorie, prevedendo, al secondo comma, fattispecie tipiche di obbligazioni naturali (casi, cioè, esplicitamente contemplati dalla legge di atti socialmente e moralmente leciti, che non assurgono però a vincoli giuridici e sono quindi sforniti di azione, quali l'adempimento della disposizione fiduciaria e il pagamento del debito prescritto e del debito di gioco) e, al comma 1, con disposizione molto più ampia, l'esecuzione spontanea di un dovere morale (o di coscienza) o sociale. Con riferimento a tale disposizione di carattere generico, l'indagine sulla sussistenza di un'obbligazione naturale è duplice, dovendo accertarsi, da un lato, se nel caso dedotto sussista un dovere morale o sociale in rapporto alla valutazione corrente nella società e, dall'altro, se tale dovere sia stato spontaneamente adempiuto con una prestazione avente carattere di proporzionalità ed adeguatezza in relazione a tutte le circostanze del caso». In dottrina, tra gli altri, D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, p. 248 ss. Proporzionalità invece assente nelle donazioni remuneratorie; cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2009, p. 280.

³⁵ Sul carattere gratuito della donazione remuneratoria v. A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., p. 13 ss. V. inoltre Cass., 14 febbraio 1997, n. 1411, in *Fallimento*, 1998, p. 17, con nota di FIGONE, secondo cui «[l]a figura della donazione remuneratoria, prevista dall'art. 770, primo comma, cod. civ., è caratterizzata dalla rilevanza giuridica che assume, in essa, il "motivo" dell'attribuzione patrimoniale, correlata specificamente ad un precedente comportamento del donatario, nei cui

ovvero con la consapevolezza di non adempiere alcun obbligo³⁶. È sì vero che il profilo della spontaneità del comportamento è evidenziato anche nell'art. 2034 cod. civ. («Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali»), ma in quest'ultimo essa può considerarsi meno intensa; d'altronde, nell'obbligazione naturale è testuale come l'esecuzione della prestazione sia influenzata da obblighi correlati alla coscienza sociale. Di contro, nelle donazioni remuneratorie, la spontaneità si fonderebbe sull'assoluta assenza di alcun tipo di obbligo giuridico, morale o sociale, in grado di coartare la libera scelta del soggetto.

Sicché, l'elemento della «spontaneità», per quanto richiamato da entrambi gli istituti, presenterà inevitabilmente una intensità differente tra le due fattispecie, risultando più significativo nelle donazioni remuneratorie (tanto che, si precisa generalmente, queste vengono realizzate *donandi animo*, mentre le obbligazioni naturali adempiute *solvendi animo*).

Si potrebbe ribattere, di converso, che una distinzione fondata sulla intensità della spontaneità dell'attribuzione potrebbe prestarsi a valutazioni arbitrarie degli interpreti. Vero. Proprio per tale motivo, viene in rilievo il secondo elemento (sopra citato), il quale risulta così determinante nella distinzione tra donazioni remuneratorie e obbligazioni naturali: si tratta del concetto di «dovere morale o sociale» di cui all'art. 2034 cod. civ.

5. – Tale locuzione, ed il concetto ad essa sottostante, sono stati a lungo dibattuti, e variamente interpretati in dottrina: si è parlato di riconducibilità dei «doveri morali o sociali» a regole poste dall'etica, dal senso dell'onore o

confronti la liberalità si pone come riconoscenza, apprezzamento di meriti, o “speciale remunerazione” di attività svolta. Ancorché dominata da tale “motivo”, l'attribuzione non cessa peraltro di essere spontanea, e l'atto conserva la “causa” di liberalità, rendendosi così suscettibile di revocatoria fallimentare, perché discrezionale nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quantum*, non essendovi il donante tenuto né in base ad un vincolo giuridico, né in adempimento di un dovere morale o di una consuetudine sociale, con la conseguenza che, in nessun caso, l'attribuzione patrimoniale può assumere la qualificazione giuridica di corrispettivo, neppure per la parte corrispondente al valore del servizio reso».

³⁶ V. Cass., 18 maggio 2016, n. 10262, la quale chiarisce che la donazione remuneratoria «consiste nell'attribuzione gratuita compiuta spontaneamente e nella consapevolezza di non dover adempiere alcun obbligo giuridico, morale o sociale per compensare i servizi resi dal donatario (Cass. 3 marzo 2009, n. 5119, che ha infatti escluso la donazione remuneratoria con riferimento all'atto dispositivo posto in essere a titolo di gratitudine e compenso per l'assistenza, la cura e l'amministrazione ricevute per un considerevole periodo [...])».

della solidarietà³⁷; taluno ha anche collegato tale sintagma alla morale personale di ciascuno³⁸; l'approccio prevalente sul punto, però, rileva che il contesto nel quale deve essere collocato tale concetto sia quello collettivo (ovvero della coscienza sociale³⁹). In altri termini, la citata doverosità morale o sociale, richiamata dall'art. 2034 cod. civ., dovrebbe essere ricondotta e valutata rispetto ad una esigenza etica collettiva⁴⁰, costituita da ideali e sentimenti connessi al patrimonio comune di una società⁴¹; tanto che dovranno escludersi, da tale perimetro, i doveri della morale individuale⁴², con la conseguenza che la locuzione di cui all'art. 2034 cod. civ. dovrebbe

³⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *L'obbligazione. Diritto civile*, Milano, 1995, p. 778 ss.

³⁸ Cfr. P. D'ONOFRIO, *Del pagamento dell'indebito*, in L. ARU, E. MOSCATI e P. D'ONOFRIO (a cura di), *Gestione d'affari. Pagamento dell'indebito. Arricchimento senza causa. Artt. 2028-2042*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1981, p. 268 ss.

³⁹ Anche con riferimento alle contribuzioni tra conviventi *more uxorio*, prima delle tipizzazioni delle convivenze di fatto, la giurisprudenza di legittimità ammetteva tale riferimento alla «coscienza sociale»; v. Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277 («[e]ventuali contribuzioni di un convivente all'altro vanno intese, invero, come adempimenti che la coscienza sociale ritiene doverosi nell'ambito di un consolidato rapporto affettivo che non può non implicare, pur senza la cogenza giuridica di cui all'art. 143 c.c., comma 2, forme di collaborazione, e, per quanto qui maggiormente interessa, di assistenza morale e materiale»).

⁴⁰ Cfr. F. GIGLIOTTI, *Del pagamento dell'indebito. Obbligazioni naturali. Art. 2034*, in *Comm. cod. civ.* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2014, p. 151. Al riguardo, v. anche Cass., 30 settembre 2016, n. 19578, la quale richiede la sussistenza di un dovere morale o sociale in rapporto alla valutazione corrente nella società («l'indagine sulla sussistenza di un'obbligazione naturale è duplice, dovendo accertarsi, da un lato, se nel caso dedotto sussista un dovere morale o sociale in rapporto alla valutazione corrente nella società e, dall'altro, se tale dovere sia stato spontaneamente adempiuto con una prestazione avente carattere di proporzionalità ed adeguatezza in relazione a tutte le circostanze del caso»).

⁴¹ Cfr. E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito. Artt. 2033-2040*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna, 1980, p. 299 ss. V. inoltre App. Potenza, 8 marzo 1961, in *Giust. civ.*, I, 1961, p. 1657 (la quale esclude l'individuazione di un adempimento di obbligazione naturale nel pagamento di spese per la fidanzata inferma). Con generica motivazione, v. invece Cass., 5 aprile 1975, n. 1218.

⁴² Cfr. E. MOSCATI, *Le obbligazioni naturali*, Estratto da *Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*, Padova, 1999, p. 58, il quale esclude quindi «dal novero delle obbligazioni naturali i doveri della morale individuale, quali sono, ad esempio, i precetti della vita religiosa e, più in generale, i doveri che attengono a valutazioni meramente soggettive». V. anche G. UGAZZI, voce *Obbligazione naturale*, in *Nov. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 662.

essere riletta in chiave congiuntiva (doveri morali “e” sociali)⁴³, e non disgiuntiva, quali «doveri della morale sociale»⁴⁴.

Chiarito tale aspetto, si manifesta in tutta la sua evidenza la differenza tra l'obbligazione naturale e la donazione remuneratoria, la quale viene invece attuata in forza di interessi prettamente individualistici⁴⁵: in quest'ultima, «prevale nettamente [...] il profilo oggettivo della *funzione munifica* dell'attribuzione, a nulla rilevando l'esistenza di un sottostante dovere di riconoscenza o di (speciale) remunerazione, che l'ordinamento prende in considerazione non già per elidere la qualificazione liberale dell'atto (la quale rimane tale), ma solo al fine di differenziarne taluni profili di disciplina rispetto a quelli dettati per la donazione in genere, tenendo conto delle particolari motivazioni che informano il negozio»⁴⁶. Sicché, nella

⁴³ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, cit., p. 232-233, il quale, come corollario, aggiunge che «la doppia aggettivazione viene dunque intesa in primo luogo come oggettività del dovere morale ed in secondo luogo come una richiesta di consenso generale sulla sua praticabilità da parte dei consociati in un dato momento storico; quello coincidente con il suo esame da parte dell'interprete. Vi è, dunque, un rinvio del legislatore a comportamenti effettivamente prescritti dalla morale sociale, il cui mancato adeguamento comporta un giudizio negativo, seppure solo sul piano dei rapporti sociali, a carico del soggetto che se ne sia discostato. È questo il tratto fondamentale della figura in esame, giacché il carattere della doverosità sociale deve essere effettivo e non generico».

⁴⁴ Cfr. E. MOSCATI, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 59.

⁴⁵ Sul punto, si vedano le riflessioni di G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 265 ss.: «quella diversa intensità del dovere che nell'una e nell'altra ipotesi presiede all'attribuzione patrimoniale, mentre fa sì che il dovere morale di riconoscenza lasci sussistere integro lo spirito di liberalità ed anzi serve di stimolo ad esso, lo sopprime per una vera incompatibilità psicologica, in altri più pressanti doveri morali e sociali [...] per chi voglia controllare questa verità, l'osservazione va spostata sul terreno psicologico [...] si consideri l'atteggiamento psicologico di chi, ricevuta una liberalità miri a ricambiarla: egli ha l'animo di ricambiare il beneficio con altro beneficio [...] ma si provi a ipotizzare questo intento liberale, questo intento di arricchire, nell'adempimento del debito di gioco [...] o della fiducia testamentaria [...] e si avvertirà immediatamente la incompatibilità psicologica tra quell'intento e il reale movente di quelle attribuzioni [...] può dirsi che nell'adempimento di simili doveri si sia mossi da spirito di liberalità? O non è evidente che vi è qui, al fondamento della prestazione, un dovere morale e sociale di intensità tale che come nell'apprezzamento sociale rende addirittura ripugnante parlare di liberalità, così nell'apprezzamento individuale esclude l'animo di fare una liberalità in chi compie l'attribuzione?».

⁴⁶ Cfr. F. GIGLIOTTI, *Del pagamento dell'indebito. Obbligazioni naturali*. Art. 2034, cit., p. 153-154, il quale nella logica della distinzione con i doveri morali e sociali dell'art. 2034 cod. civ., aggiunge che «sarà sufficiente rilevare, con riguardo alla

distinzione tra le motivazioni sottostanti agli istituti richiamati – più che di gradazione vera e propria (come taluno sostiene, come se i doveri della morale o del costume sociale occupassero un posto più elevato di quelli di riconoscenza o speciale remunerazione⁴⁷) – sembra possibile ritenere che il legislatore abbia attribuito alla «riconoscenza» (in senso lato) una connotazione esclusivamente soggettiva ed individuale⁴⁸, mentre ai doveri morali e sociali una connotazione sociale e collettiva (cosicché si rileva che, ove la cd. riconoscenza divenga avvertita anche a livello di coscienza collettiva, allora vi sarà una sua trasposizione all'interno dell'area di cui all'art. 2034 cod. civ.⁴⁹).

Giocoforza, ed in chiave conclusiva, non può che sostenersi come i due istituti, per quanto *prima facie* possano sembrare assimilabili, presentino

liberalità conforme al costume sociale (art. 770, cpv, c.c.), che una distinzione dalla fattispecie dell'adempimento di obbligazioni naturali deriva già dalla natura intrinseca (e, perciò, autonoma rispetto alla stessa valutazione giuridica) dell'esigenza sociale sottostante alla prestazione, la quale, mentre è soltanto espressiva di una generica convenienza sociale nel caso dell'art. 770 cpv. c.c. è, invece, rispondente a ragioni di necessità, sia pure, ancora, soltanto "sociale", nel caso dell'atto satisfattivo di obbligazioni naturali» (*ivi*, p. 152, nota 23).

⁴⁷ Cfr. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968, p. 128 ss., secondo il quale «i doveri morali o sociali il cui adempimento dà all'atto di attribuzione patrimoniale la qualifica di "adempimento di o.n." sono costituiti da quei doveri i quali occupano, nella gradazione dei doveri della morale e del costume sociale, un posto più elevato di quello della riconoscenza e della speciale remunerazione [...] e che i doveri i quali occupano in quella gradazione un posto più basso di quei due doveri non qualificano particolarmente l'atto di attribuzione operato come adempimento di essi (il quale sarà, perciò, per altre ragioni, qualificato come donazione) [...] In altri termini vi sono dei doveri morali o sociali rispetto ai quali l'ordinamento giuridico, in virtù della loro importanza, non si sente di qualificare l'attribuzione patrimoniale fatta in adempimento di essi come donazione: malgrado che essi, al pari degli altri, non acquistino per il diritto rilevanza alcuna come doveri (dato che l'ordinamento lascia l'individuo libero di determinarsi o meno per la loro osservanza) tuttavia il diritto tiene conto della maggiore importanza che nella sfera della morale del costume sociale essi hanno». *Contra*, M. MAZZUCA, *Sulle obbligazioni naturali, tra doveri morali e doveri sociali. Spunti critici sullo studio delle vicende dell'obbligazione naturale*, Milano, 2013, p. 84 ss.

⁴⁸ Anche laddove si aderisse ad approccio interpretativo differente, secondo cui la riconoscenza presenterebbe un fondamento sociale-collettivo, nulla cambierebbe a livello disciplinare, avendo il legislatore disciplinato tale sentimento di gratitudine all'interno dell'art. 770 cod. civ. (non potendo di converso essere ricompreso nel perimetro dell'art. 2034 cod. civ.).

⁴⁹ Cfr. F. GIGLIOTTI, *Del pagamento dell'indebito. Obbligazioni naturali. Art. 2034*, cit., p. 153, nota 25.

significative differenze di natura concettuale (difficilmente occultabili dai contraenti). Sicché, in un caso analogo a quello evidenziato in premessa, il sentimento di riconoscenza che il socio/venditore vanterebbe nei confronti del socio/acquirente, non potrà mai essere fatto rientrare nel succitato concetto di «doveri della morale sociale», né sembra possa fondarsi su doveri riconoscibili nella coscienza sociale. La citata riconoscenza, in breve, presentando un carattere meramente individualistico, non potrà che essere ricompresa all'interno del perimetro di cui all'art. 770 comma 1 cod. civ.⁵⁰, con la conseguenza che la vendita sottoprezzo posta in essere per tale ragione verrà qualificata come *negotium mixtum cum donatione*, con effetti liberali «rimuneratori» attuati in chiave indiretta.

Abstract

FRIENDLY OR FAMILY DEALS: THE "DISCRIMEN" BETWEEN REMUNERATIVE DONATIONS AND NATURAL OBLIGATIONS

Nelle relazioni di amicizia o nei rapporti familiari, vengono spesso realizzati affari che non rispecchiano il reale valore di mercato dei beni scambiati o delle prestazioni effettuate. Il saggio, dopo alcuni approfondimenti sulle conseguenze di una «sproporzione notevole» tra le prestazioni di una compravendita e sul *negotium mixtum cum donatione*, si occupa di donazioni remuneratorie e obbligazioni naturali, di sovente evocate in queste situazioni; l'autore, in particolare, analizza il criterio discriminante tra le donazioni remuneratorie e le obbligazioni naturali, nell'ottica di chiarire i loro utilizzi ammissibili nella realizzazione di affari amicali oppure familiari.

In friendship or family relationships, deals are often made without reflecting the real market value of performances or the goods exchanged. After some reflections on the consequences of a "considerable disproportion" between the performances in a contract of sale and on the negotium mixtum cum donatione, the essay examines remunerative donations and natural obligations, which are often evoked in these situations. In particular, the author analyses the "discrimen" between remunerative donations and natural obligations, with the aim of clarifying their admissible uses in the realisation of friendly or family deals.

⁵⁰ D'altronde, «non v'è dubbio che dimostrare considerazione per i meriti di un'altra persona attraverso una elargizione non sia un dovere della morale sociale, ma un atto di partecipazione etica assolutamente libero. Ecco, dunque, che l'art. 770, 1° co., c.c. si configura come rifugio comune di figure poste alla periferia e tuttavia non del tutto estranee al tipo di donazione»; così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, cit., p. 277.

