

Anno (XI) 2022  
Maggio - Agosto  
Fascicolo 2

ISSN 2281 - 4531

# IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA  
BRUNO INZITARI



## **DIRETTORE RESPONSABILE**

Bruno Inzitari

## **COMITATO DI DIREZIONE**

Enrico Al Mureden, Vincenzo De Stasio, Massimo Franzoni, Francesco Antonio Genovese, Mariacarla Giorgetti, Giuseppe Grisi, Daniela Memmo, Mauro Paladini, Carlo Rimini, Nicola Rondinone, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz

## **REDATTORE CAPO**

Martino Zulberti

## **COMITATO DI REDAZIONE**

Érico Andrade, Laura Baccaglini, Michela Bailo Leucari, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Elena Depetris, Vincenzo De Sensi, Alessio Filippo Di Girolamo, Laura Durello, Mariangela Ferrari, Beatrice Ficarelli, Elena Gabellini, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Andrea Lolli, Rita Lombardi, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, 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, Francesco Camilletti, Pasqualina Farina, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Mauro Grondona, Lucio Imberti, Filippo Maisto, Irene Mecatti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroi, Fabrizio Piraino, Giacomo Pongelli, Carmelita Rizza, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Alessandro Semprini, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Giovanna Visintini

## **SEGRETERIA DI REDAZIONE**

Andrea Caloni, Davide Corraro, Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING

Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)

[www.e-p-a-p.com](http://www.e-p-a-p.com)

email: [info@e-p-a-p.com](mailto: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 (XI) 2022 – N. 2 – Maggio – Agosto

---

### ARTICOLI

ANGELO CASTAGNOLA, <i>Gli effetti della rinuncia alla domanda di concordato preventivo</i> .....	141
FILIPPO MAISTO, <i>La clausola d'irrisolubilità nel prisma dell'adeguatezza dei rimedi contrattuali</i> .....	154
LEONARDO PARENTONI, <i>What should we reasonably expect from artificial intelligence?</i> .....	179
MARIANGELA FERRARI, <i>Il prisma dell'intangibilità della regola dell'esonero del datore di lavoro</i> .....	220
MARIA NOVELLA BUGETTI, STEFANO PELLEGATTA, <i>Il condominio consumatore: implicazioni e tutele</i> .....	235
TANIA TOMASI, <i>I lavoratori rigenerano l'impresa: il WBO. Una gestione sostenibile della crisi</i> .....	256

### GIURISPRUDENZA

#### Sez. I – Note a sentenza

ALESSANDRO PIAZZAI, <i>Vite maritata e tutela dei beni culturali</i> .....	288
--	-----

#### Sez. II – Osservatorio

Responsabilità da reato degli enti – Idoneità del modello organizzativo – Delitti di comunicazione – Aggiotaggio – Valutazione giudiziale del modello organizzativo – Caratteri – Ragioni – Fattispecie: Corte di Cassazione, Sez. VI pen., 15 giugno 2022, n. 23401 .....	297
Revocatoria fallimentare – Estinzione di debiti non scaduti e inesigibili – ammissibilità: Corte d'appello di Milano 15 marzo 2022 .....	297

Titolo esecutivo europeo – Certificazione – Decreto ingiuntivo – Informazione sull'indirizzo dell'istituzione deputata a riceverla – Informazione sulla necessità di difesa tecnica – assenza – necessità: Tribunale di Velletri 16 giugno 2022 .....	297
--	-----

## GLI EFFETTI DELLA RINUNCIA ALLA DOMANDA DI CONCORDATO PREVENTIVO

ANGELO CASTAGNOLA  
*Professore ordinario  
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Il problema; il parallelo con la disciplina dell'estinzione del processo di esecuzione individuale. – 2. Il parallelo con la disciplina dell'estinzione del processo di cognizione. – 3. Una conferma: la disciplina del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. – 4. Le caratteristiche della rinuncia. – 5. Rapporto tra effetti del concordato e altri eventi che ostacolano l'omologazione. – 6. Il parallelo con la revoca del fallimento. – 7. Conclusioni.

1. – Accade talora che il debitore rinunci, per i più diversi motivi, alla domanda di concordato preventivo da lui proposta: sorge così il problema di sapere, se il procedimento di concordato preventivo e, in particolare, il decreto di ammissione allo stesso (con i suoi effetti), venga o non venga meno retroattivamente per effetto della rinuncia alla domanda e della conseguente dichiarazione di estinzione del procedimento di concordato preventivo<sup>1</sup>.

Preliminarmente va osservato che, sebbene l'istituto della rinuncia alla domanda di concordato preventivo sia pacificamente ammesso sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina, la legge fallimentare non contiene alcuna disciplina né di tale rinuncia, né del provvedimento di estinzione che vi può fare seguito, e, conseguentemente, nemmeno degli effetti della rinuncia e dell'estinzione.

Ciò non di meno, ritengo che i principi e gli indici ricavabili dal sistema inducano a rispondere affermativamente all'interrogativo sopra visto: nel senso cioè che il concordato preventivo e, in particolare, il decreto ammissivo alla procedura (e i suoi effetti) debbano intendersi caducati con effetto retroattivo a seguito della rinuncia alla domanda di concordato e della conseguente dichiarazione di estinzione del procedimento concordatario.

---

<sup>1</sup> Il presente contributo è stato pensato e scritto nel vigore della legge fallimentare, in vigore sino al 14 luglio 2022 (ma anche applicabile ancora oggi ai procedimenti pendenti secondo la disciplina transitoria); in ogni caso credo che la soluzione non muti sotto il vigore del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, ed anzi ne possa uscire confermata, come risulta nel testo.

Una prima indicazione in questo senso mi pare possa essere tratta dalla disciplina dell'estinzione del processo civile, e, in particolare, di quello di esecuzione forzata (in primo luogo) e di quello di cognizione (in secondo luogo).

Da questa disciplina sembra infatti potersi ricavare la retroattività degli effetti dell'estinzione; e, a mio avviso, questo regime degli effetti può essere applicato anche all'estinzione del concordato preventivo.

Benché infatti, secondo la tesi maggioritaria, la rinuncia alla domanda di concordato non sia riconducibile direttamente alla rinuncia agli atti di cui all'art. 306 c.p.c. (e, quindi, nemmeno a quella dell'art. 629 c.p.c., che su quella si modella)<sup>2</sup>, esistono comunque più che valide ragioni per ritenere che la disciplina della rinuncia agli atti di cui al codice di rito (e della conseguente estinzione del giudizio) possa trovare applicazione in via analogica all'estinzione del concordato preventivo per rinuncia alla domanda (sul presupposto della mancanza di una disciplina sul punto all'interno dell'ordinamento concorsuale).

Il primo elemento a deporre in questo senso è che anche il concordato preventivo è un processo, esattamente come lo sono il processo di cognizione e quello esecutivo<sup>3</sup>. Le analogie con il processo esecutivo sono poi ancor più marcate, posto che, come quest'ultimo, così anche il procedimento di concordato preventivo è un mezzo di attuazione della responsabilità patrimoniale (ancorché con modalità negoziali e non coattive)<sup>4</sup>.

Il secondo elemento che giustifica un'applicazione analogica consiste nel fatto che sussistono delle chiare somiglianze fra la rinuncia alla domanda di concordato preventivo e la rinuncia agli atti del processo civile. Da un lato, il procedimento di concordato preventivo si fonda, al pari del processo civile (di cognizione e di esecuzione forzata), su una domanda giudiziale (la domanda di concordato<sup>5</sup>); dall'altro lato, ancorché nulla disponga la legge, si ritiene che, a seguito della rinuncia alla domanda di concordato preventivo,

<sup>2</sup> Cfr., in giurisprudenza, Cass., 10 ottobre 2019, n. 25479, in *onelegale.wolterskluwer.it*; e, in dottrina, U. DE CRESCIENZO, *Rinuncia alla domanda di concordato*, in *Fallimento*, 2021, 962; A. CRIVELLI, *La rinuncia alla domanda di concordato: procedimento e provvedimenti conseguenti*, in *Fallimento*, 2019, 1391.

<sup>3</sup> Cfr. R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, IV, 2211; M. FABIANI, *Concordato preventivo*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 77.

<sup>4</sup> Cfr. M. FABIANI, *Concordato preventivo*, cit., 79; A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, 83.

<sup>5</sup> Cfr. A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca- Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1979, 97; A. CRIVELLI, *La rinuncia alla domanda di concordato: procedimento e provvedimenti conseguenti*, cit., 1390.

debba essere pronunciato – come di solito avviene, e come accade sia nel processo di cognizione, sia nel processo esecutivo (cfr. rispettivamente artt. 306, comma 3, e 630, comma 2, c.p.c.) – un provvedimento di estinzione<sup>6</sup>. In maniera analoga alla rinuncia di cui agli artt. 306 e 629 c.p.c., pertanto, la rinuncia alla domanda di concordato preventivo rappresenta la rinuncia a una domanda giudiziale che ha quale esito la pronuncia di un provvedimento di estinzione.

Rinuncia alla domanda di concordato e rinuncia agli atti nel processo esecutivo presentano poi un ulteriore elemento di similarità, dato dal fatto che entrambe si perfezionano senza bisogno dell'accettazione delle controparti.

Premessa dunque la sussistenza di ragioni tali da far ritenere applicabile la disciplina in materia di effetti dell'estinzione del processo civile, si può ritenere, come si è anticipato, che essa si caratterizzi per l'efficacia retroattiva della fattispecie estintiva.

Cominciando dal processo esecutivo, la norma che viene in rilievo è l'art. 632, comma 2, c.p.c., per il quale "se l'estinzione del processo esecutivo si verifica prima dell'aggiudicazione o dell'assegnazione, essa rende inefficaci gli atti compiuti; se avviene dopo l'aggiudicazione o l'assegnazione, la somma ricavata è consegnata al debitore".

Va preliminarmente precisato che ad essere rilevante per il problema proposto è soltanto la prima parte della norma. La seconda parte, infatti, prende in considerazione l'ipotesi, nella quale è già intervenuto l'evento conclusivo del provvedimento (la aggiudicazione/assegnazione): e, nel parallelismo fra processo di esecuzione individuale e procedimento di concordato preventivo, l'evento terminale di quest'ultimo è rappresentato dall'omologazione (ma, una volta intervenuta quest'ultima, di una rinuncia alla domanda mi pare che diventi inutile discorrere, perché il procedimento è ormai chiuso).

Soffermando dunque l'attenzione sulla sola prima parte della norma, essa dispone che tutti gli atti compiuti all'interno del processo esecutivo sino al momento dell'estinzione diventano inefficaci.