LA PASSIVITY RULE AI TEMPI DELL'ECONOMIA SOSTENIBILE: SPUNTI PER UNA PRIMA ANALISI

SEBASTIANO COSTA
Ricercatore
nell'Università di Bergamo

SOMMARIO: 1. L'istanza di sostenibilità e il mercato del controllo societario: la delimitazione dell'analisi. – 2. La c.d. *passivity rule* nella disciplina dell'offerta pubblica d'acquisto. – 3. Dallo "*shareholderism*" alla sostenibilità passando per l'*enlightened shareholder value*: una evoluzione di frequente rimarcata. – 4. La legittimità del ricorso a misure difensive da o.p.a. in ragione della tutela degli interessi degli *stakeholders*.

1. – È di frequente rimarcato, e non solo nell'ambito della scienza giuscommercialistica, come sia in corso di realizzazione un mutamento di prospettiva – se non di vero e proprio *paradigma* di base – nel moderno capitalismo occidentale¹. Sempre più spesso, l'istanza di sostenibilità ambientale e sociale della produzione industriale e finanziaria può dirsi una "parola d'ordine" non solo del dibattito giuridico ma pure, per lo meno in Europa, della legislazione primaria e secondaria². Il cambio di approccio pare incontestabile e irreversibile, in ragione se non altro di una cresciuta

¹ Cfr., ad esempio, O. HART, L. ZINGALES, *The New Corporate Governance*, ECGI Law Working Paper n. 640/2022, reperibile in <https://papers.ssrn.com>; C.M. BRUNER, *Corporate Governance Reform and the Sustainability Imperative*, in 131 *Yale L. J.*, 2022, 1217 ss.; A. R. PALMITER, *Capitalism, heal theyself*, in *Riv. soc.*, 2022, 293 ss.

² Sul piano legislativo e a livello di norme costituzionali, il riferimento corre, nell'ordinamento europeo, all'art. 3, TFUE, e nell'ordinamento italiano agli artt. 9 e 41, Cost. (come di recente emendati dalla legge cost. 1/2022). La bibliografia sul tema della sostenibilità, italiana e straniera, è ormai a dir poco sconfinata: per tutti, e anche per ulteriori riferimenti, si rinvia ai recenti studi di M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contr. impr.*, 2023, 54 ss.; F. FIMMANÒ, *Art. 41 della Costituzione e valori ESG: esiste davvero una responsabilità sociale dell'impresa?*, paper presentato al XIV Convegno annuale di ODC, 26-27 maggio, 2023; E. BUEREN, *Short-termism im Aktien- und Kapitalmarktrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022 (ove ampissimi riferimenti); ID., *Sustainable Finance*, in *ZGR*, 2019, 813 ss.; M. SIRI, *La sostenibilità nei codici di autodisciplina*, in *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, a cura di M. CALLEGARI, S.A. CERRATO, E.R. DESANA, I, Torino, 2022, 326 ss.

esigenza di valutazione dell'impatto ambientale delle attività produttive³. Il dato, oltre a condizionare il comportamento dei privati quando è espresso in precisi obblighi di legge o regolamentari, appare idoneo a influenzare l'interpretazione delle regole non orientate dal detto paradigma in via espressa.

Un punto nevralgico di manifestazione delle scelte di fondo del sistema produttivo basato sulla grande impresa azionaria (*rectius*, sull'impresa azionaria quotata in mercati regolamentati) può senz'altro essere individuato nelle regole dedicate al mercato del controllo societario⁴. E, segnatamente, assumono un significato decisivo i margini di libertà garantiti dall'ordinamento agli organi societari della società sottoposta a scalata "ostile" (la c.d. *target*), le cui azioni sono appunto oggetto della proposta pubblica di acquisto dell'offerente; e ciò tanto da potersi convenire con chi osserva come «*antitakeover defenses are at the heart of*

³ Tale profilo, del resto, è altresì alla base della grande attenzione riservata propriamente al tema della responsabilità sociale d'impresa: nella anch'essa amplissima letteratura (e perciò qui senza completezza), v. C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, Milano, 2012, 432 ss.; M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Rivista ODC*, 2013, 1 ss.; F. DENOZZA, *Responsabilità dell'impresa e "contratto sociale": una critica*, in *Diritto, mercato ed etica. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, a cura di L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, 2010, 269 ss.; ID., *Lo scopo della società, tra short-termism e stakeholder empowerment*, in *Rivista ODC*, 2021, 29 ss.; M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1 ss.; B. BRUNK, *Menschenrechtscompliance*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, 39 ss.; H. FLEISCHER, *Corporate Social Responsibility*, in AG, 2017, 509 ss.; M. NIETSCH (hrsg.), *Corporate Social Responsibility Compliance*, München, 2021, 1 ss. Ed è in questo ambito tematico che va inserita la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo sulla "Dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese" (v. *Commentary dell'European Company Law Experts Group*, in *Riv. soc.*, 2021, 276 ss., nonché i commenti di Enriques, Libertini, Denozza, Strampelli, Tombari, pubblicati nel medesimo numero; A. HÖSLI, R.H. WEBER, *Climate Change Reporting and Due Diligence: Frontiers of Corporate Climate Responsibility*, in *ECFR*, 2021, 969 ss. ove pure un chiarimento sul significato del termine "due diligence" impiegato dalla proposta) nonché la successiva proposta di Direttiva della Commissione Europea sulla *corporate sustainability due diligence* del febbraio 2022.

⁴ In argomento v., per tutti, P. MONTALENTI, *Mercato del controllo e contendibilità: il ragionevole declino della passivity rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, a cura di P. BENAZZO, M. CERA, S. PATRIARCA, Torino, 2011, 633 ss.; L. ENRIQUES, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori. La disciplina dell'opa obbligatoria*, Bologna, 2009.

the debate about the role and purpose of corporations»⁵.

In questo contesto, ha senso chiedersi – *de iure condito* – se e come il mutamento del detto paradigma possa ripercuotersi sulla applicazione delle regole che indirizzano le reazioni ammesse da parte della società *target* là dove sia lanciata su essa una offerta pubblica d’acquisto, la quale, per provenienza o per finalità ultime dell’acquisizione, possa dirsi idonea, in ultimo, a realizzare una compressione dell’istanza di sostenibilità ambientale o sociale a causa della minore soddisfazione, o del pregiudizio, per alcune categorie specifiche di *stakeholders* (dipendenti, clienti, comunità locali). Le considerazioni che seguono rappresentano degli spunti per una prima analisi della questione.

2. – È noto come il passaggio del controllo societario per mezzo di una offerta pubblica d’acquisto sia un’evenienza che, in genere,

⁵ In questi termini si esprime la più attenta manualistica: A.R. PALMITER, F. PARTNOY, *Corporations. A Contemporary Approach*², St. Paul, 2014, 839. Non è un caso, del resto, se il prospettato cambio di paradigma cui prima si è fatto riferimento ha ravvivato il dibattito dottrinale domestico e internazionale intorno al tema del *corporate purpose*: in argomento v. U. TOMBARI, *Corporate Purpose e diritto societario: dalla “supremazia degli interessi dei soci” alla libertà di scelta dello “scopo sociale”?*, in *Riv. soc.*, 2021, 1 ss.; ID., *“Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019; H. FLEISCHER, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, in *ECFR*, 2021, 161 ss.; ID., *Gesetzliche Unternehmenszielbestimmungen im Aktienrecht*, in *ZGR*, 2017, 411 ss.; J.E. FISH, S. DAVIDOFF SOLOMON, *Should Corporations Have a Purpose?*, in *99 Tex. Law Rev.*, 2021, 1309 ss.; nonché i contributi raccolti in E. POLLMAN, R.B. THOMPSON (eds.), *Research Handbook on Corporate Purpose and Personhood*, Cheltenham, 2021. Il tema, evidentemente, rievoca la classica disputa fra contrattualismo e istituzionalismo che tanto ha coinvolto la dottrina italiana del secolo scorso: qui ci si limita al richiamo del recente lavoro di M. RICOLFI, *Istituzionalismo, contrattualismo, storia*, in *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, a cura di M. CALLEGARI, S.A. CERRATO, E.R. DESANA, I, Torino, 2022, 46 ss., dove ulteriori riferimenti. A tal riguardo, si può comunque notare come, in effetti, la rilevanza degli interessi degli *stakeholders* debba essere valutata su due diversi piani: quello dell’interesse sociale e del suo condizionamento sulla amministrazione della società; e quello della gestione dell’impresa e delle regole organizzative che ne presiedono lo svolgimento; per questa distinzione v. E. GINEVRA, *Codice di corporate governance. Introduzione e definizioni*, in *Commentario al Codice di Corporate Governance*, a cura di A.A. AWWAD e F. BORDIGA, Torino, 31 (in corso di pubblicazione, dal dattiloscritto consultato per la cortesia dell’autore).

suscita l'opposizione dell'organo di gestione, espressione dei soci di controllo della società. Se il lancio di un'o.p.a. presuppone la convinzione dell'offerente di potere trarre dalla società *target* un'utilità maggiore rispetto a quella espressa dai corsi di mercato, è verosimile che la prima misura dell'offerente (qualora la sua offerta abbia successo) sarà proprio quella di imprimere una nuova linea alla gestione dell'impresa a partire proprio dalla sostituzione degli amministratori. Tale dinamica, descritta qui in estrema sintesi, è alla base del ricorso alle c.d. "manovre difensive" dall'o.p.a., tese a limitare le *chances* di successo del *bidder*. Nella prassi si registra, ad esempio, il ricorso a deliberazioni di un aumento di capitale sociale mediante l'emissione di nuove azioni ordinarie o di un prestito obbligazionario convertibile o ancora del riconoscimento di diritti di conversione in azioni di altri strumenti già emessi⁶. In definitiva, si tratta di misure accomunate dall'effetto di rendere più costoso l'acquisto del pacchetto azionario di controllo, costringendo l'offerente a sostenere un investimento maggiore rispetto a quello originariamente pianificato nella prospettiva di minare la convenienza dell'operazione⁷.

Sennonché, per favorire la contendibilità del controllo, nel presupposto che così facendo possa realizzarsi una più efficiente allocazione delle risorse⁸, il legislatore italiano (al pari di quanto avviene negli altri Paesi improntati al modello capitalistico) prevede

⁶ V. Comunicazione Consob n. DAL/99039392 del 18 maggio 1999.

⁷ Accanto a queste iniziative, vi sono, poi, altre tecniche difensive ipotizzabili, che transitano per un intervento nella struttura aziendale, e sono perciò di più difficile prospettazione: il riferimento va a fusioni, scissioni o a trasferimenti di *asset* strategici o di rami di azienda.

⁸ In generale sulla discussione circa la precisazione degli interessi tutelati dalla disciplina dell'o.p.a., si può rinviare a R. WEIGMANN, *Le offerte pubbliche di acquisto*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE, 10^{ss}, Torino, 1993, 368 ss.; R. LENER, voce *Opa (offerta pubblica di acquisto)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg. I, Torino, 2000, 520; A. GUACCERO, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società. Le offerte pubbliche in Italia e negli USA*, Milano, 2007, 97 ss.; A. GUACCERO, G. NUZZO, *Profili societari delle opa*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, IV, Milano, 2022, 583 ss.; e, con riferimento al diverso caso dell'o.p.a. obbligatoria, v., per tutti, C. MOSCA, *Le OPA obbligatorie*, in *Il testo unico finanziario*, diretto da M. CERA, G. PRESTI, 2, Torino, 2020, 1403, ove ulteriori riferimenti.

che, una volta lanciata l'o.p.a., operi la c.d. *passivity rule*⁹, la quale inibisce agli amministratori la possibilità di «compiere atti od operazioni che possono contrastare il conseguimento degli obiettivi dell'offerta» a meno che tali operazioni non vengano previamente ed espressamente autorizzate dall'assemblea degli azionisti (art. 104, comma 1°, t.u.f.). La norma, inoltre, impedisce alcuni tentativi di "giocare d'anticipo", là dove richiede di sottoporre al medesimo vaglio assembleare pure le misure difensive che «non rientri[no] nel corso normale delle attività della società» e che, al momento del lancio dell'offerta, risultano già deliberate ma non ancora neppure parzialmente attuate (art. 104, comma 1-bis, t.u.f.). Tralasciando in questa sede di approfondire le questioni interpretative che l'inciso sul «normale corso dell'attività» ha determinato (ad es. avendo riguardo ad eventuali contratti già conclusi ma non ancora attuati)¹⁰, va ricordato come invero sia possibile derogare alla *passivity rule* mediante una apposita previsione statutaria, così da assegnare agli amministratori il pieno potere di assumere le misure difensive reputate più opportune, purché non si tratti, ovviamente, di operazioni in generale rimesse alla competenza decisoria dell'assemblea (art. 104, comma 1-ter, t.u.f.)¹¹.

Ciò posto, nel prospettato mutamento di paradigma, si pone il problema interpretativo di verificare se – pur sempre entro i limiti

⁹ Più precisamente, ciò si verifica dopo la pubblicazione della comunicazione *ex* art. 102, comma 1°, t.u.f. con la quale l'offerente informa il mercato in merito alla propria volontà di promuovere l'offerta oppure circa il ricorrere di una situazione che la rende obbligatoria.

¹⁰ Per un approfondimento della questione si rinvia a F.M. MUCCIARELLI, *Le offerte pubbliche di acquisto e scambio*, in *Tr. dir. comm.*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2014, 106, ove pure la tesi secondo cui la disposizione citata è applicabile a quelle tecniche di protezione decise dalla stessa assemblea, con la conseguenza che questa, una volta formulata l'o.p.a., deve comunque essere riconvocata affinché rivaluti il suo interesse nell'operazione ed eventualmente autorizzi gli amministratori a darvi attuazione.

¹¹ Al di fuori di tali ipotesi, come noto, l'unico modo per gli amministratori della società bersaglio di contrastare l'o.p.a. senza transitare per l'assemblea è quella di cercare soggetti (maggiormente graditi) disposti a formulare a loro volta un'offerta concorrente (art. 104, comma 1°, t.u.f.).

consentiti dalla ripercorsa disciplina della c.d. *passivity rule* – gli amministratori e l'assemblea degli azionisti, se del caso su sollecitazione di alcuni soci, possano legittimamente adottare provvedimenti od operazioni di difesa da una offerta di acquisto, che si presenti contraria non tanto all'interesse degli azionisti alla massimizzazione del profitto nel breve periodo, quanto piuttosto all'interesse sociale delineato in un'ottica di *long term* e di sostenibilità sociale e ambientale. Altrimenti detto, si tratta di capire se gli organi sociali possano dirsi legittimati ad adottare una posizione critica rispetto a una offerta pubblica di acquisto allegando una ritenuta contrarietà (o minore vantaggiosità) della stessa all'interesse sociale inteso come interesse "di lungo periodo" e arricchito dagli interessi degli altri *stakeholders* coinvolti nell'attività d'impresa. La risposta al quesito richiede di stabilire se gli amministratori, nell'esercizio del proprio ruolo, possano dirsi legittimati a tenere in considerazione i valori sociali coinvolti dall'attività svolta, così da privilegiare politiche imprenditoriali maggiormente rispettose degli interessi degli *stakeholders* e della comunità sociale in genere.

3. – Per lungo tempo, può dirsi che l'opinione riconosciuta come valida e ritenuta pressoché incontestabile, tanto dalla dottrina italiana quanto da quella straniera, ha inteso la società per azioni, anche grande e quotata in mercati regolamentati, quale strumento funzionale a soddisfare unicamente gli interessi prettamente egoistici dei soci e, pertanto, gestita dagli amministratori nell'ottica del perseguimento di una stretta massimizzazione dello *shareholder value*, e dunque con l'obiettivo di produrre quanto più utile possibile, anche in un'ottica di breve periodo, da potere distribuire ai soci.

Tuttavia, in tempi recenti si è assistito a una profonda rivisitazione di tale impostazione. A partire da alcune prese di posizione anche legislative, è noto come si sia nel tempo delineata e affermata una concezione allargata di interesse sociale secondo il modello del c.d. *enlightened shareholder value*, comunemente inteso quale presupposto del § 172 del *Companies Act* del 2006¹². In questa

¹² Il rilievo è notato così di frequente da sembrare superflui i riferimenti; ed è in effetti condivisibile, atteso la formulazione della *section 172* («A director of a

visione, semplificando i termini del discorso, può dirsi che lo scopo della società sia di creare profitti adottando un'ottica di lungo periodo: l'interesse sociale resta saldamente ancorato a quello lucrativo dei soci ma, depurato dalle derive dello *short-termism*, può includere gli interessi degli *stakeholders*. Gli amministratori, pertanto, devono perseguire l'interesse lucrativo dei soci, ma «tenendo conto» dei vari interessi coinvolti nell'impresa¹³.

Negli ultimi anni, proprio nella prospettiva di realizzare il cambio di paradigma prima riferito, si assiste a una decisa evoluzione dell'ordinamento italiano, anche sulla scorta delle indicazioni unionali e internazionali, nel senso di una sempre più pregnante rilevanza degli interessi degli *stakeholders* nella conduzione delle imprese, specie se di grandi dimensioni, quotate in mercati regolamentati od operanti nel settore bancario, finanziario e assicurativo. Va osservato, segnatamente, come la legislazione a tutti i livelli imponga un forte condizionamento della struttura di *governance* societaria, delle politiche gestorie e della stessa attività d'impresa allo scopo dichiarato di perseguire uno *sviluppo sostenibile* rispettoso degli interessi ambientali, attinenti al personale, sociali e

company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to – (a) the likely consequences of any decision in the long term, (b) the interests of the company's employees, (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others, (d) the impact of the company's operations on the community and the environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company»). È però da ricordare come anche altre legislazioni abbiano seguito l'esempio di quella britannica o ne abbiano rappresentato dei diretti ispiratori: per maggiori dettagli e riferimenti v. S. ROSSI, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, a cura di C. COSTA, A. MIRONE, R. PENNISI, P.M. SANFILIPPO, R. VIGO, Torino, 2021, 772; *amplius* A. GENOVESE, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, Bologna, 2023.