Il principale atto che viene meno è, naturalmente, il primo atto, vale a dire il pignoramento; e, con il venir meno dello stesso, vengono meno anche i suoi effetti (regolati dagli artt. 2913 ss. c.c.), che non hanno più ragione di esistere quando non è più possibile il compimento dell'atto (la vendita), al

---

<sup>6</sup> Cfr. S. AMBROSINI – M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, *il caso.it*, 13; e E. NORELLI, *La proposta di concordato*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "L'insolvenza dell'imprenditore e le procedure alternative al fallimento" (Roma, 5/7 novembre 2008), in *www3.unisi.it*, 43.



quale sono funzionali<sup>7</sup>: il che ha per conseguenza che divengono opponibili anche ai creditori concorrenti nell'esecuzione forzata gli atti di disposizione, che tale bene abbiano ad oggetto, successivi al pignoramento stesso (ma anteriori all'estinzione)<sup>8</sup>. Così è stato inequivocabilmente stabilito dalla giurisprudenza, la quale ha statuito che la inefficacia, nei confronti del creditore pignorante e di quelli intervenuti nel processo esecutivo, della alienazione dei beni pignorati (*ex art. 2913 c.c.*), è condizionata alla permanenza del processo esecutivo, con la conseguenza che, nel caso in cui tale processo si estingua, l'atto di alienazione acquista efficacia anche nei confronti dei soggetti che vi partecipavano in qualità di creditori pignoranti o intervenuti<sup>9</sup>.

Inoltre, a seguito dell'estinzione viene meno anche l'effetto di sospensione della prescrizione ricollegabile – *ex art. 2943, comma 1, e 2945, comma 2, c.c.* – allo svolgimento del processo esecutivo. È noto che la proposizione della domanda giudiziale ha un duplice effetto sulla prescrizione: interruttivo e sospensivo (si veda l'*art. 2945 c.c.*). In particolare, in virtù dell'effetto sospensivo, la prescrizione si ferma e non comincia a decorrere fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il processo. L'*art. 2945, comma 3*, stabilisce tuttavia che, intervenuta l'estinzione, rimane fermo solo l'effetto interruttivo e "il nuovo periodo di prescrizione comincia dalla data dell'atto interruttivo": il che significa che l'effetto sospensivo si perde; e, in particolare, che, se il processo estinto si è protratto per un tempo superiore al termine di prescrizione del diritto, una eventuale eccezione di intervenuta prescrizione è fondata.

Ebbene, da quanto sopra si coglie che l'estinzione del processo esecutivo determina la caducazione degli effetti dello stesso *ex tunc*, e, dunque, che essa ha effetto retroattivo.

Il fatto che diventino opponibili ai creditori atti successivi al pignoramento, ma anteriori all'estinzione, significa infatti che l'efficacia del pignoramento viene meno non già dal momento in cui si è verificato l'evento estintivo, ma (sin) dal momento nel quale il pignoramento è intervenuto. In questo senso sembra doversi leggere anche la seguente affermazione di Giovanni Verde: (a seguito dell'estinzione,) "il bene dovrà essere restituito al debitore nella situazione in cui si trovava prima del pignoramento"<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 10<sup>a</sup> ed., Milano, 2019, III, 317; F. CABRINI, *sub art. 632*, in F. CARPI – V. COLESANTI – M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Milano-Padova, 2018, 2538; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2013, III, 175.

<sup>8</sup> Cfr. F. DE SANTIS DI NICOLA, *sub art. 632*, in L. P. COMOGGIO – R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario al Codice di procedura civile*, in *onelegal.wolterskluwer.it*.

<sup>9</sup> Cass., 14 dicembre 1992, n. 13164, in *Giur. it.*, 1992, I, 1446.

<sup>10</sup> Cfr. G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2010, III, 152.

Lo stesso dicasi per il venir meno dell'effetto sospensivo della prescrizione: come si è visto, il periodo di sospensione già maturato alla data del perfezionamento della fattispecie estintiva non si mantiene, ma viene meno a far data dal *dies a quo* del periodo di sospensione. Non a caso, Claudio Consolo ha osservato (ancorché con specifico riferimento all'art. 310 c.p.c., ma lo stesso principio vale per il processo esecutivo) che l'effetto sospensivo "viene travolto retroattivamente"<sup>11</sup>. Ed è ragionevole pensare che, in mancanza della espressa norma di eccezione contenuta al comma 3 dell'art. 2945, anche l'effetto interruttivo verrebbe meno con efficacia retroattiva.

Venendo allora a traslare i principi di cui sopra al procedimento di concordato preventivo, il risultato è che la pronuncia del decreto di estinzione ha quale effetto quello di determinare l'inefficacia *ex tunc* di tutti gli atti compiuti all'interno del procedimento di concordato, e, quindi, anche del decreto di ammissione, che deve ritenersi privato di ogni effetto e di ogni rilevanza per l'ordinamento.

Va per inciso notato che il provvedimento di ammissione al concordato preventivo risulta, in certa misura, affine (se non equiparabile) al pignoramento.

Al di là del fatto che entrambi segnano il momento di apertura dei relativi procedimenti, infatti, alcuni degli effetti del pignoramento di cui agli artt. 2913 ss. c.c., si producono anche nel concordato preventivo a seguito del decreto *ex art.* 163 l. fall., o, comunque, subordinatamente alla sua pronuncia (quanto agli effetti che si producono sin dal momento della presentazione o della pubblicazione della domanda di concordato). A semplice titolo esemplificativo, si pensi agli effetti sulle formalità per rendere opponibili gli atti ai terzi (disciplinati rispettivamente dall'art. 2915 c.c. e dagli artt. 169 e 45 l. fall.); oppure agli effetti dei titoli di prelazione (disciplinati rispettivamente dagli artt. 2916 c.c. e 168, comma 3, l. fall.).

Come l'estinzione del processo esecutivo fa venir meno retroattivamente gli effetti del pignoramento, così allora anche l'estinzione del procedimento di concordato preventivo determina la caducazione *ex tunc* degli effetti del decreto di ammissione (e di quelli che, per quanto non originanti direttamente dallo stesso, sono comunque ad esso condizionati).