¹³ La considerazione del testo, tuttavia, è complicata, per un verso, dal fatto che l'accezione di *short-termism* è generica, dovendosi cioè precisare come la stessa sembra invero riferita alle decisioni *patologicamente* rivolte al breve periodo; per l'altro, dalla non necessaria (né sul piano logico, né in concreto) corrispondenza biunivoca fra scelte di *long-term* e decisioni rispettose degli interessi degli *stakeholders*: per entrambi i profili, v. M. STELLA RICHTER jr., *Long-termism*, in *Riv. soc.*, 2021, 36; F. DENOZZA, *Lo scopo della società, tra short-termism e stakeholder empowerment*, *cit.*, 36.

finanziari¹⁴. E ciò, va detto, riguarda segnatamente la disciplina prevista per le società azionarie quotate in mercati regolamentati e, in generale, di grandi dimensioni. In tal senso, rileva, ad esempio, limitandosi in questa sede alla normativa nazionale, la disciplina in materia di obblighi di trasparenza non finanziari o meglio (nella formulazione ora prevista dalla Direttiva 2022/2464/UE¹⁵) di obblighi di informazioni sulla sostenibilità. Il riferimento corre, segnatamente, all'art. 3 del d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, che, in definitiva, impone: (i) la preventiva valutazione dei rischi corsi dagli *stakeholders* in ragione dell'attività d'impresa in concreto esercitata; (ii) la predisposizione di politiche e misure organizzative volte a gestire i detti rischi e in certi casi (parità di genere, corruzione, violazione di diritti umani) impedire il loro ricorrere in concreto; (iii) la successiva informazione al mercato di tutte le misure e le valutazioni sopra dette¹⁶. Nel medesimo senso depone pure il vigente Codice di

¹⁴ Rimarca questa evoluzione, ad esempio, P. MONTALENTI, *La società per azioni: dallo shareholder value al successo sostenibile. Appunti*, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, a cura di C. COSTA, A. MIRONE, R. PENNISI, P.M. SANFILIPPO, R. VIGO, II, Torino, 2021, 682.

¹⁵ Tale direttiva, c.d. *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD), ha modificato sensibilmente la Direttiva 2014/95/UE, a cui il D.lgs. 254/2016 ha dato attuazione. Tra le modifiche più rilevanti che caratterizzano la CSRD vanno segnalate: (i) l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione a tutte le grandi imprese, siano o meno quotate in mercati regolamentati, purché abbiano un numero di dipendenti superiore a 250 persone, nonché alle PMI che facciano ricorso a mercati regolamentati; (ii) l'adozione del principio della c.d. doppia materialità, che assegna rilevanza sia ai rischi finanziari conseguenti ai fattori ambientali e sociali, sia ai rischi da impresa dovuti all'impatto ambientale e sociale dell'attività d'impresa; (iii) l'eliminazione della facoltà di pubblicare le informazioni di sostenibilità in una relazione separata rispetto a quella sulla gestione; (iv) una maggiore standardizzazione della reportistica non finanziaria, rafforzata dalla richiesta di attestazione della sua conformità ai principi di rendicontazione di sostenibilità e al Reg. 2020/852/UE. Per maggiori dettagli su tale novità, si rinvia a A. GENOVESE, *L'armonizzazione del reporting di sostenibilità delle imprese azionarie europee dopo la CSRD*, in *Contr. e impr.*, 2023, 88 ss.; M. RESCIGNO, *Note sulle "regole" dell'impresa "sostenibile": dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità*, in *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, a cura di M. CALLEGARI, S.A. CERRATO, E.R. DESANA, I, Torino, 2022, 194 ss.

¹⁶ Come noto, il sistema delle informazioni non finanziarie è stato successivamente perfezionato mediante l'adozione di un sistema di classificazione e tassonomia dei *benchmarks* di riferimento al fine di assicurare una condivisa

Corporate Governance delle società quotate, segnatamente là dove dispone che¹⁷: (i) l'organo di amministrazione definisca le strategie

standardizzazione agli indici di sostenibilità (Reg. 2019/2089/UE e Reg. 2020/852/UE e i relativi regolamenti delegati): per un approfondimento e ulteriori dettagli, v., *ex multis*, A. GENOVESE, *Bilanci di sostenibilità, tassonomia UE delle attività economiche ecosostenibili e governo societario*, in *Rivista ODC*, 2022, 497 ss.; G. STAMPELLI, *L'informazione non finanziaria tra sostenibilità e profitto*, in *AGE*, 2022, 145 ss.; L. DELLA TOMMASINA, *L'attività di reporting negli emittenti quotati: governo societario e politiche non finanziarie*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, IV, Milano, 2022, 139 ss.; S. FORTUNATO, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 415 ss.; S. BRUNO, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, 974 ss.; In breve, può dirsi che tale normativa, oltre a gettare luce sulla propensione della società a farsi carico di temi sociali e ambientali attinenti a diritti di rango costituzionali (M. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, 992 ss.), va quanto meno intesa come un vero e proprio strumento di *moral suasion*, diretto a sensibilizzare le grandi imprese affinché prestino maggiore attenzione agli aspetti in questione (M. LIBERTINI, *Un commento al manifesto sulla responsabilità sociale d'impresa della Business Roundtable*, in *Rivista ODC*, 2019, 632; F. DENOZZA, A. STABILINI, *Informazione non finanziaria e stakeholders empowerment*, in *Il caleidoscopio dell'informazione nel diritto societario e dei mercati finanziari*, a cura di M. MARCHETTI, F. GHEZZI, R. SACCHI, Milano, 2020, 225 ss.). In tale solco va inserita anche la Direttiva 2017/828/UE, la quale, in estrema sintesi, sempre nella prospettiva di perseguire la costruzione di un'economia sostenibile, impone uno specifico obbligo di *disclosure* in capo agli investitori istituzionali e con riguardo alle loro politiche di investimento.

¹⁷ In generale sul ruolo dei codici di *corporate governance*, v., per tutti, E. GINEVRA, *Codice di corporate governance. Introduzione e definizioni*, cit., 8 ss.; M. SIRI, M. GARGANTINI, *Corporate Governance Codes*, in *Instruments of EU Corporate Governance: Effecting Changes in the Management of Companies in a Changing World*, a cura di H.S. BIRKMOSE, M. NEVILLE, K.E. SØRENSEN, Kluwer Law International, 2022, 85 ss.; N. ABRIANI, *Il nuovo Codice di Corporate Governance*, in *RDS*, 2022, 253 ss.; G. FERRARINI, M. SIRI, S. ZHU, *The EU Sustainable Governance Consultation and the Missing Link to Soft Law*, ECGI Law Working Paper n. 576/2021, reperibile in <https://papers.ssrn.com>; P. MARCHETTI, *Codici di condotta, corporate governance, diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, 23 ss.; C. ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa: codici etici e autodisciplina*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 160; G. PRESTI, *Tutela del risparmio e Codice di Autodisciplina delle società quotate*, in *AGE*, 2006, 48 ss. M. MAUGERI, *Regole autodisciplinari e governo societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 88 ss. Rimarca la collocazione dell'autodisciplina italiana nel *mainstream* della sostenibilità, M. STELLA RICHTER JR, *Long-Termism*, cit., 24, ritenendo, tuttavia, che «il Codice di corporate governance, parlando di successo sostenibile e di sostenibilità della impresa societaria, sembra ancora utilizzare il termine nell'accezione interna di sostenibilità economico-finanziaria [...]» (p. 48); sul punto v. ora diffusamente E. GINEVRA, *Codice di corporate governance. Introduzione e definizioni*, cit., 1 ss.

della società in coerenza con il perseguimento dello sviluppo sostenibile e, soprattutto, ne verifichi la concreta attuazione (art. 1, Principio II); (ii) l'organo di amministrazione predetermini la natura e il livello di rischio compatibile con gli obiettivi strategici della società, dovendo dare specifico rilievo a tutti i profili rilevanti nell'ottica di assicurare il perseguimento del successo sostenibile (art. 1, Racc. 1, lett. c); (iii) la facoltà di istituire un comitato interno deputato ad adiuvarne l'organo di amministrazione nelle tematiche pertinenti al perseguimento del successo sostenibile¹⁸.

In questo quadro normativo, si giustifica almeno la messa in discussione della persistente validità dell'opinione tradizionale che esclude la possibilità di intestare agli *stakeholders* una qualsivoglia pretesa circa il rispetto di obblighi di legge o regolamentare che condizionano l'organizzazione societaria e l'attività d'impresa in vista del non danneggiamento dei detti interessi¹⁹; e ciò soprattutto qualora si tratti di società operanti nei settori vigilati²⁰. Non potendo però

¹⁸ Sul tema v. N. ABRIANI, *Il nuovo Codice di Corporate Governance*, in *Riv. dir. soc.*, 2022, I, 253 ss.; G. STRAMPELLI, *Soft law e fattori ESG: dai codici di corporate governance alle corporate e index guidelines*, in *Riv. soc.*, 2021, 1100 ss.; P. CUOMO, *Il consiglio di amministrazione e la gestione dell'impresa nel codice di "corporate governance"*, in *Riv. soc.*, 2021 79 ss.

¹⁹ V. CALANDRA BUONAURA, *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 526 ss.; C. ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur. omm.*, 2011, I, 159 ss.).

²⁰ Difatti, nel settore bancario-finanziario, la legislazione è ancora più esplicita nell'accordare rilevanza a tali interessi. Al riguardo, si può fare riferimento, ad esempio, al Reg. 2019/2088/UE dedicato all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari che, fra il resto, impone agli intermediari (che abbiano determinati requisiti) di: (i) predeterminare una politica sull'integrazione dei rischi di sostenibilità nei processi decisionali relativi agli investimenti compiuti per conto dei clienti; (ii) informare diffusamente, e in via continuativa, il mercato e i potenziali clienti sulla detta politica, sulle azioni adottate per fronteggiare gli effetti negativi per la sostenibilità, nonché sui modi con cui il prodotto finanziario prenda in considerazione i principali effetti negativi sui fattori di sostenibilità. In più, vanno ricordati gli interventi adottati in esecuzione del "Piano d'azione per finanziarie la crescita sostenibile" (8 marzo 2018) della Commissione europea che hanno emendato le Direttive UCITS, AIFMD, IDD e MiFID 2 e le loro norme d'attuazione dando corso all'avvento della finanza sostenibile: sul tema si rinvia a M. SIRI, S. ZHU, *L'integrazione della sostenibilità nel sistema europeo di protezione degli investitori*, in *Banca Impresa Società*, 2020, 3 ss.; F.E. MEZZANOTTE, *The EU Policy on Sustainable Finance: A*

affrontare il tema in questa sede, ci si può limitare a convenire con chi ha rimarcato come gli interessi degli *stakeholders* – singolarmente intesi o per il tramite delle associazioni di categoria – possano dirsi interessi qualificati e riconosciuti dall'ordinamento, non potendosi per contro ritenerle posizioni di mero fatto del tutto prive di rilevanza²¹. Ma allora – e propriamente per quanto di stretto interesse nell'analisi in corso – gli amministratori di una società quotata in mercati regolamentati possono dirsi legittimati al perseguimento di un *enlightened shareholder value*, ossia all'attuazione di politiche gestorie socialmente responsabili, che tengano conto dell'impatto delle scelte imprenditoriali sulle diverse categorie di *stakeholders*²². Ne deriva, pertanto, che appare lecito per gli amministratori rinunciare a occasioni di profitto immediato qualora esse siano ritenute potenzialmente foriere di risvolti negativi nel tempo e sulle altre *constituencies* dell'impresa. In questa prospettiva, appare allora

Discussion on the Design of ESG-Fit Suitability Requirements, in 40 *Review of Banking & Financial Law* (2021), 249 ss.; da ultimo, M. ARRIGONI, *Finanza sostenibile, servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, I, 261 ss.

²¹ In argomento v. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5 ss.; G. RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella s.p.a.: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, in *Le Clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. MERUZZI, G. TANTINI, Torino, 2011, 139 ss.; G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. IRRERA, Bologna, 2016, 41 ss.; da ultimo, sia consentito il rinvio a S. COSTA, *Organizzazione dei servizi d'investimento e rapporti con la clientela*, Milano, 2020, 224 ss.

²² Cfr., *ex multis*, M. LIBERTINI, *Un commento al manifesto sulla responsabilità sociale d'impresa della Business Roundtable*, cit., 627 ss.; V. CALANDRA BUONAURO, *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 526 ss.). Del resto, una tale impostazione non si porrebbe in contrasto con lo scopo lucrativo che l'art. 2247 c.c. continua ad annoverare fra gli elementi della fattispecie societaria (M. LIBERTINI, *op. cit.*, 633; U. TOMBARI, *Corporate purpose e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Riv. soc.*, 2021, 1 ss.). È stato fatto notare, in particolare, come il perseguimento della finalità lucrativa implichi la necessità di adottare politiche gestorie idonee a preservare la capacità dell'impresa a produrre utili nel tempo, adottando quindi un'ottica di lungo periodo: come dimostra, ad esempio, l'art. 123-ter, co. 3-bis, t.u.f. che impone di predisporre una politica sulla remunerazione degli amministratori che contribuisca «al perseguimento degli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società».

possibile affermare che gli amministratori debbano preoccuparsi di attuare politiche gestorie volte a garantire il mantenimento del supporto degli *stakeholders* (lavoratori, clienti, fornitori) e il consenso della comunità circostante (riducendo l'impatto ambientale e promuovendo il benessere sociale); e ciò anche compiendo scelte suscettibili di generare una contrazione degli utili distribuibili e/o dei corsi di borsa nel breve periodo, ma che si giustificano nella volontà di preservare i rapporti con i detti *stakeholders* ed evitare le conseguenze negative di lungo periodo provocate da una possibile lesione dei loro interessi²³.

4. – Tutto ciò considerato, e tornando al dubbio da cui l'analisi ha preso le mosse, può dirsi legittima e lecita – dal punto di vista del rispetto dell'interesse sociale – la decisione della maggioranza dei soci e degli amministratori, rispettivamente, di autorizzare e di attuare le operazioni ritenute più idonee a contrastare l'o.p.a. lanciata da chi programma di adottare politiche gestorie pregiudizievoli per gli interessi degli *stakeholders* (dipendenti, clienti, comunità locale).

In particolare, alla luce del precedente chiarimento appare possibile affermare che, in tali casi, gli amministratori possano andare esenti da responsabilità per l'eventuale danno patito dai singoli soci o dalla stessa società e preteso *ex artt.* 2393-*bis* o 2395, c.c., giacché il loro comportamento – per il profilo qui strettamente considerato – potrà dirsi conforme ai doveri della loro carica e il danno eventualmente patito dai singoli soci privo del tratto dell'ingiustizia *ex art.* 2043 c.c.

Del pari, la decisione dell'assemblea degli azionisti (convocata su iniziativa degli amministratori o di alcuni soci *ex art.* 2367 c.c.²⁴) di

²³ La prospettiva – ed è di frequente segnalato – determina un incremento degli spazi di discrezionalità degli amministratori nella conduzione della società (cfr., ad esempio, U. TOMBARI, *Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, 34; STELLA RICHTER *jr.*, *Long-termism*, *cit.*, 48). L'obiezione, tuttavia, non pare in sé preclusiva all'accordata rilevanza dei detti interessi, ma solo richiedere la precisazione di limiti, interni o esterni, alla detta discrezionalità.

²⁴ Tale possibilità non è però unanimemente ammessa: per la positiva, v. N. DE LUCA, *sub art.* 2367, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, I, Milano, 2016, 902; P. ABBADESSA, A.MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 299; per la negativa, P.

autorizzazione²⁵ – o di vera e propria decisione, per i casi in cui si tratti di provvedimenti che rientrano nella competenza decisoria dei soci – avente ad oggetto l'adozione di misure funzionali a proteggere la società dall'o.p.a. appare conforme all'interesse sociale, non ammettendosi perciò un successivo sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 2373 o per abuso della maggioranza ai danni della minoranza.

Allo stesso modo, in ultimo, sembrano ammissibili clausole statutarie che – avvalendosi della facoltà di cui all'art. 104, t.u.f. – derogano alla regola di *passivity rule* con riguardo esclusivo alle offerte pubbliche d'acquisto ritenute pregiudizievoli per gli interessi degli *stakeholders*, sì da ammettere in questi casi l'adozione di misure di difesa da parte del solo organo gestorio (sempreché evidentemente non si tratti di decisioni che ricadono nella competenza assembleare) e, si badi, a prescindere dal fatto che la società abbia adottato lo *status* di società *benefit* ai sensi dell'art. 1, comma 376 ss., L. 208/2015²⁶.