2. – Una conferma dell'indicazione di cui al precedente punto si rinviene poi, come si è anticipato, anche nella disciplina degli effetti dell'estinzione del processo civile di cognizione.

Come l'estinzione del processo di esecuzione, infatti, così anche quella del processo civile di cognizione ha effetti retroattivi.

---

<sup>11</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2012, III, 99.

Anche a seguito dell'estinzione di quest'ultimo, infatti, si verifica la perdita dell'effetto sospensivo: il nuovo periodo di prescrizione del diritto comincerà a decorrere *ex tunc* e dunque retroattivamente dalla data della proposizione della prima domanda, come se il processo estinto non si fosse svolto, continuando a decorrere per il tempo in cui è durato il processo estinto<sup>12</sup>.

L'efficacia retroattiva dell'estinzione di cui all'art. 310 c.p.c. si coglie poi anche considerando gli effetti prodotti dalla domanda giudiziale sulla decadenza: secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, l'estinzione travolge anche l'effetto impeditivo prodotto dalla domanda giudiziale<sup>13</sup>, con la conseguenza – esattamente come per la sospensione della prescrizione – che, ove il termine di decadenza sia più breve della durata che ha avuto il processo estinto, la parte onerata dell'esercizio del diritto dovrà intendersi decaduta dallo stesso.

A conclusione del discorso in merito all'estinzione nell'ambito del processo civile (sia esso esecutivo oppure di cognizione), non appare poi fuori luogo ricordare che la Corte di cassazione, con orientamento costante, afferma che l'estinzione del processo esecutivo per il venir meno del titolo esecutivo provvisoriamente esecutivo opera *ex tunc*<sup>14</sup>; e non si intravedono ragioni per le quali l'estinzione per rinuncia agli atti dovrebbe atteggiarsi in maniera differente.

3. – Ad ulteriore conferma dell'applicabilità del regime di retroattività degli effetti dell'estinzione del processo esecutivo (e di quello di cognizione), si segnala che l'art. 43 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, da poco entrato in vigore, disciplina espressamente (a differenza della previgente legge fallimentare) la rinuncia alla domanda (e, pertanto, anche alla domanda di concordato), stabilendo che “in caso di rinuncia ... il procedimento si estingue”.

Se dunque, nella vigenza della legge fallimentare, la pronuncia di un provvedimento di estinzione a seguito della rinuncia alla domanda era una soluzione elaborata nella prassi, con il CCII è la legge a stabilire che il procedimento deve essere definito con una pronuncia di estinzione.

Questa novità è stata interpretata come indice della volontà del legislatore di avvicinare maggiormente l'istituto della rinuncia rilevante ai

---

<sup>12</sup> Cfr. F. CUOMO ULLOA, *Estinzione del processo*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 371; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 99.

<sup>13</sup> Cfr. Cass., 18 gennaio 2007, n. 1090, in *Corriere giur.*, 2008, 710; e Cass., 15 ottobre 2010, n. 21635, in *Foro it. online*.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 21 settembre 2021, n. 25478, in *CED Cassazione*, 2011; Cass., 13 luglio 2011, n. 15363, *ivi*, 2011.

nostri fini a quello proprio del codice di procedura civile, e in particolare alla rinuncia agli atti di cui all'art. 306 c.p.c., pur permanendo delle differenze con questa (su tutte, il fatto che la rinuncia alla domanda di concordato preventivo continuerà a non abbisognare dell'accettazione delle altre parti [15]).

A ciò non osta il fatto che l'art. 43, comma 1, faccia salva "la volontà di proseguirlo manifestata dagli intervenuti o dal pubblico ministero per l'apertura della liquidazione giudiziale": questa previsione deve infatti essere letta come semplice eccezione alla regola generale e contraria dell'estinzione del procedimento, che resta quindi perfettamente valida, così come l'efficacia retroattiva che le è propria.

4. – Elementi che depongono nel senso della retroattività degli effetti della rinuncia alla domanda di concordato e del conseguente provvedimento di estinzione (con caducazione degli effetti del decreto ammissivo) possono poi essere rinvenuti ragionando sulle caratteristiche proprie di tale rinuncia (come elaborate dalla giurisprudenza e dalla dottrina).

Quanto al suo orizzonte temporale, secondo l'opinione ormai nettamente prevalente la domanda di concordato può essere rinunciata sino all'omologazione<sup>16</sup>, restando invece irrilevante il momento dell'approvazione della proposta. Pur essendo il concordato preventivo connotato da una forte impronta negoziale e privatistica, infatti, il semplice raggiungimento delle maggioranze è inidoneo, di per sé solo, a spiegare gli effetti del concordato, i quali scaturiscono – *ex art. 184 l. fall.* – dall'omologazione, vale a dire dal provvedimento conclusivo dell'ulteriore fase giudiziale, che è caratterizzata dall'impulso riservato alla parte proponente<sup>17</sup>: sicché la proposta di concordato, anche dopo l'approvazione dei creditori, resta nella disponibilità della parte da cui proviene, la quale, dunque, può ancora ritirarla<sup>18</sup>, rimuovendo fin dall'inizio gli effetti della sua formulazione.

---

<sup>15</sup> A. CRIVELLI, *La rinuncia alla domanda di concordato: procedimento e provvedimento conseguenti*, cit., 1395

<sup>16</sup> Cfr., in giurisprudenza, Cass., 10 ottobre 2019, n. 25479, cit.; Cass., 28 aprile 2015, n. 8575, ne *ilcaso.it*; App. Venezia, 19 novembre 2021, in *dirittodellacrisi.it*; e, in dottrina, S. AMBROSINI – M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit., 8; U. DE CRESCIENZO, *Rinuncia alla domanda di concordato*, cit., 962; C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014, 111; L.A. BOTTAL, *Rinuncia alla domanda di concordato e difetto di legittimazione del PM a chiedere il fallimento*, ne *ilfallimentarista.it*.