Abstract

THE PASSIVITY RULE IN THE SUSTAINABLE ECONOMY: INSIGHTS FOR AN INITIAL ANALYSIS

È di frequente rimarcato, e non solo nell'ambito della scienza

MARCHETTI, *sub art.* 2367, in *Assemblea*, a cura di A. PICCIAU, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, 2008, 75.

²⁵ Ad ogni modo, non risulta possibile per l'assemblea imporre agli amministratori di attuare misure difensive che non siano condivise dall'organo gestorio (salvo, ovviamente, il caso di operazioni di competenza assembleare). Ciò è impedito dalla natura meramente "autorizzativa" della competenza assembleare sulla *passivity rule*, che riconosce ai soci il potere di vietare (*vetorecht*) il compimento di certe operazioni, ma che lascia intatta la discrezionalità degli amministratori nel decidere se dare o meno esecuzione all'atto autorizzato (sul punto v. G.B. PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, 2, Torino, 2006, 5 ss.). Ne deriva che, anche seguendo l'opinione (ricordata alla precedente nota) di chi ammette la possibilità per gli azionisti di pretendere la convocazione dell'assemblea *ex art.* 2367 c.c. affinché eserciti il proprio potere autorizzativo, gli amministratori non saranno obbligati a dare seguito all'operazione autorizzata.

²⁶ Sul tema, in generale, v. M. CIAN, *Clausole statutarie per la sostenibilità dell'impresa: spazi, limiti e implicazioni*, in *Riv. soc.*, 2021, 475 ss.

giuscommercialistica, come sia in corso di realizzazione un mutamento di prospettiva – se non di vero e proprio *paradigma* di base – nel moderno capitalismo occidentale volto alla realizzazione di una economia sostenibile. Un banco di prova decisivo del detto approccio è dato dalla disciplina dedicata alle offerte pubbliche di acquisto e, segnatamente, dalla norma che impone la c.d. *passivity rule*. Lo studio rappresenta un primo spunto per l'analisi della questione.

It is frequently remarked, not only in the field of business law, how a change of perspective (maybe even of paradigm) is taking place in modern Western capitalism aimed at the realization of a sustainable economy. A decisive test of this approach is provided by the discipline dedicated to takeover bids and, precisely, by the rule imposing the so-called passivity rule. The study provides an initial starting point for the analysis of this issue.

NOTAS SOBRE USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SELEÇÃO DOS RECURSOS “REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA” NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS (ART. 1.036, CPC)

MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI

Professor doutor

nell'Università di San Paolo

SOMMARIO: 1. Fundamentos da técnica de julgamento de recursos repetitivos nos tribunais superiores. – 1.1. Notas breves sobre a técnica de julgamento de recursos repetitivos no CPC/2015. – 2. Algumas considerações sobre as atuais balizas do critério de escolha dos recursos representativos da controvérsia. – 3. Aspectos da chamada “virada tecnológica” na seleção dos recursos representativos da controvérsia. – 4. Quem controla o controlador da inteligência artificial? – 5. Considerações finais.

1. – Não é de hoje que os tribunais brasileiros, especialmente os superiores, estão sobrecarregados de recursos, a maioria deles interpostos pelo próprio Estado brasileiro.

É fato que a maioria desses recursos não é sequer conhecida, devido às barreiras da chamada “jurisprudência defensiva”, que se traduz em obstáculos quase que intransponíveis aos recorrentes, como o do “prequestionamento”¹, mas isso não significa que a gestão de todos esses milhares de recursos tenha sido fácil.

Essa gestão sempre foi lenta e sujeita a muitos equívocos. Em 2008, no entanto, foi dado um passo significativo no sentido da organização desses recursos dirigidos aos tribunais superiores, através da inclusão no CPC/1973 de um procedimento destinado especificamente aos chamados recursos repetitivos. Depois da instituição da repercussão geral, no âmbito do STF, esse procedimento destinado aos recursos repetitivos talvez tenha sido a mais significativa das mudanças em sede recursal.

Trata-se das disposições contidas nos artigos 543-C do já revogado CPC de 1973, segundo as quais, quando havia “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, o tribunal de origem e os tribunais superiores, na medida de seus respectivos regimentos internos, podiam selecionar os recursos que eram “representativos da controvérsia”

¹ Para superar esse óbice, o recorrente precisa demonstrar que o tribunal que proferiu a decisão impugnada no recurso especial ou extraordinário adotou posição explícita a respeito da violação de uma determinada norma legal ou constitucional.

para julgamento, determinando a suspensão de todos os demais recursos que tratassem dessa “idêntica questão de direito”.

Essa técnica foi inspirada na *Musterverfahren* alemã, instituída em 2005, em regime experimental, com previsão para terminar em 2010. Como essa experiência rendeu bons frutos, foi prorrogada até 2012 e depois definitivamente incorporada ao sistema recursal alemão através da Lei Federal n. 50, de 19.10.2012.

A origem remota dessa técnica alemã foi um grande conflito entre a empresa *Deutsche Telekom AG* e seus acionistas. A empresa teria divulgado informações falsas a respeito da robustez de seu patrimônio e isso teria levado milhares de acionistas a propor também milhares de processos, ou seja, a técnica alemã intitulada *Musterverfahren* nasce como uma forma de lidar com uma grande quantidade de processos em primeiro grau de jurisdição, não com recursos repetitivos.

Tudo se resume, portanto, à seleção de uma “causa-piloto”, com a consequente suspensão dos demais processos que tratem de “questão idêntica”².

Os efeitos dessa seleção são muito importantes, especialmente num sistema de *civil law*, em que o apego aos precedentes não é visto como um dever.

No entanto, na hipótese de “multiplicidade de recursos” com “idêntico fundamento de direito”, os tribunais superiores brasileiros passaram a valorizar seus próprios precedentes, mas, vale observar, apenas nesse ponto.

Os demais precedentes seguiram pouco valorizados, com exceção – óbvia – da súmula vinculante. Dessa forma, com certo pioneirismo, o sistema recursal brasileiro passou, a partir de 2008, com a introdução das disposições contidas no art. 543-C ao CPC, a observar fielmente seus precedentes³, ao menos no âmbito dos tribunais superiores.

² O sistema administrativo português (art. 48, 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos) e o espanhol (artigos 37.1 e 37.2 da Ley 29/1998), conhecem técnicas semelhantes. O sistema inglês, no âmbito judicial, admite o *group litigation* (*Civil Procedure Rules, Part. 19, section III, rules 19.10 e 19.15*). Em certa medida, a técnica brasileira dos processos coletivos tem os mesmos fundamentos: resolver litígios de massa através de um único processo. Não por acaso, essa técnica tem inspiração no sistema norte-americano da *class action* que, pragmaticamente, resolveu há décadas a forma de lidar com demandas repetitivas, talvez porque os EUA tenha sido o primeiro país a experimentar a explosão de consumo que todos conhecemos.

³ No caso, trata-se de típico precedente “horizontal”, porque os tribunais superiores estariam seguindo apenas seus próprios precedentes. O precedente “vertical” é aquele que os tribunais de instâncias inferiores estariam obrigados a observar.

Se, a partir de um único julgamento, milhares de recursos podem ser julgados, a economia de tempo dos tribunais e de dinheiro dos contribuintes era e continua sendo muito grande para ser desconsiderada. Além disso, os tribunais superiores deixam de proferir centenas ou milhares de decisões iguais e conseguem transmitir alguma segurança jurídica aos seus jurisdicionados, na medida em que, ao menos em determinados assuntos, é possível saber qual o posicionamento do tribunal antes mesmo da interposição de um recurso.

Portanto, desde 2008, os tribunais superiores estão habituados a selecionar recursos que representam uma controvérsia jurídica. No entanto, esses tribunais jamais revelaram quais seriam os critérios utilizados nessa seleção.

A Resolução n. 8/2008, do STJ, foi o primeiro ato normativo a cuidar desse tema. A partir da Emenda regimental n. 24/2016, o STJ, inclusive por conta da entrada em vigor no CPC/2015, incorporou ao seu Regimento Interno as disposições contidas na Resolução 8/2008.

O disposto no art. 256 desse Regimento do STJ é o que mais interessa ao presente estudo. No parágrafo primeiro desse dispositivo consta que os “recursos especiais representativos da controvérsia” deverão preencher, em síntese, os seguintes requisitos: a) possuir a maior diversidade de fundamentos; b) conter uma questão de mérito que possa “tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; c) demonstrar divergência, se for o caso, “entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto”.

O Regimento Interno do STF não explica quais seriam as hipóteses de seleção dos recursos extraordinários representativos da controvérsia.

De fato, o disposto no art. 326-A desse Regimento apenas disciplina que “os recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no STF sob a sistemática de recursos repetitivos serão registrados previamente ao Presidente...”, mas sem nenhuma indicação dos requisitos que esses recursos devem preencher.

Em todo caso, vale lembrar que as disposições contidas no art. 1.036 permitem ao STF, para além da exigência de repercussão geral, a escolha do recurso representativo da controvérsia, mas também não fixam quais seriam os critérios exatos pelos quais deve ser feita a seleção de recursos que possam representar uma determinada controvérsia.

1.1. – Na linha da bem-sucedida reforma ocorrida em 2008, a técnica da “causa-piloto” seguiu firme no CPC/2015, com alguns aperfeiçoamentos.

As disposições contidas no art. 1.036 desse novo diploma legal, conforme já foi visto, reforçaram a estrutura criada em 2008, de maneira que

os tribunais superiores continuam a julgar os recursos repetitivos na linha da “causa-piloto” inaugurada na Alemanha.

Há muitas considerações que podem ser feitas em torno desse tema, como, por exemplo, a proposta de ampliar essa técnica para os tribunais estaduais ou federais, ao menos nas causas rotineiramente repetitivas, como aquelas que envolvem a Fazenda Pública ou mesmo as concessionárias de serviço público⁴, porque, se o procedimento da causa-piloto é mesmo tão bom assim, não haveria motivo para não repetir esse procedimento em outras instâncias.

É claro que o IRDR (art. 976) cumpre função semelhante nos tribunais estaduais e federais, mas talvez jamais saibamos o motivo pelo qual o legislador simplesmente não repetiu nesses tribunais a exitosa experiência da “causa-piloto” dos tribunais superiores ao invés de criar uma técnica inteiramente nova, como a do IRDR⁵.

Em todo caso, interessa saber que essa técnica da causa-piloto não sofreu nenhuma modificação significativa no CPC/2015.

As disposições estão mais organizadas e alguns pontos específicos, como o da necessidade de suspensão da tramitação dos recursos que não foram selecionados (1.038, parágrafo 1º), ganharam merecido destaque, mas nada de relevante foi alterado em relação às disposições anteriores.

As regras contidas nos artigos 1.036 a 1.040 desse diploma legal tratam da seleção dos “recursos representativos da controvérsia”. Nas disposições contidas no parágrafo 6º do art. 1.036 talvez esteja a mais valiosa diretriz legal para os fins aqui propostos. Essa regra é muito clara ao dispor que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

⁴ Uma breve menção às concessionárias de serviço público é feita no art. 1.040, IV, do CPC. Ao publicar um acórdão paradigma que trate de prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado “ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização” da tese adotada.

⁵ A descontinuidade de técnicas já sedimentadas atrasa a evolução do sistema processual brasileiro. Há muitos exemplos dessa falha sistêmica, como o abandono da técnica dos embargos à execução, para criar a impugnação, assim como o abandono da súmula impeditiva de recursos, para adoção da improcedência liminar do pedido (ambas tentativas de valorização de precedentes em primeiro grau de jurisdição). Mesmo que a história do direito seja marcada por descontinuidades, conforme ensina António Manuel Hespanha (in *Cultura Jurídica Européia*, Lisboa, 2019, 29), e que o que estamos vivendo atualmente nada mais é do que uma nova *disrupção*, nada justifica abandonarmos práticas já consolidadas em prol de um sistema de inteligência artificial que, ao menos em princípio, parece entregar algo extremamente interessante apenas em termos de organização dos processos.

2. – A garantia constitucional do contraditório é a “alma do processo”⁶, e o critério de escolha dos recursos representativos da controvérsia deve, evidentemente, ser avaliado sob esse prisma.

Um raciocínio superficial a esse respeito permitiria afirmar que todas as teses veiculadas nos recursos repetitivos deveriam ser avaliadas pelos tribunais superiores. Entretanto, isso não parece ser possível na prática, dada a grande quantidade de argumentos que normalmente são veiculados nos milhares de recursos dirigidos aos tribunais superiores.

Em nada contribui para melhorar essa situação o fato de que as balizas legais e as que estão nos regulamentos internos dos tribunais superiores, vale recordar, não são nem um pouco objetivas. Em linhas gerais, tratam da necessidade de o recurso selecionado possuir “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida” (art. 1.036, parágrafo 6º), bem como “a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos” e demonstrar, ainda, a “divergência entre órgãos julgadores do tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto” (art. 256 do Regulamento Interno do STJ).

Esse cenário deixa claro que os tribunais superiores possuem boa margem de escolha dos recursos afetados e tudo indica que estão sendo criteriosos nessas seleções, simplesmente porque não há registros de falhas ou mesmo que alguém tenha sido prejudicado no julgamento dos recursos repetitivos, o que, mesmo diante de margens de escolha bastante elásticas, é um grande mérito desses tribunais.

As coisas não iriam bem se, por exemplo, uma determinada argumentação, sustentada em um ou mais dos recursos selecionados como representativos da controvérsia, não fosse sequer considerada em sede de recursos repetitivos. Aquele que sustentou tal argumentação se sentiria prejudicado e isso poderia minar a credibilidade do sistema de julgamento através de uma “causa-piloto”.

O sistema também falharia se, na fase de seleção dos recursos representativos da controvérsia, deixasse de lado algum recurso importante, cuja argumentação tivesse força para influir decisivamente no julgamento final. Nesse caso, a insatisfação do recorrente seria muito intensa, seja pela perda de tempo em esperar um julgamento que não lhe diz respeito, seja pelo desrespeito ao contraditório, na medida em que seus argumentos teriam sido completamente ignorados.

Todas essas informações demonstram que o contraditório, no sistema de julgamento dos recursos repetitivos, está sendo respeitado, embora essa

⁶ Conforme já tive a oportunidade de abordar na obra intitulada *Princípios do processo no novo CPC* (São Paulo, 2016, 88).

não pareça ser uma tarefa fácil, dado o volume e a quantidade de informações que demandam análise por parte dos tribunais.

A identificação dos recursos que versam sobre um determinado tema não deve apresentar nenhuma dificuldade, mas o passo seguinte, que trata da seleção daqueles recursos que podem efetivamente representar a controvérsia, depende de uma análise complexa de todos os argumentos levantados pelos recorrentes e da correta escolha dos melhores recursos, assim entendidos como aqueles que contenham a argumentação mais abrangente.

Talvez as escolhas dos tribunais sejam facilitadas pela homogeneidade dos argumentos, o que, em se tratando de temas repetitivos, é algo bem provável. Mesmo assim, levando em consideração que já há centenas de julgamentos repetitivos realizados pelos tribunais superiores, notadamente pelo STJ, o trabalho de análise de uma grande quantidade de recursos sempre exige esforços e muito investimento por parte dos tribunais superiores.

Esta breve análise permite uma visão geral da missão dos tribunais superiores na seleção dos recursos representativos de uma determinada controvérsia. Ao optar pelo julgamento apenas da “causa-piloto”, compete a esses tribunais analisar cada um dos argumentos veiculados nos recursos selecionados para representar a controvérsia que, por sua vez, devem conter, no mínimo, os argumentos que foram levantados nos recursos que não foram afetados.

Em outras palavras, a única justificativa que os tribunais superiores possuem para determinar a suspensão de milhares de recursos é a de que os selecionados (ou afetados) para julgamento representam fielmente todos os argumentos que foram levantados pelos recorrentes, tanto para acolher quanto para negar provimento a todos esses recursos.

Se não for assim, não haverá respeito ao contraditório e a bem-sucedida técnica da “causa-piloto” seria apenas um instrumento autoritário, em que os tribunais superiores poderiam escolher quais temas serão levados a julgamento.

No entanto, vale repetir, não há notícias concretas sobre a existência de violações ao contraditório nessa seara, seja porque os argumentos têm sido homogêneos (entre os recursos afetados e aqueles apenas suspensos), seja porque os tribunais provavelmente têm sido eficientes na escolha dos recursos afetados, no sentido de que tais recursos efetivamente representam a controvérsia instaurada em torno de uma determinada regra legal⁷.

⁷ Sobre o tema, v. L.G. AIDAR BONDIOLI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XX. 2ª edição, São Paulo, 2017, 257-259.

3. – A chegada de novas tecnologias, nas mais diversas áreas da atuação humana, tem provocado alterações significativas na vida das pessoas⁸.

Dentre outras tantas novidades, já é realidade, por exemplo, a conversa entre humanos e máquinas através do “chatbot”, que é um programa de computador apto a simular respostas humanas numa determinada interação, como a que ocorre em alguns procedimentos de agendamento de revisão periódica de veículos, de consultas a profissionais liberais etc.

Os tribunais brasileiros, que estão saturados de processos, também já assumiram o uso das novas tecnologias. O Conselho Nacional de Justiça, através de pesquisa coordenada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), informa que “entre fevereiro e agosto de 2020, o Judiciário contava com 64 projetos de IA (inteligência artificial) em funcionamento ou em processo de implantação, em 47 tribunais do país”.