<sup>17</sup> Cfr. S. AMBROSINI – M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit., 7.

<sup>18</sup> Cfr. E. NORELLI, *La proposta di concordato*, cit., 43.

Quanto, poi, alle modalità della rinuncia, secondo la tesi pressoché unanime, come si è anticipato, essa non deve essere accettata dai creditori<sup>19</sup>, posto che tanto i creditori che hanno presentato opposizione in sede di omologa, quanto gli eventuali creditori istanti per il fallimento, non hanno alcun interesse alla prosecuzione del concordato preventivo, e, anzi, sono portatori dell'interesse opposto<sup>20</sup>.

Ebbene, da quanto sinteticamente illustrato in ordine alle tempistiche e alle modalità della rinuncia, emerge in maniera lampante che, esattamente come accade per la presentazione della domanda di concordato, anche l'esercizio della rinuncia a tale domanda è riservato al monopolio del debitore<sup>21</sup>.

Ciò, anzitutto, mi pare debba condurre a qualificare la rinuncia seguita dal decreto di estinzione come un atto "uguale e contrario" rispetto alla domanda di concordato seguita dal decreto di ammissione, che fa venir meno *ab origine* la domanda, con conseguente venir meno *ab origine* anche del decreto di ammissione (che logicamente trova proprio nella domanda il suo necessario presupposto): il che rappresenta un primo indice nel senso della natura retroattiva della rinuncia.

Ma il fatto che la rinuncia sia interamente nella disponibilità del debitore mi sembra costituisca altresì la prova del fatto che gli interessi degli altri soggetti coinvolti nel procedimento di concordato preventivo (essenzialmente, i creditori) restino sullo sfondo: il che ritengo possa essere interpretato come un secondo indice della operatività *ex tunc* della rinuncia, non essendovi interessi di soggetti terzi da tutelare mediante la salvezza degli atti *medio tempore* compiuti.

Un ulteriore indizio a favore della retroattività mi pare possa poi ricavarsi dal fatto che la rinuncia deve avvenire secondo forme speculari alla domanda, dovendo pertanto non soltanto essere sottoscritta dall'imprenditore, ma essere altresì preceduta da idonea deliberazione ai

<sup>19</sup> Cfr., in giurisprudenza, Cass., 10 ottobre 2019, n. 25479, in *onelegale.wolterskluwer.it*; App. Milano, 29 ottobre 2015, ne *ilcaso.it*; e, in dottrina, A. CRIVELLI, *La rinuncia alla domanda di concordato: procedimento e provvedimenti conseguenti*, cit., 1391; U. DE CRESCIENZO, *Rinuncia alla domanda di concordato*, cit., 962; R. BELLÉ, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2015, 651; A. MUSSA, *Inammissibilità della proposta di concordato*, in *ilfallimentarista.it*.

<sup>20</sup> Cfr. S. AMBROSINI – M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit., 11; A. CRIVELLI, *La rinuncia alla domanda di concordato: procedimento e provvedimento conseguenti*, cit., 1391.

<sup>21</sup> Cfr. A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 98, il quale si esprimeva nel senso che, dal momento che la domanda di concordato è una domanda giudiziale, "il (cui) esercizio è riservato al monopolio dell'imprenditore insolvente, [...] anche la rinuncia a far valere tale strumento rientra nella sfera della sua illimitata disponibilità".

sensi dell'art. 152 l. fall.<sup>22</sup>. Essa, quindi, configura un vero e proprio *contrarius actus* rispetto alla domanda: e credo che questa sua qualificazione veicoli l'idea di una elisione alla radice della domanda (da intendersi come mai presentata), con conseguente elisione anche del provvedimento di ammissione al concordato preventivo.

Nel senso dell'efficacia retroattiva della rinuncia mi sembra debba essere letto anche il fatto che la rinuncia permetta pacificamente la riproposizione della domanda di concordato preventivo (<sup>23</sup>). Quando ciò avvenga, l'*iter* concordatario non riprende dal punto in cui si era arrestato, ma ricomincia *ex novo*: e, dal momento che, per giurisprudenza consolidata, non possono contemporaneamente sussistere più procedimenti di concordato preventivo (<sup>24</sup>), ciò significa che la possibilità che venga pronunciato un nuovo decreto di ammissione implica necessariamente che il precedente decreto di ammissione sia venuto meno *ab origine* per effetto della rinuncia.

A favore della retroattività degli effetti della rinuncia, si è espressa la dottrina, la quale ha notato che l'effetto della rinuncia alla domanda di concordato (o, come viene definita dalla stessa, della revoca) è quello di "procurare una retrocessione della situazione qua ante con ogni conseguenza a carico del solo debitore e salva la riproponibilità del ricorso, senza apparenti vincoli di novità"<sup>25</sup>.

5. – Ulteriore conferma dell'efficacia retroattiva della rinuncia alla domanda di concordato si ritrova sul piano degli effetti prodotti dal decreto di ammissione, oppure prodotti dalla domanda ma comunque condizionati alla pronuncia del decreto di ammissione.

A questo riguardo, va premesso che la giurisprudenza e la dottrina che si sono occupate del rapporto fra rinuncia alla domanda di concordato ed effetti del concordato preventivo sono a dir poco scarse; ma vi è motivo di

<sup>22</sup> Cfr., in giurisprudenza, Trib. Ancona, 12 marzo 2020, in *dirittodellacrisi.it*; e, in dottrina, S. AMBROSINI – M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit., 13, i quali richiamano G.M. NONNO – R. D'AMORA, *Revoca della proposta*, in M. FERRO – A. RUGGIERO – A. DI CARLO (a cura di), *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2009, 43.

<sup>23</sup> Cfr., in giurisprudenza, Cass., 25 ottobre 2018, n. 27120, in *Fallimento*, 2019, 479; Cass., 18 marzo 2019, n. 7577, in *ilcaso.it*; App. Venezia, 19 novembre 2021, cit.; Trib. Bergamo, 13 ottobre 2021, in *dirittodellacrisi.it*; e, in dottrina, C. RAVINA, *Nuova proposta di concordato*, in *ilfallimentarista.it*.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., 18 marzo 2019, n. 7577, cit.; Cass., 7 febbraio 2006, n. 2594, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., 14 gennaio 2015, n. 495, in *ilcaso.it*.

<sup>25</sup> Cfr. M. FERRO, *sub art. 163*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Milano-Padova, 2014, 2209.

ritenere che questo rapporto non si atteggi diversamente da quello che si instaura fra gli effetti del concordato e gli altri eventi patologici che ostano all'omologazione (inammissibilità, revoca, mancata approvazione e mancata omologa).

La Suprema Corte ha infatti osservato che il venir meno della procedura di concordato per rinuncia si pone sul medesimo piano degli altri eventi che determinano la chiusura del procedimento di concordato in difetto dell'omologazione, attesa l'assimilabilità degli effetti processuali<sup>26</sup>.

Ciò premesso, devono anzitutto considerarsi le conseguenze prodotte dalla rinuncia sulle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni prima della data di pubblicazione del ricorso di concordato (tema sul quale vi è sia giurisprudenza, sia dottrina relativa alla specifica ipotesi della rinuncia).

Ai sensi dell'art. 168, comma 3, secondo periodo, l. fall., queste ipoteche sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori; ma la Corte di cassazione ha stabilito che, quando la domanda venga rinunciata, questo effetto protettivo cessa retroattivamente<sup>27</sup>, con la conseguenza che le iscrizioni interessate dalla previsione di legge riprendono efficacia *ex tunc*; e questa cessazione retroattiva si verifica in tutte le ipotesi in cui la procedura concordataria si chiude anticipatamente (e, quindi, anche nel caso in cui la rinuncia sia successiva al decreto di ammissione)<sup>28</sup>.

L'effetto previsto dall'art. 168, comma 3, secondo periodo, viene quindi meno con efficacia retroattiva.

Lo stesso discorso vale per gli altri effetti disciplinati dall'art. 168, nonché per quelli di cui all'art. 169 l. fall.<sup>29</sup>, i quali pure devono intendersi caducati *ex tunc*.

Si consideri, a titolo di esempio, l'effetto consistente nella sospensione del corso degli interessi sui debiti pecuniari, con decorrenza dalla data di presentazione della domanda di concordato (effetto regolato dal combinato disposto degli artt. 169 e 55, comma 1, l. fall.). A seguito della rinuncia, gli

<sup>26</sup> Cfr. Cass., 16 marzo 2018, n. 6649, in *ilcaso.it*; Cass., 23 ottobre 2019, n. 27200, *ivi*.

<sup>27</sup> Cfr. Cass., 31 marzo 2021, n. 8996, in *Fallimento*, 2021, 909; e Cass., 6 giugno 2018, n. 14671, in *ilcaso.it*.

<sup>28</sup> Cfr., in giurisprudenza, Cass., 6 giugno 2018, n. 14671, *cit.*; e, in dottrina, G.B. NARDECCHIA, *L'inefficacia delle ipoteche giudiziali nel successivo fallimento*, in *Fallimento*, 2021, 913.

<sup>29</sup> Cfr. L.A. BOTTAI, *Rinuncia alla domanda di concordato e difetto di legittimazione del PM a chiedere il fallimento*, *cit.*, ove si legge che, in caso di rinuncia alla domanda di concordato, "gli effetti scaturenti dagli artt. 168 e 169 l. fall. [...] retroagiscono *ex tunc*".

interessi devono intendersi come mai sospesi, e ricominciano pertanto a decorrere sin dall'avvio della procedura di concordato<sup>30</sup>.

Decadono *ex tunc*, poi, anche gli effetti prodotti dal decreto di ammissione sugli atti di straordinaria amministrazione compiuti dal debitore in corso di concordato, per i quali costui non abbia ottenuto l'autorizzazione giudiziale.

Ai sensi dell'art. 167 l. fall., questi atti sono inefficaci. Quando tuttavia l'*iter* concordatario si arresti prima di pervenire all'omologazione (e, quindi, anche in caso di rinuncia), questa inefficacia viene meno retroattivamente, sicché gli atti riacquistano efficacia (pur restando revocabili in via ordinaria)<sup>31</sup>.

In considerazione di quanto sopra, deve dunque ritenersi che anche le conseguenze che si determinano sugli effetti prodotti dal decreto di ammissione al concordato (o comunque allo stesso correlati) a seguito della rinuncia alla domanda dimostrano l'efficacia retroattiva di quest'ultima.

6. – Una indicazione a favore dell'efficacia retroattiva può poi trarsi dalla disciplina della revoca del fallimento.

Rinuncia alla domanda di concordato e revoca del fallimento costituiscono istituti funzionalmente analoghi, posto che tanto l'una, quanto l'altra, determinano una retrocessione alla situazione anteriore (rispettivamente, a prima della presentazione della domanda di concordato e a prima della dichiarazione di fallimento), a causa del venir meno di presupposti di ammissibilità.