Nessa pesquisa houve destaque ao “Sistema Mandamus”, empregado pelo Tribunal de Justiça de Roraima no “cumprimento dos mandados, por meio de automação e distribuição eletrônica desses documentos”.

Também o programa “Sinapses” mereceu destaque nessa pesquisa, por se tratar de uma “plataforma voltada para o desenvolvimento e a disponibilidade em larga escala de IA”, de modo a permitir que projetos que envolvam inteligência artificial “sejam compartilhados e utilizados por outros tribunais”.

A inteligência artificial, vale lembrar, é um ramo da Ciência da Computação que utiliza o sistema de “algoritmos” para simular comportamento humano, como no caso do “chatbot”, ou mesmo para aprender uma determinada função (*machine learning*).

Por sua vez, os algoritmos são códigos de computador (conjunto de instruções de um determinado sistema de processamento de dados⁹) que utilizam informações para aprender algo e, como é notório, há tanta informação no mundo virtual que esse método de aprendizagem da

⁸ A “virada tecnológica”, na (otimista) visão de Dierle Nunes, vai além da informatização judicial e do “emprego de tecnologias no exercício das profissões jurídicas”, para abranger também o impacto da inteligência artificial, na mudança dos institutos jurídicos (...), sem olvidar a criação de novos institutos (...) e de práticas jurídicas absolutamente inovadoras (...) até impactando no design das peças processuais”. Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação). In NUNES-LUCON-WOLKART. *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*, Salvador, 2020, 18-19.

⁹ A “religião dos dados”, ou simplesmente “dataísmo”, “oferece tecnologias inovadoras e poderes inéditos e imensos”, na (irônica) visão de Yuval Noah Harari. Nessa perspectiva, afirma esse autor, “não apenas os organismos individuais estão sendo considerados sistema de processamento de dados”, mas também “sociedades inteiras” (in *Homo Deus: uma breve história do amanhã*, São Paulo, 2016, 370-371).

máquina não encontra dificuldade para, por exemplo, dissecar quais são os hábitos de consumo de uma determinada pessoa, suas preferências políticas etc.¹⁰.

Daí por que o uso da inteligência artificial vem revolucionando também o modo de trabalho dos tribunais brasileiros. Em termos de velocidade e precisão, atributos que não costumam ser encontrados na Administração Pública brasileira em geral, evidentemente a inteligência artificial é insuperável. O trabalho de muitos meses de dedicação dos seres humanos na busca de determinados dados pode ser realizado em poucos segundos pelas máquinas e com margens de erro muito pequenas. Nessa perspectiva, não há motivos para não aplaudir a chamada “virada tecnológica” no âmbito dos tribunais, embora pareça prematuro afirmar que essa virada irá além da simples organização e apoio ao andamento dos processos¹¹.

Por outro lado, se a atuação da inteligência artificial não se limitar a tarefas meramente burocráticas ou de simples organização dos processos, o que estaríamos assistindo não seria propriamente uma “virada” tecnológica, mas sim uma “invasão” tecnológica que, a depender de sua proporção, pode ser preocupante.

Não se trata, aqui, de ingressar no argumento superficial – facilmente encontrado em obras literárias e cinematográficas – de que poderia haver uma tomada de poder pelas máquinas. No contexto em análise, são os seres humanos que estão entregando esse poder às máquinas, aliás, com indisfarçável prazer, porque ninguém gosta de trabalhos repetitivos e enfadonhos. Portanto, ao contrário do que se imaginou, as máquinas da atualidade não precisam forçar o ingresso em atividade alguma.

É neste ponto, provavelmente, que reside o risco do uso da inteligência artificial pelos tribunais. A tendência de destinar serviços burocráticos às máquinas pode abrir portas para que outras tarefas, não tão burocráticas assim, também tenham o mesmo destino, no que se poderia chamar de *abuso da inteligência artificial*.

¹⁰ A expressão “algocracia”, cunhada pelo professor irlandês John Danaher, vem sendo utilizada como exemplo da crescente valorização do uso dos algoritmos em diversos campos da atividade humana atualmente. O valor estimado do mercado global de inteligência artificial, segundo a Revista Veja publicou em seu *site* em 02.07.21, é superior a trezentos e vinte bilhões de dólares.

¹¹ Num “mundo líquido” ou disforme, entregue a intensos “fluxos de poder” (cfr. Z. BAUMAN – C. BORDONI, *Estado de crise*, Rio de Janeiro, 2016, *passim*), não está descartada a rápida queda do império do algoritmo (como religião ou como forma de imposição de poderes – dataísmo e algocracia), que cederia espaço a um novo império, talvez fundado na teoria *quântica*. Nesse ambiente líquido, parece impossível imaginar como as tradicionais instituições do Direito que conhecemos vão permanecer, se adaptar ou mesmo desaparecer.

Isso não ocorrerá de forma explícita ou abrupta, porque tribunal nenhum assumirá que seus julgamentos, ou qualquer decisão que envolva algum tipo de valoração, estão sendo feitos ou auxiliados por máquinas¹². No entanto, ninguém pode garantir que isso não venha a acontecer na prática, muito menos com o crescente uso dessas novas tecnologias.

No tema que constitui o objeto do presente estudo, ao menos em princípio, evidentemente não há nenhum problema na utilização da inteligência artificial na seleção dos recursos representativos de uma determinada controvérsia.

De fato, as vantagens que esse sistema possibilita são imensas. Se, por exemplo, há cinco mil processos no STJ versando sobre um determinado tema, a inteligência artificial pode identificar quais os processos e as teses sustentadas, bem como a origem dos recursos e os critérios que devem ser utilizados para selecioná-los.

Todos esses dados são imprescindíveis para o bom funcionamento do método da “causa-piloto”, mas, ao mesmo tempo, criam um paradoxo, que é o da inédita possibilidade de controle absoluto dos critérios utilizados pelas máquinas na seleção dos recursos representativos da controvérsia.

Se esses critérios de seleção, que constituem os algoritmos criados por seres humanos, *precisam ser* previamente manipulados para que o sistema saiba que tipo de recurso deve ser selecionado, talvez tenha chegado o momento de exigirmos que os tribunais superiores exponham, claramente, quais são os critérios que foram utilizados na programação de seus sistemas de inteligência artificial que estão sendo ou que serão utilizados¹³.

4. – A conhecida indagação de Norberto Bobbio¹⁴ continua mais atual do que nunca e faz muito sentido na análise ora desenvolvida. Não se trata, aqui, de nenhuma proposta de controlar os tribunais e suas decisões, mas sim de aproveitarmos um momento único, em que os sistemas de

¹² Sobre o tema, mais amplamente, v. F.N. ANDRIGHI – J.F. BIANCHI, *Reflexão sobre os riscos do uso da inteligência artificial ao processo de tomada de decisões no Poder Judiciário*, in H. ALVES PINTO – J. CARÚ GUEDES – J. PORTES DE CERQUEIRA (coordenadores), *Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*, Belo Horizonte, São Paulo, 2020, 173-190.

¹³ Em 2019 o STJ já utilizava os seguintes sistemas: Athos, Sócrates, E-Juris e TUA. Ao que se sabe, o STF tem utilizado apenas o sistema Victor. Em circunstâncias ideais, todos os tribunais exporiam, com clareza, como são escolhidos e de que formam funcionam os sistemas de inteligência artificial que já estão utilizando ou aqueles que pretendem utilizar. É desigual, especialmente em relação aos mais vulneráveis, o acesso à tecnologia da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário.

¹⁴ In *O futuro da democracia*, 15ª ed., São Paulo, 2009.

inteligência artificial começam a ganhar terreno nas atividades desses tribunais, para discutirmos os critérios que serão utilizados na formação desses sistemas de seleção de recursos representativos da controvérsia e de outros sistemas.

Está em curso, portanto, para além da simples adoção de um sistema de inteligência artificial, um momento de *legitimação constitucional* desse sistema¹⁵. Deve ser feito, urgentemente, um verdadeiro teste de resistência de todos os sistemas de inteligência artificial, que leve em consideração as vantagens concretas que ele proporciona, bem como a possibilidade de garantir ou mesmo ampliar as garantias constitucionais dos jurisdicionados em geral e dos recorrentes em particular. Não pode haver retrocesso nesse ponto.

Em 2008, quando a técnica da causa-piloto começou a ser utilizada nos tribunais superiores, os critérios utilizados na seleção dependiam exclusivamente de seres humanos e jamais se cogitou de qualquer tipo de controle sobre os membros da equipe de apoio aos ministros desses tribunais que auxiliavam e continuam auxiliando nessa tarefa. Mas havia um argumento de autoridade: se foram selecionados pelos tribunais, os membros dessa equipe de apoio seriam pessoas dignas da confiança de todos.

Mas o cenário atual é muito diverso. Muito provavelmente já há máquinas atuando nessa seleção e é importante saber quais sistemas estão sendo utilizados e de que forma funcionam, não porque exista algum motivo para desconfiar da eficiência dos programas de inteligência artificial escolhidos pelos tribunais superiores, mas sim porque há bons motivos para justificar esse controle da inteligência artificial.

Um deles é, certamente, a previsibilidade das chances de um recurso ser selecionado como representativo de uma determinada controvérsia. Se, por exemplo, for possível saber que as máquinas selecionarão os recursos que contiverem uma determinada “palavra-chave” ou um conjunto de expressões, os recorrentes poderão – legitimamente – se comportar segundo esses parâmetros, criando suas próprias estratégias de comunicação com um sistema de inteligência artificial.

Certamente haverá, com o perdão dos neologismos, uma *devida inteligência artificial* se essa previsibilidade for respeitada no âmbito processual, sem embargo da garantia de um *contraditório algorítmico*, que não causará surpresas ou decepções a nenhum dos recorrentes.

Todas essas expressões, forçadamente adaptadas para o tema em tela, indicam que precisamos aproveitar esse momento inicial do uso da

¹⁵ V. L.A. REICHEL, *Inteligência artificial e direitos fundamentais no âmbito cível: uma primeira aproximação*, in *Revista de Processo*, v. 46, 2021, 387-408.

inteligência artificial para ampliarmos o respeito às garantias constitucionais que guiarão os processos em que seja utilizado algum tipo de inteligência artificial. Não pode haver, repita-se, nenhum retrocesso nesse ponto.

Tais garantias constitucionais, ao contrário do que ocorre com os sistemas de inteligência artificial recentemente criados e recebidos com entusiasmo (talvez exagerado) pela doutrina, foram duramente conquistadas ao longo dos últimos tempos e não podem simplesmente desaparecer em nome da eficiência de alguns sistemas eletrônicos. É esse o ponto em que se deve cuidar zelosamente da *legitimação constitucional* do uso da inteligência artificial nos modelos processuais.

O segundo motivo é o da necessária *transparência*¹⁶ dos modelos de inteligência artificial utilizados. A garantia constitucional da publicidade dos atos estatais em geral e processuais em particular impõe aos tribunais o dever de revelar quais são os sistemas contratados e os critérios pelos quais esses sistemas operarão no âmbito da seleção dos recursos representativos de uma determinada controvérsia, dentre outras possibilidades de uso desses sistemas.

Também a garantia da igualdade entre os litigantes poderia ser levantada como um dos fundamentos do controle do uso da inteligência artificial pelos tribunais. De fato, enquanto grandes escritórios de advocacia talvez até já estejam usando seus próprios programas de inteligência artificial, a grande maioria dos advogados provavelmente sequer tenha entendido como esses novos sistemas funcionam. Se os tribunais forem mais transparentes, todos os advogados teriam condições de montar as próprias estratégias ou, se for o caso, de adquirirem seus próprios sistemas de inteligência artificial¹⁷.

Na mesma linha do que vem sendo sustentado no presente estudo, Luís Manoel Borges do Vale lembra que os algoritmos podem ser “supervisionados” e que o *dever* de transparência e publicidade dos tribunais em relação a esses instrumentos de inteligência artificial encontra fundamento legal nas disposições contidas no art. 20, parágrafo 1º, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A redação desse dispositivo, de fato, não deixa dúvidas que, quando se trata de decisões proferidas por um sistema de inteligência artificial (*decisão automatizada*): “O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito

¹⁶ V. L.A. REICHEL, *Reflexões sobre inteligência artificial aplicada ao Direito Processual Civil: o desafio da transparência dos algoritmos sob a ótica dos direitos fundamentais processuais*, in *Revista de Processo*, v. 46, 377-393.

¹⁷ Vale lembrar, nesse ponto, que os órgãos de assistência judiciária que não possuam seus próprios sistemas de inteligência artificial, também estariam em situação de desigualdade, no que diz respeito ao acesso às informações sobre o modo de funcionamento da inteligência artificial nos tribunais.

dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os critérios comercial e industrial”.

Mas o ponto ora em análise é outro. Os tribunais, vale repetir, jamais vão declarar que estão usando um sistema de inteligência artificial em seus julgamentos. Quando muito, vão dizer que o sistema fornece sugestões ao magistrado. Daí por que, mesmo diante de declarações dessa natureza, o dever de transparência exige que todos saibam qual sistema de inteligência artificial estaria fornecendo tais sugestões e através de quais critérios.

Seria plenamente possível agregar outros tantos motivos, mas talvez valha a pena destacar apenas mais um. Ocorre que a inteligência artificial, especialmente no cenário da seleção dos recursos representativos de controvérsia, não realiza tarefas puramente mecânicas.

Sempre haverá algum juízo de valor nessa seleção, porque nem mesmo a inteligência humana pode expressar, de forma objetiva, o que significa exatamente representar uma controvérsia e talvez cada magistrado tenha sua própria opinião sobre como uma controvérsia deve ser representada.

Se isso ocorrer, embora pareça pouco provável, o sistema de seleção de um recurso que representasse toda a controvérsia simplesmente não poderia ser utilizado da forma como estamos imaginando, salvo se, e aí voltamos ao ponto inicial, os algoritmos forem preparados de forma transparente, de maneira que o resultado seja compreensível.

Seria recomendável, inclusive, que o trabalho humano fosse comparado ao trabalho da inteligência artificial, ao menos no estágio inicial da utilização de um determinado algoritmo. Se os recursos selecionados pelos seres humanos não forem os mesmos apontados pela inteligência artificial, evidentemente algo precisará ser revisto.

Nesse cenário, vale indagar o que se pode esperar de um sistema de inteligência artificial que venha a fazer esse tipo de seleção. Como todo instrumento, ele trabalhará segundo as preferências de seu programador e, se pode aprender algo, também será o seu programador que dirá em que extensão isso virá a ocorrer. Tudo isso precisa guardar estreita relação com as diretrizes fixadas em lei, quando o sistema for utilizado no contexto da atividade jurisdicional.

A exigência legal, na perspectiva adotada no presente estudo, é a de que o recurso selecionado contenha “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”, conforme disposto no art. 1.036, parágrafo 6º, do CPC.

Na linha da preservação do contraditório que vem sendo sustentada, o primeiro passo do sistema seria descobrir exatamente quais os argumentos que foram veiculados em todos os recursos, tanto para acolher quanto para rejeitar a tese de que uma determinada norma teria sido violada.

Na perspectiva proposta por Dierle Nunes, a partir do acesso ao banco de dados do tribunal pelo sistema de inteligência artificial, seria possível descobrir rapidamente quantos recursos existem a respeito de uma determinada controvérsia e tais dados, devidamente “parametrizados” por esse sistema, permitiram obter “subsídios para que um pequeno ou grande *player* impactado pela decisão possa requerer a afetação de um recurso mais abrangente que permita a real influência”¹⁸.

Isso significa que a inteligência artificial pode, de alguma maneira, atribuir um determinado valor ou importância a um recurso, em detrimento de outros, mas, embora constitua pista significativa, essa informação não joga luz suficiente no eixo central do tema em estudo, que consiste em saber em que medida a inteligência artificial pode atuar na seleção de recursos que sejam representativos de uma determinada controvérsia.

É bem verdade que, conforme demonstrado por Alexandre Morais da Rosa e Bárbara Guasque¹⁹, o projeto através do qual a inteligência artificial atuará nesse campo está em seu estágio inicial e avança inclusive como “ferramenta de auxílio à tomada de decisão judicial”, embora a decisão final, assim se espera, ficará sempre a cargo do ministro encarregado do julgamento.

E essa informação robustece o entendimento de que perderemos uma janela de oportunidade no que diz respeito à legitimação constitucional do uso da inteligência artificial pelos tribunais se, desde já, não os obrigarmos a serem muito transparentes em relação a esse uso.

Várias sugestões podem ser feitas em relação a essa transparência, no contexto do sistema da causa-piloto. O sistema de inteligência artificial deve estar preparado para detectar a repetição de recursos a respeito de um determinado tema, como, por exemplo, o da chamada “controvérsia 133”, registrada no *site* do STJ, em que está em discussão a existência de obrigação de as operadoras de plano de saúde cobrirem tratamento médico e/ou medicamentos que não estejam listados no rol da Agência Nacional de Saúde – ANS.

Nesse caso, naturalmente encontraremos recorrentes afirmando que existe essa obrigação e outros, representantes dessas operadoras, sustentando exatamente o contrário, o que obrigará o sistema a fazer uma *seleção proporcional* entre as duas teses antagônicas²⁰, com ênfase nas teses principais.