Ebbene, la revoca del fallimento, salvo che con riferimento ad alcune eccezioni ("*gli atti legalmente compiuti*"), ha pacifica efficacia retroattiva<sup>(32)</sup>. Lo stesso fatto che si parli di "salvezza" di atti specificamente individuati, del resto, è segno che la regola è quella della caducazione *ex tunc* degli effetti.

In considerazione delle similarità esistenti fra i due eventi dal punto di vista funzionale, vi è dunque ragione di ritenere che la rinuncia alla domanda di concordato si comporti alla stessa maniera.

<sup>30</sup> Cfr. G. BARBIERI – A. NIRONI FERRARONI, *Brevi considerazioni in tema di "conservazione degli effetti" tra preconcordato ed accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *ilfallimentarista.it*.

<sup>31</sup> Cfr., con riferimento ai pagamenti di crediti concorsuali, ma sulla base di un principio analogo, C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, cit., 363.

<sup>32</sup> Cfr., in giurisprudenza, Cass., 24 marzo 2011, n. 6734, in *unijuris.it*; Cass., 26 febbraio 2009, n. 4632, ne *ilcaso.it*; e, in dottrina, F. FERRARA JR. – A. BORGIOI, *Il fallimento*, 5ª ed., Milano, 1995, 259-260; M. FACCIOI, *sub* art. 18, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6ª ed., Padova, 2013, 114.



7. – Traendo le conclusioni da quanto sopra, mi sembra corretto concludere che, per effetto della rinuncia alla domanda di concordato preventivo e della conseguente dichiarazione di estinzione del procedimento concordatario, quest'ultimo venga meno retroattivamente (con conseguente inefficacia *ex tunc* di tutti gli atti compiuti all'interno dello stesso) e, in particolare, vengano meno retroattivamente gli effetti del decreto ammissivo (con l'effetto che la vicenda concordataria deve considerarsi *tamquam non esset*).

Ciò sulla base:

- della possibilità di applicare analogicamente – in mancanza di una disciplina *ad hoc* nell'ambito della legge fallimentare – la disciplina dell'estinzione per rinuncia agli atti contenuta nel codice di procedura civile, e, in particolare, la disciplina dell'estinzione del processo esecutivo (in primo luogo) e quella del processo di cognizione (in secondo luogo), le quali sono caratterizzate dalla retroattività dei relativi effetti: possibilità che per giunta risulta avvalorata dalla disposizione che oggi regola la rinuncia alla domanda nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (la quale avvicina ancor di più tale istituto alla rinuncia agli atti del processo civile);

- del fatto che la rinuncia alla domanda di concordato si configuri come un *contrarius actus* rispetto alla relativa domanda (come si evince dalla circostanza che la rinuncia è riservata al monopolio del debitore e deve avere forma speculare a quella della domanda) e consenta la riproposizione di una nuova domanda concordataria, con ripresa dell'*iter* concordatario *ex novo*: caratteristiche, queste, che devono essere interpretate quali indici di retroattività della rinuncia;

- del fatto che gli effetti del concordato preventivo (e, nello specifico, quelli di cui agli artt. 168 [e in particolare l'inefficacia delle ipoteche giudiziali] e 169 l. fall. [e in particolare la sospensione del corso degli interessi] e quelli sugli atti di straordinaria amministrazione non autorizzati) vengono meno retroattivamente nella ipotesi di rinuncia alla domanda di concordato preventivo e nelle altre ipotesi (ad essa assimilabili) di chiusura del concordato in assenza di omologazione;

- del fatto che la revoca del fallimento, la quale risulta funzionalmente analoga alla rinuncia alla domanda di concordato preventivo, ha efficacia retroattiva.

-----

#### **Abstract**

#### **EFFECTS OF WAIVER OF THE PETITION FOR COMPOSITION BEFORE BANKRUPTCY (SO CALLED "CONCORDATO PREVENTIVO")**

L'autore si chiede se la rinuncia alla domanda di concordato preventivo determini il venire meno degli effetti della procedura con efficacia *ex tunc* o con

efficacia *ex nunc*, e risponde nel senso che gli effetti vengono meno con efficacia retroattiva.

\*\*\*

*The author faces the issue, whether the waiver of the petition for composition before bankruptcy (so called "concordato preventivo") has a retroactive effect on the proceeding, and answers that it has.*

-----

## LA CLAUSOLA D'IRRESOLUBILITÀ NEL PRISMA DEL PRINCIPIO DELL'ADEGUATEZZA DEI RIMEDI CONTRATTUALI

FILIPPO MAISTO

*Professore ordinario*

*nell'Università della Calabria*

SOMMARIO: 1. Le clausole d'irrisolubilità nell'ordinamento italo-eurounitario in considerazione dell'analisi comparativa degli interessi in gioco. Il patto d'irrisolubilità nei contratti del consumatore. – 2. *Segue*. Le clausole d'irrisolubilità nei contratti tra imprese. – 3. Coordinamento sistematico delle soluzioni desunte dall'analisi degli interessi con gli obiettivi di politica del diritto perseguiti attraverso l'impianto valutativo della risoluzione del contratto per inadempimento. – 4. Questioni complementari: il problema dell'ammissibilità delle clausole di esclusione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta e delle clausole di esclusione della risoluzione per eccessiva onerosità. – 5. Riflessi di teoria generale: contributo al superamento della dialettica fatto-valore (*rectius* interesse individuale-interesse generale) nello svolgimento dell'autonomia contrattuale.