¹⁸ *Op. cit.*, 25.

¹⁹ O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In NUNES-LUCON-WOLKART, *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*, cit., 77.

²⁰ Sem favoritismos e de forma que *hackers* de má-fé não exerçam nenhuma invasão do sistema em prol, por exemplo, das operadoras de plano de saúde,

Mas, tanto de um lado quanto de outro, quase sempre haverá teses secundárias, que não podem ser desconsideradas de plano. O sistema precisa saber quais são essas teses e consultar o ministro relator sobre quais podem ser descartadas ou não, bem como quais os recursos que concentram a maior parte dessas teses. Em outras palavras, a avaliação da relevância de uma tese evidentemente não é uma tarefa que possa ser transferida para o sistema de inteligência artificial sem maiores formalidades. Há uma avaliação (humana) a ser feita em relação a esses valores.

Dessa forma, se o recorrente “x”, sustenta em seu recurso, por exemplo, mais de oitenta por cento das teses existentes em favor dos usuários dos planos de saúde, ele deve, muito provavelmente, ser selecionado como autor do recurso mais representativo de uma determinada controvérsia. Da mesma forma, um ou mais recursos que, juntos, correspondam a oitenta por cento dos temas sustentados pelas operadoras de plano de saúde, deverão ser os selecionados.

É nesse ponto que a inteligência artificial pode atuar, porque essa seleção dependeria talvez de meses de trabalho humano, enquanto uma máquina provavelmente consiga realizar esse trabalho em poucas horas.

No entanto, não é isso que ocorre quando for o caso de analisar, aproveitando o exemplo acima, se as demais teses (vinte por cento) podem mesmo ser descartadas ou se, apesar de não aparecerem em vários outros recursos, podem ser vistas como relevantes.

Até onde se sabe, a inteligência artificial não está preparada sequer para sugerir algo que, por exemplo, diga respeito a um argumento altamente elaborado, feito por um grande especialista em um determinado tema, mas que, talvez justamente por esse motivo, só tenha sido mencionado em um único recurso.

Seria mesmo muito importante saber como o sistema de inteligência artificial poderia ser instruído para lidar essa situação. O mais importante para o algoritmo seria a quantidade de recursos veiculando uma determinada tese ou uma tese que, a despeito de ter sido mencionada num único recurso, seria muito relevante para a discussão? No mínimo, a forma de resolver dilemas desse porte precisa ser transparente. Aliás, todas as possíveis inconsistências do sistema precisam ser publicamente avaliadas, inclusive para que os tribunais descartem os resultados alcançados. Nesse ponto, o sistema de inteligência artificial se legitimaria ainda mais se pudesse gerar um relatório sobre quais argumentos (ou recursos) foram

conforme exemplo acima mencionado. Somente a transparência, acompanhada de testes paralelos, que podem ser frequentes no começo e aleatórios no futuro, oferecerá alguma garantia aos jurisdicionados.

considerados representativos de uma controvérsia e sobre quais foram descartados.

6. – Não há como fugir da natureza humana. Se a utilização dos sistemas de inteligência artificial vai permitir, de fato, ampla organização e seleção de recursos *verdadeiramente* representativos de uma determinada controvérsia, é muito provável que esse sucesso se repita em outras tarefas do Poder Judiciário e até no aumento das hipóteses em que pode haver *sugestão* da decisão judicial a ser tomada por um magistrado, fornecida, conforme já vimos, pela inteligência artificial.

Talvez não seja difícil imaginar um cenário em que as sugestões de decisões judiciais feitas por um sistema de inteligência artificial possam superar, em quantidade e em qualidade, as decisões tomadas por seres humanos e de fato não haveria problema algum se um magistrado, convencido da qualidade da decisão sugerida pelo sistema, resolvesse simplesmente adotá-la, sem nenhuma alteração ou reserva.

Nessa hipótese, em prol da transparência e da publicidade, todos precisam saber qual programa de inteligência artificial está sendo usado e quais são as diretrizes desse programa, justamente para que possam desenvolver estratégias com base nessas informações²¹.

O mais importante, dentre as reflexões que se pode extrair das considerações acima, é aceitarmos que o – a esta altura, inevitável – uso da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário em geral não pode significar nenhum retrocesso nas garantias constitucionais já conquistadas.

Ao contrário, essa nova ferramenta de trabalho precisa ampliar essas garantias, melhorando, por exemplo, a proteção ao contraditório na seleção dos recursos representativos de uma determinada controvérsia, além de, obviamente, sempre trabalhar com ampla transparência, que permita ao jurisdicionado se comportar previamente segundo as regras que foram inseridas num determinado algoritmo.

²¹ Em certa medida, também seria desejável que houvesse transparência a respeito do que foi sugerido pelo sistema de inteligência artificial e do que foi utilizado na decisão a partir dessa sugestão. Embora pareça utópica esta proposta, quanto maior for o respeito à publicidade em situações como essa mais democrático será uso da inteligência artificial nos tribunais. No sentido da amplitude da transparência e da publicidade, v. Marco Antonio Rodrigues e Jean Carlos de Albuquerque Gomes. As novas tecnologias estão mudando a forma de recorrer? In NUNES-LUCON-WOLKART, *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*, cit., 649.

Se isso não ocorrer, o uso da inteligência artificial simplesmente não se legitimará frente às garantias constitucionais do processo, especialmente se, para além de simples organização, passar a sugerir decisões que, de tão “perfeitas”, acabem tomando o lugar das decisões humanas.

Não é essa a saída para o congestionamento dos tribunais que almejamos, mesmo porque, com o passar do tempo, as decisões judiciais *automatizadas* se transformarão naquilo que, com o perdão da ironia, os restaurantes *fast food* têm representado para a saúde humana.

Abstract

NOTES ON THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE SELECTION OF “CONTROVERSY REPRESENTATIVE” APPEAL IN THE BRAZILIAN SUPERIOR COURTS (ART. 1.036, CPC)

Il saggio affronta il tema dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale quale mezzo di selezione delle impugnazioni da parte delle Corti superiori brasiliane. Sebbene nessun dubbio vi sia quanto all'utilità, questa pratica ha sollevato varie preoccupazioni, in ragione del fatto che non è noto l'uso dell'algoritmo applicato. In questo contesto, l'Autore conclude per la legittimità costituzionale dell'uso in tale contesto dell'IA alla necessaria condizione che sia resa nota e discussa la creazione degli algoritmi applicabili.

This study deals with the use of artificial intelligence as an appeal selection means by Brazilian Superior Courts. Although no one doubts its efficiency, this practice has caused some concern, because the formatting of the algorithms used by these courts is not known. In this context, the study concludes that the constitutional legitimation of the use of artificial intelligence will only take place through the publicity in the creation of these algorithms.

Corte di cassazione, sez. I, 18 gennaio 2022, n. 1453
Pres. Genovese, Rel. Mercolino

In tema di finanziamenti pubblici alle imprese, coperti da garanzia SACE, la revoca del beneficio, per il venir meno dei requisiti cui ne è subordinato il riconoscimento, comporta l'insorgenza di un'autonoma obbligazione "ex lege" della beneficiaria verso il garante, obbligazione che, trovando la propria autonoma fonte nel sopravvenuto difetto della causa giustificatrice del beneficio, postula l'inapplicabilità delle norme sulla fideiussione ordinaria, degli istituti della surroga e del regresso nonché, infine, della disciplina di cui agli artt. 61 e 62 L. fall. Ne deriva che, in caso di fallimento dell'impresa finanziata, SACE è legittimata ad insinuare il proprio credito al passivo, quand'anche consti un pagamento non interamente soddisfattorio a vantaggio dell'istituto di credito in origine garantito, il quale abbia, a sua volta, chiesto ed ottenuto l'ammissione al passivo.

1. Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione degli artt. 1 e 9, commi quarto e quinto, del d.lgs. n. 123 del 1998, censurando il decreto impugnato nella parte in cui ha escluso che la revoca del beneficio determini il sorgere di un'obbligazione *ex lege* nei confronti del beneficiario, ed ha ritenuto pertanto ammissibili la surroga e il regresso. Sostiene infatti che il credito azionato è diverso da quello già ammesso al passivo, trovando la propria fonte non già nel contratto di mutuo e nell'obbligazione di garanzia, ma nella revoca del beneficio, essendo vantato direttamente nei confronti della società fallita ed avendo natura privilegiata. Aggiunge che la revoca comporta il venir meno della surroga nei diritti della banca, provocando l'annullamento dell'intera operazione, con effetto retroattivo, con il conseguente venir meno del credito ammesso al passivo e la necessità di procedere alla cancellazione della relativa posta, al fine di evitare una duplicazione del passivo. Afferma inoltre l'irrilevanza del mancato richiamo del d.lgs. n. 123 del 1998 da parte del contratto di mutuo e dell'atto di concessione della garanzia, ponendo in risalto il nesso esistente tra il finanziamento pubblico e l'attività produttiva del beneficiario, ed insistendo pertanto sull'applicabilità della disciplina in materia di intervento di sostegno pubblico alle imprese.

2. Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione degli artt. 61 e 62 della legge fall., censurando il decreto impugnato nella parte in cui ha ritenuto applicabili tali disposizioni, senza considerare che il credito azionato non sorge da un atto del fallito successivo alla dichiarazione di fallimento, ma da un provvedimento amministrativo che attribuisce rilevanza giuridica a comportamenti del fallito anteriori al fallimento. Premesso che la revoca del beneficio non incide sulla sussistenza del contratto di mutuo al quale accede la garanzia, sostiene che il privilegio che assiste i crediti per le restituzioni degli interventi di sostegno pubblico previsti dal d.lgs. n. 123 del 1998 prevale su ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, fatta eccezione per il privilegio per le spese di giustizia e quelli previsti dall'art. 2751 bis cod. civ., e fatti salvi i diritti preesistenti di terzi.

3. Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 9, commi quarto e quinto, del d.lgs. n. 123 del 1998 e dell'art. 1936 cod. civ., ribadendo che la revoca del beneficio comporta la nascita di un'obbligazione *ex lege* che sostituisce sia quella contrattuale da essa assunta nei confronti della banca sia quella del beneficiario, con il conseguente venir meno della surroga e l'inapplicabilità delle norme sulla fideiussione.

4. Con il quarto motivo, la ricorrente denuncia la violazione degli artt. 1 e 7 del d.lgs. n. 123 del 1998, osservando che, nell'escludere la riconducibilità della garanzia da essa prestata alla categoria degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, il decreto impugnato non ha tenuto conto delle sue finalità istituzionali, consistenti anche nel rilascio di garanzie per il rischio di mancata restituzione di finanziamenti concessi a supporto del processo di internazionalizzazione delle imprese italiane. Afferma pertanto che, relativamente alla quota garantita, il credito derivante dal mutuo deve considerarsi privilegiato ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 123 del 1998 fin dalla data di stipulazione del contratto, non assumendo alcun rilievo, a tal fine, la surroga nella posizione della banca mutuante, la quale determina soltanto una modificazione soggettiva del credito garantito. Precisa che, in quanto erogato in forma di garanzia, e non già in denaro, il contributo pubblico viene in rilievo soltanto nel momento in cui, a seguito del pagamento dell'indennizzo in favore della banca e della surroga nei diritti della stessa, il credito di firma si trasforma in un credito di cassa, con il conseguente diritto al recupero dello importo pagato.

Premesso inoltre che la finalità dell'operazione consiste nella incentivazione dell'attività delle piccole e medie imprese, attraverso la prestazione di una garanzia che consente alle stesse di accedere ad un finanziamento bancario senza necessità di fornire le consuete garanzie reali o personali, afferma che nel caso in cui il beneficiario non riesca a far fronte alla restituzione, essa ricorrente è tenuta ad adempiere l'obbligazione di garanzia nei confronti della banca. Sostiene infine che, nel ricollegare la revoca del beneficio alla mancata restituzione del finanziamento, il Tribunale non ha tenuto conto degli obblighi assunti dalla beneficiaria, la quale, non essendo in grado di dimostrare la corretta utilizzazione dei fondi ricevuti, si era astenuta dall'impugnare il provvedimento.

5. I predetti motivi, da esaminarsi congiuntamente, in quanto riflettenti profili diversi della medesima questione, sono fondati. Non può infatti condividersi la sentenza impugnata, nella parte in cui ha qualificato la fattispecie come un'ordinaria fideiussione, individuandone il fondamento nella garanzia prestata dalla SACE a favore della Banca Popolare dell'Emilia Romagna per il mutuo concesso alla SCS, ed escludendo pertanto la configurabilità del credito azionato dalla ricorrente come un'obbligazione *ex lege*, insorgente dalla revoca del beneficio accordato alla società fallita, anziché come un'ipotesi di surroga o di regresso del fideiussore, assoggettata alla disciplina dettata dall'art. 61, secondo comma, della legge fall.

In tema di finanziamenti pubblici alle imprese, e con specifico riferimento al privilegio previsto dall'art. 9, comma quinto, del d.lgs. n. 123 del 1998, in favore dei crediti restitutori nascenti da interventi di sostegno per lo sviluppo delle attività produttive disciplinati dal medesimo decreto, questa Corte ha infatti affermato che la ratio della prelazione è costituita dalla peculiare natura del credito, proveniente da

fondi pubblici, la quale impone d'individuare il presupposto nel procedimento di erogazione del contributo, rispetto al quale la revoca opera non già come momento genetico del privilegio, ma come condizione affinché la SACE possa agire per il recupero del proprio credito (cfr. Cass., Sez. III, 13/05/2020, n. 8882). In linea più generale, la revoca dei benefici relativi alla concessione di sovvenzioni e contributi pubblici, in dipendenza del venir meno dei requisiti oggettivi o soggettivi cui la legge ne subordina il riconoscimento, è stata equiparata all'avveramento di una condizione risolutiva espressa, che comporta a carico del beneficiario l'obbligo di restituire all'ente finanziatore tutte le somme, in qualsiasi forma erogate, indebitamente ricevute in forza della normativa che prevede il beneficio (cfr. in tema di contributi previsti dalla legge 28 febbraio 1986, n. 44; Cass., Sez. I, 25/01/2018, n. 1899; Cass. 27/11/2013, n. 26507). In riferimento alla revoca prevista dall'art. 9 del d.lgs. n. 123, tale principio è stato ritenuto applicabile non solo all'ipotesi in cui la stessa sia determinata da patologie inerenti alla fase genetica dell'erogazione, quali l'irregolare ammissione all'intervento o comunque l'indebito conseguimento del beneficio di legge, ma anche all'ipotesi in cui sia giustificata da eventi riguardanti la gestione del rapporto di credito insorto per effetto della concessione, come gravi inadempienze del beneficiario o fatti imputabili al medesimo (cfr. Cass., Sez. I, 20/04/2018, n. 9926).

Premesso infatti che gli interventi pubblici di sostegno all'economia si realizzano attraverso un procedimento complesso, in cui la fase di natura amministrativa di selezione dei beneficiari in vista della realizzazione di interessi pubblici è seguita da un negozio privatistico di finanziamento o di garanzia, nella cui struttura causale si inserisce la destinazione delle somme ad uno specifico scopo, si è osservato che la deviazione dallo scopo, nei casi suindicati, così come l'inadempienza a tale rapporto negoziale, determina la violazione della causa del contratto di finanziamento o di garanzia e costituisce (attesa la stretta connessione sussistente tra le due fasi del complesso procedimento in esame) presupposto della revoca del beneficio erogato (cfr. Cass., Sez. I, 20/09/2017, n. 21841). In proposito, è stato posto in risalto anche il carattere oggettivo dell'apprezzamento richiesto in ordine alla persistenza dei requisiti prescritti per l'accesso al beneficio o all'inadempimento degli obblighi imposti dalla legge o dal provvedimento concessorio nella fase esecutiva del rapporto, escludendosi la configurabilità di residui margini di discrezionalità dell'ente concedente ai fini della valutazione delle ragioni di pubblico interesse sottese all'erogazione del contributo, con la conseguente affermazione della giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria in ordine alle relative controversie (cfr. Cass., Sez. Un., 17/02/2016, n. 3057; 11/07/2014, n. 15941; 7/01/2013, n. 150; 13/10/2011, n. 21062); nella medesima ottica, è stato riconosciuto, nel caso in cui il beneficiario sia dichiarato fallito, che il credito restitutorio insinuato al passivo dall'ente concedente sorge nel momento in cui si apre la procedura concorsuale o, ancor prima, in quello in cui vengono meno i requisiti prescritti: è stato infatti precisato che tali eventi determinano automaticamente la perdita del beneficio, rispetto alla quale la revoca non riveste portata costitutiva, con la duplice conseguenza che è agli stessi, e non alla revoca, che dev'essere ancorata la decorrenza del termine di prescrizione (cfr. Cass., Sez. I, 3/07/2015, n. 13763), e che il credito riveste carattere concorsuale, indipendentemente dalla circostanza che la revoca sia

intervenuta successivamente alla dichiarazione di fallimento (cfr. Cass., Sez. I, 30/01/2019, n. 2664; 18/08/2017, n. 20182). Tali considerazioni hanno indotto la dottrina a ritenere inappropriato il termine «revoca», adoperato dal legislatore per riferirsi al provvedimento in esame: è stata messa infatti in dubbio l'assimilabilità dello stesso a quello contemplato dall'art. 2 *quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale trova giustificazione non già nel venir meno dei requisiti prescritti per l'emanazione del provvedimento originario o nell'inadempimento degli obblighi da quest'ultimo imposti, bensì in «sopravvenuti motivi di pubblico interesse» o in un «mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento», o ancora «in una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario» (quest'ultima, peraltro, espressamente esclusa per i «provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici»). Sul piano concettuale, si è ritenuto più corretto l'accostamento alla fattispecie della decadenza, caratterizzata dalla natura vincolata dell'accertamento richiesto in ordine alla sussistenza dei relativi presupposti e dalla conseguente configurabilità della posizione del beneficiario come diritto soggettivo, tutelabile dinanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria, a differenza di quanto accade sia in sede di erogazione del contributo che nel caso di revoca in senso proprio, le quali, presupponendo rispettivamente una comparazione tra una pluralità di richiedenti ed un apprezzamento in ordine alla persistenza delle ragioni d'interesse pubblico sottese al riconoscimento del beneficio, presentano profili di discrezionalità a fronte dei quali la situazione del privato è qualificabile come interesse legittimo, tutelabile dinanzi al Giudice amministrativo (cfr. in tema di sovvenzioni pubbliche, Cass., Sez. Un., 30/07/2020, n. 16457; 1/02/2019, n. 3166). La natura legale della fattispecie cui si ricollega la revoca prevista dall'art. 9 del d.lgs. n. 123 del 1998, che giustifica l'esclusione dell'efficacia costitutiva del provvedimento, è stata riconosciuta in riferimento non solo alle ipotesi in cui l'intervento di sostegno si traduca in un finanziamento, cioè in un'immediata erogazione di denaro in favore del beneficiario, ma anche a quelle in cui lo stesso si sostanzia nella concessione di una garanzia per un prestito da quest'ultimo contratto con un terzo, come previsto dall'art. 7, comma settimo, del decreto legislativo, desumendosene l'operatività in entrambi i casi del privilegio accordato dall'art. 9, comma quinto, al credito dell'ente concedente per la restituzione dell'importo versato direttamente al beneficiario o di quello pagato al terzo mutuante a seguito dell'escussione della garanzia. A tal fine, sono state evidenziate, sotto il profilo letterale, la mancanza, nel d.lgs. n. 123, di una definizione del termine «finanziamento» e la variabilità del significato che lo stesso assume nel quadro del diritto vigente, tali da non consentirne l'identificazione con l'erogazione diretta di una somma di denaro, nonché la minore ampiezza della formulazione del comma primo dell'art. 7 rispetto a quella del comma quinto dell'art. 9, tale da impedire la limitazione della portata applicativa di quest'ultimo ai finanziamenti agevolati, che costituiscono soltanto una delle forme di sostegno alle attività produttive contemplate dal decreto legislativo (comprendenti, oltre alla concessione di garanzie, anche i contributi in conto capitale e quelli in conto interessi). Sotto il profilo sistematico, si è poi osservato che le diverse forme d'intervento pubblico previste dal d.lgs. n. 123 costituiscono espressione di un disegno d'impianto unitario, inteso alla

razionalizzazione e riorganizzazione dell'intero settore, nonché di una disciplina di segno unitario che, pur nel rispetto delle rilevanti differenze che possono eventualmente manifestarsi tra le diverse misure, non giustificano trattamenti differenziati a seconda delle modalità di attuazione dell'intervento. Soprattutto, si è affermato che, in tutti i casi in cui divenga operativo il sistema di revoca e restituzione previsto dall'art. 9, si tratta comunque di recuperare il sacrificio patrimoniale che l'operatore pubblico ha in concreto sopportato in funzione dello sviluppo delle attività produttive, e ciò anche al fine di procurare la provvista per lo svolgimento di ulteriori e futuri interventi di sostegno, secondo quanto significativamente dispone il comma sesto dello stesso art. 9. In quest'ottica, si è rilevato anche che l'intervento di sostegno a mezzo di garanzia personale sembra proporre, per qualità, una tipologia di rischio imprenditoriale non diversa da quella propriamente portata dalla concessione dei mutui o comunque dalle erogazioni dirette di somme all'impresa beneficiaria della protezione accordata dalla legge in discorso, con obbligo di restituzione delle somme medesime (cfr. Cass., Sez. III, 13/05/2020, n. 8882; Cass., Sez. I, 30/01/2019, n. 2664).

La radice unitaria in tal modo riconosciuta al credito restitutorio derivante dalle diverse forme di sostegno previste dal d.lgs. n. 123 del 1998, anche in ragione del carattere pubblicistico dell'intervento, della rilevanza oggettiva degli eventi che determinano la perdita del beneficio e delle ulteriori finalità cui è volto il recupero delle somme erogate, non ha peraltro impedito di sottolineare le differenze esistenti, sotto il profilo strutturale, tra le varie fattispecie contemplate dal legislatore, ed in particolare tra quelle in cui il sostegno si realizza mediante un finanziamento diretto in favore dell'impresa beneficiaria e quelle in cui si traduce invece nella prestazione di una garanzia per un'obbligazione contratta con un terzo, in particolare, come nella specie, per un mutuo concesso da un istituto di credito. L'attribuzione del beneficio ha luogo infatti, in via automatica (art. 4) o all'esito di una procedura selettiva (artt. 5 e 6), mediante l'adozione di un atto di concessione o la stipulazione di un contratto (art. 6, comma quarto), cui fa seguito nel caso di finanziamento diretto l'erogazione dell'importo accordato da parte dell'ente finanziatore, che lo pone a disposizione dell'impresa beneficiaria presso una banca appositamente convenzionata (art. 7, comma secondo), e nel caso di concessione di garanzia l'assunzione della relativa obbligazione, che richiede un accordo con l'istituto di credito mutuante, secondo le modalità previste dall'art. 2 del d.m. 20 giugno 2005 (emesso ai sensi dell'art. 15, comma terzo, della legge 7 agosto 1997, n. 266, richiamata dall'art. 7, comma settimo, del d.lgs. n. 123): ciò comporta nel primo caso l'instaurazione di un unico rapporto tra l'ente concedente ed il beneficiario, cui consegue, nell'ipotesi di revoca dell'intervento, l'immediata insorgenza dell'obbligo di restituzione, secondo le regole dell'indebito oggettivo, per effetto del venir meno della causa giustificatrice dell'erogazione (cfr. Cass., Sez. I, 25/01/2018, n. 1899; 10/09/2013, n. 20691; Cass., Sez. VI, 9/10/2017, n. 23603); nel secondo caso, si determina invece una duplicità di rapporti, quello tra l'ente concedente ed il beneficiario, avente ad oggetto la realizzazione dell'intervento, e quello con l'istituto di credito mutuante, avente ad oggetto la prestazione della garanzia, in virtù del quale, in caso d'inadempimento da parte del beneficiario, l'ente concedente è tenuto al pagamento in favore dell'istituto, potendo

poi agire nei confronti del beneficiario per la restituzione dell'importo pagato. Proprio tale duplicità di rapporti, ed in particolare la giustapposizione di quello privatistico di garanzia a quello pubblicistico di concessione, ha indotto la giurisprudenza ad inquadrare l'azione di recupero nello schema civilistico della fideiussione, riconoscendo all'ente concedente che abbia adempiuto la possibilità di surrogarsi nei diritti della banca, ai sensi dell'art. 1949 cod. civ., o, in alternativa, di agire in regresso nei confronti del debitore principale, ai sensi dell'art. 1950: tale conclusione è stata indubbiamente agevolata dalla disciplina dettata dall'art. 2 del d.m. 20 giugno 2005, che definisce la garanzia «incondizionata ed irrevocabile» (comma secondo), rendendola in tal modo insensibile alle vicende del rapporto concessorio (in particolare, alla revoca del beneficio), nonché dall'espresso richiamo all'art. 1203 cod. civ., contenuto nella medesima disposizione (comma quarto), e dall'uso del verbo «rivalersi», più specifico del sostantivo «restituzione» adottato nell'art. 9 del d.lgs. n. 123 del 1998, per riferirsi all'azione di recupero nei confronti dell'impresa inadempiente. Il predetto inquadramento ha prodotto, come naturale ricaduta, l'applicazione, in caso di fallimento del beneficiario dell'intervento, della disciplina prevista dagli artt. 61 e 62 della legge fall., in virtù della quale il creditore di più coobbligati solidali che abbia ricevuto un pagamento parziale è tenuto ad insinuare al passivo il solo credito residuo esclusivamente nel caso in cui il pagamento abbia avuto luogo prima dell'apertura della procedura concorsuale, potendo altrimenti concorrere per l'intero credito, ed avendo diritto all'assegnazione della quota spettante al coobbligato che ha pagato, fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli, mentre il regresso tra coobbligati può essere esercitato soltanto dopo che il creditore sia stato interamente soddisfatto. Com'è noto, tali disposizioni, richiamate anche dal decreto impugnato, introducono un'eccezione al principio generale operante in materia di obbligazioni solidali, secondo cui il pagamento parziale effettuato da uno dei coobbligati solidali produce l'estinzione del credito nei limiti dell'importo corrispondente alla somma pagata, ed è quindi opponibile al creditore anche dagli altri coobbligati; esso, come ripetutamente affermato da questa Corte, trova applicazione sia all'azione di regresso, specificamente contemplata dalle norme in esame, che all'azione di surrogazione, dal momento che ciò che viene in rilievo, ai fini dell'esercizio di entrambe le azioni, non è la circostanza che attraverso il pagamento il coobbligato abbia totalmente assolto la propria obbligazione, ma che l'adempimento risulti integrale *ex parte creditoris*, cioè idoneo ad estinguere la pretesa che il creditore comune abbia insinuato o possa insinuare al passivo del fallimento (cfr. Cass., Sez. I, 17/10/2018, n. 26003; 1/03/2012, n. 3216). Non merita pertanto consenso, nella specie, l'insistenza della ricorrente sulla configurabilità dell'azione di recupero come azione di regresso, fondata sull'art. 9 del d.lgs. n. 123 del 1998, anziché come azione di surrogazione, fondata sul pagamento da essa effettuato a seguito dell'escussione della garanzia da parte della BPER: essendo infatti pacifico che il pagamento ha avuto luogo in data successiva alla dichiarazione di fallimento della SCS, la predetta qualificazione non consentirebbe di pervenire a conclusioni differenti da quella cui è giunto il decreto impugnato, secondo cui, non risultando che la creditrice sia stata integralmente soddisfatta, e non avendo la stessa ridotto spontaneamente l'importo

del proprio credito ammesso al passivo, la rivalsa esercitata dalla SACE attraverso l'insinuazione tardiva non può trovare collocazione nello stato passivo. Senonché, avuto riguardo alle considerazioni precedentemente svolte in ordine al fondamento ed alle finalità dell'azione di recupero, non può condividersi neppure la riconduzione della vicenda ad una matrice esclusivamente privatistica, compiuta dal decreto impugnato sulla falsariga dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che ha esteso il privilegio previsto dall'art. 9, comma quinto, del d.lgs. n. 123 del 1998 all'ipotesi in cui l'intervento di sostegno si realizzi attraverso la prestazione di una garanzia, anziché mediante l'erogazione di un finanziamento diretto. Tale indirizzo risulta molto chiaramente sintetizzato in una recente pronuncia di questa Corte, la quale, rilevato che nel caso di concessione di garanzia l'intervento di sostegno pubblico comporta l'assunzione di un impegno negoziale diretto nei confronti del soggetto mutuante, destinato a rimanere fermo pure in caso di revoca del beneficio nei confronti del debitore principale, ha affermato che il relativo negozio risulta per intero soggetto alle comuni disposizioni di diritto privato, aggiungendo che nel sistema vigente l'impegno di garanzia personale prende natura di obbligazione solidale (cfr. Cass., Sez. I, 30/01/2019, n. 2664). Ciò ha indotto a ritenere che l'azione di recupero debba necessariamente incanalarsi sui binari privatistici dell'azione di regresso o di quella di surrogazione, conformemente alla disciplina dettata per le obbligazioni solidali, e ad interrogarsi esclusivamente sulla possibilità di estendere anche all'ipotesi di surrogazione il privilegio contemplato dall'art. 9, comma quinto, cit., non previsto a favore del credito dell'istituto mutuante, nei cui diritti l'ente finanziatore è destinato a subentrare per effetto del pagamento, ai sensi dell'art. 1203 cod. civ.: a tale interrogativo, come si è detto in precedenza, è stata data risposta positiva, facendosi leva sulla causa del credito dell'ente concedente, avente natura pubblicistica e connesso a finalità d'interesse generale, ed escludendosi la necessità che della medesima causa di prelazione si avvantaggi anche il creditore garantito, il quale già fruisce della possibilità di escussione immediata del soggetto pubblico in caso d'inadempimento del soggetto finanziato (cfr. Cass., Sez. I, 9/03/2020, n. 6508). In tal modo, tuttavia, nonostante la sottolineatura delle finalità pubbliche sottese alla politica di sostegno allo sviluppo delle imprese, si finisce con il trascurare completamente l'aspetto pubblicistico del rapporto, che trova espressione nel provvedimento di concessione del beneficio o nel contratto stipulato con il beneficiario all'esito della procedura selettiva: tale atto, distinto da quello di concessione della garanzia, ne costituisce il necessario presupposto, individuando gli obiettivi e le modalità di realizzazione dell'intervento, nonché gli obblighi posti a carico del beneficiario, la cui inosservanza giustifica, ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 123 del 1998, la revoca del beneficio ed il recupero dell'importo eventualmente versato al creditore garantito. La relativa azione, pur mirando al medesimo risultato economico di quella di surrogazione o di regresso, ovverosia alla neutralizzazione della diminuzione patrimoniale conseguente all'esborso effettuato, si distingue dalle stesse, non costituendo esercizio del diritto precedentemente spettante al creditore garantito, nel quale l'ente concedente subentra a seguito dell'escussione della garanzia, né di un nuovo diritto derivante dal pagamento effettuato in favore del creditore garantito, ma trovando fondamento

nell'atto di concessione o nella convenzione che costituiscono il presupposto della garanzia, e postulando la revoca del beneficio, che comporta, non diversamente da quanto accade in caso di finanziamento diretto, il venir meno della causa giustificatrice dell'erogazione, nei rapporti con il debitore beneficiario, e quindi l'insorgenza del diritto alla restituzione del relativo importo. Il provvedimento in questione è stato ritenuto non necessario ai fini dell'esercizio dell'azione di surrogazione o di regresso, in virtù della considerazione che in caso di concessione di garanzia, a differenza di quanto accade per altri interventi di sostegno pubblico, il relativo diritto non origina da un'erogazione diretta di somme di denaro nelle mani del beneficiario, ma dal pagamento effettuato in favore dell'istituto di credito che abbia erogato il finanziamento (cfr. Cass., Sez. I, 9/03/2020, n. 6508). Tale rilievo può ritenersi tuttavia appropriato soltanto con riguardo al rapporto privatistico scaturente dalla concessione della garanzia, che, comportando l'instaurazione di un vincolo di solidarietà, consente all'ente concedente, in caso di escussione della garanzia da parte del creditore, di avvalersi dei mezzi di recupero posti a sua disposizione dal diritto comune delle obbligazioni; esso non appare invece pertinente in riferimento all'azione scaturente dall'inadempimento del rapporto concessorio, la quale risulta svincolata dalla solidarietà, traendo origine dal sopravvenuto difetto della causa giustificatrice dell'intervento, la cui constatazione richiede l'adozione di un formale provvedimento di accertamento da parte dell'ente concedente, indispensabile per poter procedere al recupero dell'importo pagato. L'inoperatività del vincolo di solidarietà, in conseguenza del mancato esercizio dell'azione di surrogazione o di regresso, comporta inoltre l'inapplicabilità della disciplina dettata dagli artt. 61 e 62 della legge fall., con la conseguenza che, in caso di fallimento del beneficiario, l'ente concedente può insinuare il proprio credito al passivo, anche nel caso in cui il pagamento, effettuato dopo l'apertura della procedura concorsuale, non sia risultato interamente soddisfacente per l'istituto di credito, il quale abbia a sua volta ottenuto l'ammissione al passivo.

6. La sentenza impugnata va pertanto cassata, con il conseguente rinvio della causa al Tribunale di Reggio Emilia, che provvederà, in diversa composizione, anche al regolamento delle spese del giudizio di legittimità. (*Omissis*).

**AMMISSIONE AL PASSIVO AL PRIVILEGIO DEL CREDITO DI SACE
S.P.A. IN CASO DI ESCUSSIONE DELLA GARANZIA IN CORSO DI
PROCEDURA E SENZA CHE IL DEBITO DEL BENEFICIARIO FALLITO
SIA INTEGRALMENTE ESTINTO**

ELENA MARINUCCI

*Professore associato
nell'Università di Milano*

1. – In questa decisione¹ la Suprema Corte prende posizione sulla disciplina da riservare al credito vantato da S.A.C.E. S.p.A. nel fallimento del beneficiario del finanziamento allorché la prima, a seguito della revoca del beneficio, abbia ‘subito’ la escussione della garanzia (prestata nel caso di specie a norma dell’art. 11 *quinquies* D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80 e recante la disciplina del “Sostegno all’internazionalizzazione dell’economia italiana”).

La decisione è importante soprattutto in considerazione del potenziamento del ruolo di S.A.C.E. S.p.A. nella legislazione emergenziale varata per fronteggiare la pandemia da Covid 19².

In questa pronuncia, in estrema sintesi, la Suprema Corte afferma che, in caso di “*inadempimento del rapporto concessorio*”, di fallimento del beneficiario e di escussione della garanzia dopo la apertura del fallimento, l’art. 61, comma 2, l. fall., che preclude al coobbligato escusso di insinuarsi al passivo finché il creditore principale non sia stato soddisfatto integralmente, non trova applicazione: il credito di S.A.C.E. S.p.A. va ammesso al passivo e per giunta in via privilegiata, benché l’istituto di credito sia ammesso al passivo al chirografo.

Per giungere alla decisione di cui sopra, la Cassazione segue un percorso argomentativo in cui ribadisce il proprio precedente orientamento su alcune questioni ‘pregiudiziali’.

Anzitutto la Suprema Corte conferma l’orientamento secondo cui la disciplina della revoca del beneficio di cui all’art. 9 D. Lgs. n. 123/1998 vige

¹ Già pubblicata ne *Il Fallimento*, 2022, p. 493 ss., con nota di M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese: la contraddizione tra il sistema dei privilegi e la ragion di Stato*.

² Cfr. sul punto M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese: la contraddizione tra il sistema dei privilegi e la ragion di Stato*, cit., p. 497 ss., nonché F. ATTANASIO, *In tema di revoca del finanziamento pubblico garantito da SACE s.p.a., disciplina generale del concorso e tutela del ceto creditorio*, in *Dir. fall.*, 2022, 1352.

non solo per le ipotesi ivi espressamente previste di “patologie inerenti alla fase genetica dell'erogazione”, ma anche per quelle di inadempimento del beneficiario (la Corte richiama sul punto la propria decisione del 20 aprile 2018, n. 9926).

La Cassazione, poi, dà seguito al proprio consolidato orientamento – anch'esso estensivo – secondo cui il credito da restituzione dell'amministrazione pubblica è privilegiato non solo nell'ipotesi in cui la stessa abbia erogato un finanziamento, ma anche in quella in cui abbia concesso una garanzia; e ciò benché l'art. 9, comma 5, D. Lgs. n. 123/1998 si riferisca letteralmente ai “crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo”³. La Cassazione conferma l'orientamento pur dando atto del fatto che, in caso di revoca, le due fattispecie (finanziamento e garanzia) differiscano perché, nel caso del finanziamento, va regolato un rapporto tra due soggetti – l'ente erogante cui spetta la restituzione del finanziamento dal beneficiario verosimilmente secondo le regole dell'indebito oggettivo –, mentre nel caso della garanzia, il rapporto corre tra tre soggetti, l'ente erogante, il beneficiario e l'istituto di credito finanziatore⁴.

L'ultimo tassello del percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte anch'esso confermativo di un pregresso orientamento è il seguente: in caso di revoca, il credito di SACE S.p.A. sorge *ex lege* nel momento in cui si verificano i relativi presupposti (la Corte richiama la propria decisione 30 gennaio 2019, n. 2664). Secondo la Cassazione (che richiama istituti quali la condizione risolutiva espressa e la decadenza), il provvedimento di revoca ha natura meramente dichiarativa, sicché la circostanza che esso sia successivo all'accesso del beneficiario a una procedura concorsuale non fa venire meno la natura concorsuale del credito di SACE S.p.A.. In altri termini, nella sentenza in commento si afferma il principio secondo cui l'ente garante esercita un diritto che non si colloca nell'ambito del rapporto

³ Cfr. nello stesso senso: Cass. 13 maggio 2020, n. 8882; Cass. 30 gennaio 2019, n. 2664; in dottrina cfr., per tutti, anche per richiami di dottrina e giurisprudenza, nonché per un esame delle ricadute di questo orientamento sulle garanzie prestate da SACE S.p.A. sulla base della legislazione emergenziale varata per fronteggiare la pandemia da Covid 19, D. ROSSANO, *La natura privilegiata del credito vantato da SACE S.p.A.*, in *Supplemento Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p. 135 ss. e A. MIGLIORINO, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in www.dirittodellacrisi.it.

⁴ Cfr. sul punto criticamente: L. PANZANI, *Profili critici della disciplina dei finanziamenti alle imprese con garanzia pubblica nell'ambito della crisi pandemica*, in S. Pacchi, A. Pisaneschi (a cura di), *Finanziamenti e diritto della crisi nell'emergenza*, Torino, 2020, p. 82.

privatistico scaturente dalla concessione della garanzia, ma sorge dal sopravvenuto difetto di causa accertato dallo stesso ente con proprio provvedimento⁵.

Muovendo dalle descritte premesse, la Suprema Corte afferma che al credito vantato da SACE S.p.A. non si applicano le regole di cui agli artt. 61 ss. l. fall., perché non vengono in considerazione le regole proprie delle obbligazioni solidali. Trattandosi di sopravvenuto difetto di causa dell'intervento pubblico – ritiene la Cassazione – l'Ente non agisce in via di regresso (non trattandosi “di un nuovo diritto derivante dal pagamento effettuato in favore del creditore garantito”)⁶, né esso si surroga nei diritti del creditore (“non costituendo esercizio del diritto precedentemente spettante al creditore garantito”)⁷. La pretesa restitutoria di S.A.C.E. S.p.A. sorge *ex lege*, sicché essa si colloca su un terreno pubblicistico connesso a finalità di interesse generale: la sua azione di recupero non integra pertanto né esercizio del diritto prima spettante al creditore garantito, né di un nuovo diritto derivante dal pagamento effettuato in favore del creditore garantito. Il diritto di SACE S.p.A. trova il proprio fondamento nell'atto di concessione o nella convenzione che costituiscono il presupposto della garanzia: la revoca del beneficio accordato alla società fallita *ex art. 9 D.Lgs. n. 123/1998* fa sorgere in capo al beneficiario del finanziamento un'obbligazione restitutoria *ex lege* a beneficio dell'operatore pubblico che così recupera il sacrificio patrimoniale “sopportato in funzione dello sviluppo delle attività produttive, e ciò anche al fine di procurare la provvista per lo svolgimento di ulteriori e futuri interventi di sostegno”. Discende da quanto sopra – secondo la

⁵ Per un panorama degli orientamenti circa la natura costitutiva o dichiarativa del provvedimento di revoca cfr. A. MIGLIORINO, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in www.diritto.dellacrisi.it.

⁶ Discorre per contro di regresso R. FIORELLA, *Finanziamenti alle imprese assistiti da garanzia pubblica nell'emergenza pandemica: tipologia e profili applicativi*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2021, 1139 ss..

⁷ Nel senso della surroga cfr. invece A. MIGLIORINO, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in www.diritto.dellacrisi.it sub nota 52. In questa prospettiva si pone il problema di giustificare come il credito fatto valere in via di surroga dal *solvens* divenga privilegiato se originariamente non lo era, tenuto conto che si assiste ad un subentro nella medesima posizione del creditore garantito: cfr., sul punto, S. DELLE MONACHE, *Garanzie rilasciate da SACE S.p.A. e privilegi*, in *Giustiziacivile.com* 2020. Si tratta, comunque, di un rilievo che è sembrato da altri superabile, sulla scorta del fatto che “È l'escussione della garanzia che mette in gioco il denaro pubblico ed è questo che giustifica l'attribuzione del privilegio”: cfr. R. RORDORF, *È privilegiato il credito spettante a SACE in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?*, in *Giustiziacivile.com*, 2020.

Suprema Corte – che, in caso di “inadempimento del rapporto concessorio” e di fallimento del beneficiario, l’ente concedente può insinuare il proprio credito al passivo in deroga all’art. 61 l. fall., ossia anche nel caso in cui l’istituto di credito, ammesso al passivo per l’intero credito, non sia stato integralmente soddisfatto in corso di procedura; e può essere ammesso in via privilegiata benché il credito dell’istituto di credito sia ammesso al chirografo.

2. – Così statuendo la Corte deroga doppiamente alle regole dettate nell’art. 61 l. fall. perché, in base alle stesse, il diritto di credito di S.A.C.E. S.p.A. non potrebbe essere fatto valere fino alla integrale estinzione del debito e anche il privilegio, essendo venuto in essere dopo l’apertura del concorso, dovrebbe essere inopponibile alla massa. E si badi, la doppia insinuazione ‘asimmetrica’ si verificherà il più delle volte perché, come è stato puntualmente osservato, nel caso delle garanzie prestate da S.A.C.E. S.p.A. la “estinzione integrale del debito non vi può essere per la semplice ragione che la garanzia di S.A.C.E. S.p.A. copre solo una percentuale variabile tra il 70% e il 90% il che vuol dire che, fisiologicamente, S.A.C.E. S.p.A. non potrà [*rectius*: non avrebbe potuto] partecipare al concorso sino a che la banca non venga soddisfatta – per la quota residua, tra il 10% e il 30% – dal debitore”⁸.

Inoltre, come è stato correttamente osservato, questo orientamento deroga anche alle regole della esecuzione individuale, posto che, a norma dell’art. 2916, n. 3, c.c. “nella distribuzione non si tiene conto dei privilegi per crediti sorti dopo il pignoramento”⁹. La Corte, dunque, smentisce le previsioni di chi, criticandone l’orientamento che assegnava rango privilegiato al credito di S.A.C.E. S.p.A., aveva affermato che “l’operatività del privilegio incontrerebbe, in concreto, un sicuro limite nei principi dettati dalla disciplina concorsuale”¹⁰. Come era stato correttamente rilevato, “postulare che il credito è privilegiato, infatti, non equivale a poter sostenere

⁸ M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese*, cit., p. 507.

⁹ M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese*, cit., p. 504.

¹⁰ A. MIGLIORINO, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in *www.diritto dellacrisi.it*, p. 13.

che quel privilegio produce effetti rispetto agli altri creditori quando è stata aperta una procedura espropriativa singolare o concorsuale”¹¹.

3. – La decisione della Suprema Corte scardina molti principi base della materia concorsuale (ed esecutiva) e, sul piano applicativo, produce conseguenze dirompenti sugli ‘stati passivi’ dei fallimenti (che vedranno la sovrapposizione di insinuazioni al passivo per lo stesso credito al privilegio e al chirografo) e sui concordati preventivi, la cui fattibilità rischia di essere messa in discussione per sopravvenuta trasformazione di parte rilevante di un credito da chirografario a privilegiato¹². Infine, questo orientamento incide anche sulle valutazioni di rischio che l’ente finanziatore dovrà compiere sulla parte di credito non garantita perché, a valle della escussione, la massa dei creditori privilegiati comprenderà anche il credito di S.A.C.E. S.p.A..

La Cassazione compie una chiara scelta di campo: nel conflitto tra due discipline di settore, va assegnata prevalenza a quella in cui è considerato più marcato l’interesse pubblico¹³. Della soluzione adottata dalla Suprema Corte non resta che prendere atto; è tuttavia auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore per ragioni di certezza del diritto: come è emerso ripercorrendo la motivazione della sentenza qui in commento, la conclusione cui giunge la Cassazione e, prima ancora, il percorso argomentativo seguito, non trovano riscontro nel diritto positivo, fondandosi piuttosto su una lettura (parecchio) estensiva del dato normativo.

Abstract

**ADMISSION OF SACE S.P.A.'S CLAIM AS A PREFERENTIAL CLAIM IN THE
EVENT OF ENFORCEMENT OF THE GUARANTEE DURING THE
PROCEEDINGS AND WITHOUT THE BANKRUPT BENEFICIARY'S DEBT
BEING PAID OFF IN FULL**

L’A. esamina criticamente la decisione con cui la Corte di cassazione enuncia il principio secondo cui, a valle della escussione della garanzia prestata da Sace, il credito di quest’ultima nei confronti della impresa finanziata fallita può essere

¹¹ Con queste parole M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese*, cit., p. 506.

¹² M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese*, cit., p. 509.

¹³ Per queste considerazioni cfr.: A. MIGLIORINO, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in *www.diritto dellacrisi.it*.

ammesso al passivo in via privilegiata anche se il credito della banca finanziatrice non è stato integralmente soddisfatto in corso di procedura.

The A. critically examines the decision by which the Court of cassation enunciated the principle that, following the enforcement of the guarantee provided by Sace, the latter's claim against the bankrupt financed company may be listed among preferential claims even if the lender bank's claim has not been fully satisfied during bankruptcy.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479 (Pres. Curzio, Est. Vincenzi)

Giudicato - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori – Autorità di cosa giudicata che copre implicitamente la validità delle clausole del titolo esecutivo – Principio di effettività della tutela del consumatore in base al diritto dell’Unione Europea e alle decisioni della CGUE del 17 maggio 2022 – Esame officioso del carattere abusivo delle clausole – Necessità – Conseguenze nel procedimento monitorio – Rimedio esperibile nel processo esecutivo – Opposizione ex art. 650 c.p.c. – Modalità.

Normativa di riferimento: artt. 633 c.p.c. ss.; art. 2909 c.c.; art. 7, comma 1, Direttiva 93/13/CEE

Va pronunciato nell’interesse della legge il seguente principio di diritto:

Fase monitoria

Il giudice del monitorio:

a) deve svolgere, d’ufficio, il controllo sull’eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore in relazione all’oggetto della controversia; b) a tal fine procede in base agli elementi di fatto e di diritto in suo possesso, integrabili, ai sensi dell’art. 640 c.p.c., con il potere istruttorio d’ufficio, da esercitarsi in armonia con la struttura e funzione del procedimento d’ingiunzione: b.1.) potrà, quindi, chiedere al ricorrente di produrre il contratto e di fornire gli eventuali chiarimenti necessari anche in ordine alla qualifica di consumatore del debitore; b.2) ove l’accertamento si presenti complesso, non potendo egli far ricorso ad un’istruttoria eccedente la funzione e la finalità del procedimento (ad es. disporre c.t.u.), dovrà rigettare l’istanza d’ingiunzione; c) all’esito del controllo: c.1) se rileva l’abusività della clausola, ne trarrà le conseguenze in ordine al rigetto o all’accoglimento parziale del ricorso; c.2) se, invece, il controllo sull’abusività delle clausole incidenti sul credito azionato in via monitoria desse esito negativo, pronuncerà decreto motivato, ai sensi dell’art. 641 c.p.c., anche in relazione alla anzidetta effettuata deliberazione; c.3) il decreto ingiuntivo conterrà l’avvertimento indicato dall’art. 641 c.p.c., nonché l’espresso avvertimento che in mancanza di opposizione il debitore-consumatore non potrà più far valere l’eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto e il decreto non opposto diventerà irrevocabile.

Fase esecutiva

Il giudice dell’esecuzione:

a) in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell’abusività delle clausole, ha il dovere – da esercitarsi sino al momento della

vendita o dell'assegnazione del bene o del credito - di controllare la presenza di eventuali clausole abusive che abbiano effetti sull'esistenza e/o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo; b) ove tale controllo non sia possibile in base agli elementi di

diritto e fatto già in atti, dovrà provvedere, nelle forme proprie del processo esecutivo, ad una sommaria istruttoria funzionale a tal fine; c) dell'esito di tale controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole – sia positivo, che negativo - informerà le parti e avviserà il debitore esecutato che entro 40 giorni può proporre opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c. per fare accertare (solo ed esclusivamente) l'eventuale abusività delle clausole, con effetti sull'emesso decreto ingiuntivo;

d) fino alle determinazioni del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 649 c.p.c., non procederà alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito;

(ulteriori evenienze)

e) se il debitore ha proposto opposizione all'esecuzione ex art. 615, primo comma, c.p.c., al fine di far valere l'abusività delle clausole del contratto fonte del credito ingiunto, il giudice adito la riqualificherà in termini di opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. e rimetterà la decisione al giudice di questa (translatio iudicii); f) se il debitore ha proposto un'opposizione esecutiva per far valere l'abusività di una clausola, il giudice darà termine di 40 giorni per proporre l'opposizione tardiva - se del caso rilevando l'abusività di

altra clausola – e non procederà alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito sino alle determinazioni del giudice dell'opposizione tardiva sull'istanza ex art. 649 c.p.c. del debitore consumatore.

Fase di cognizione

Il giudice dell'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c.:

a) una volta investito dell'opposizione (solo ed esclusivamente sul profilo di abusività delle clausole contrattuali), avrà il potere di sospendere, ex art. 649 c.p.c., l'esecutorietà del decreto ingiuntivo, in tutto o in parte, a seconda degli effetti che l'accertamento sull'abusività delle clausole potrebbe comportare sul titolo giudiziale; b) procederà, quindi, secondo le forme di rito.

Hanno contribuito al fascicolo:

Baccaglini, Laura – Professore associato nell'Università di Trento

Bonizzi, Marcelo José Magalhães – Professor doutor nell'Università di San Paolo (Brasile)

Costa, Salvatore – Ricercatore nell'Università di Bergamo

Marinucci, Elena – Professore associato nell'Università di Milano

Semprini, Alessandro – Ricercatore nell'Università di Milano-Bicocca