1. – Nell'esperienza giuridica italiana, si ricorre alla qualifica di "clausola d'irrisolubilità", quando le parti manifestano la volontà di escludere, in caso d'inadempimento delle attribuzioni convenute, gli eventi pratico-economici individuati dalla formula della risoluzione del contratto. Detto sintagma sottolinea, soprattutto, la vicenda pianificata "in negativo" dalle parti. In mancanza di un'espressa previsione di legge, la *quæstio juris* è se operi il criterio di giudizio dell'ammissibilità di dette clausole. In termini gius-realistici, bisogna stabilire se, al cospetto di dette clausole, il giudice sia legittimato ad adottare la decisione della vincolatività della vicenda utilitaristica predisposta dalle parti (*i.e.* l'esclusione della risoluzione). Essendo necessaria l'analisi comparativa degli interessi coinvolti, rileva, potenzialmente, la distinzione tra talune caratteristiche strutturali delle clausole d'irrisolubilità<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Diversamente, G. AMADIO, *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, in *Studi CNN-Studio* n. 160-2020/C, [https://www.notariato.it/it/ufficio\\_studi/studio-n-160-2020c-le-deroghe-convenzionali-alla-disciplina-della-risoluzione-inadempimento](https://www.notariato.it/it/ufficio_studi/studio-n-160-2020c-le-deroghe-convenzionali-alla-disciplina-della-risoluzione-inadempimento), 13 ss., prospetta l'operatività di una soluzione univoca senza considerare i diversi contesti in cui, virtualmente, ricorre la clausola.

In applicazione delle norme italo-eurounitarie, bisogna considerare, innanzitutto, la circostanza che la dichiarazione sia apposta ad un contratto diretto a programmare un'operazione economica in un rapporto tra un professionista e consumatore (c.d. contratto del consumatore). Essenzialmente, si delinea l'ipotesi che il potere di escludere la risoluzione, essendo disposto nell'interesse del professionista/contraente-forte, sia concepito per essere azionato nell'eventualità di un inadempimento di costui. Teoricamente, si potrebbe immaginare anche una clausola che programmi un simile evento pratico-economico nell'interesse del consumatore, per cui esso potrebbe essere preteso in caso d'inadempimento di quest'ultimo. Essendo, però, il consumatore contraente-debole, una simile ipotesi risulta affatto "platonica". È facile notare che una clausola d'irrisolubilità pensata nell'interesse del professionista rientra nella previsione dell'art. 33, comma 2, lett. b), cod. cons., la quale fissa il criterio di giudizio della presunta vessatorietà<sup>2</sup>. In tal caso, poi, sembra affatto improbabile che il professionista possa fornire la prova dell'assenza di squilibrio normativo a carico del consumatore. Alla luce di tali rilievi, il giudice risulta legittimato ex art. 36 cod. cons. ad adottare la decisione dell'impegnatività di una vicenda con i caratteri della nullità di protezione. Evidentemente, una tale soluzione converge con l'assunto teorico dell'inammissibilità della clausola d'irrisolubilità.

Con riferimento alle clausole d'irrisolubilità sancite nei contratti del consumatore, occorre precisare che un'opposta valutazione non potrebbe essere desunta dall'applicazione diretta della *lex mercatoria*. Nella pratica mercantile, diffusamente, ai contratti per l'erogazione di beni o servizi verso il corrispettivo di una somma di danaro sono apposte delle dichiarazioni, le quali manifestano, in positivo, la volontà degli interessati di riconoscere, in caso d'inadempimento di una parte, all'altra parte il potere di azionare la sola pretesa al risarcimento del danno. In negativo, tali dichiarazioni implicano la volontà di escludere tanto la vicenda della risoluzione del contratto quanto il potere di chiedere l'esecuzione specifica delle attribuzioni promesse<sup>3</sup>. Dette clausole sono indicate nell'esperienza giuridica

---

<sup>2</sup> Puntualmente, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*. Artt. 1453-1459, in *Cod. Civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2007, 393, rileva che la clausola d'irrisolubilità nei contratti B2C è nulla, in quanto "l'art. 33, comma 2, lett. b del codice del consumo considera vessatoria la clausola che limiti ed escluda "le azioni" del consumatore per l'inadempimento del professionista".

<sup>3</sup> Su questo doppio ordine di conseguenze legali, v. G. AMADIO, *op. cit.*, 20. In vero, la maggior complessità della *sole remedy clause* rispetto alla semplice clausola d'irrisolubilità si apprezza, essenzialmente, nel caso d'inadempimento del fornitore: in tale evenienza, esclusa l'azionabilità della pretesa alla risoluzione, con l'esecuzione specifica l'acquirente avrebbe potuto ottenere i beni promessi oltre al risarcimento del danno, mentre col solo risarcimento del danno l'acquirente potrà ottenere

anglosassone con l'espressione "*exclusive/single/sole remedy clauses*"<sup>4</sup>, la quale richiama, sostanzialmente, il profilo di rilevanza "in positivo". Pertanto, poiché il più contiene il meno, le suddette clausole della prassi mercantile assorbono la clausola d'irrisolubilità. Come si è detto, considerandone la diffusione nella pratica, appare corretto estrapolare dalla *lex mercatoria* l'assunto della validità di dette clausole<sup>5</sup>. Cionondimeno, in queste ipotesi non ricorrono le condizioni perché i precetti della *lex mercatoria* possano prevalere rispetto ai dettami contrari della legge. In conformità alla teoria della trasformazione della gerarchia delle fonti in gerarchia dei valori<sup>6</sup>, il principio di sussidiarietà autorizza il giudice a motivare la decisione della vincolatività di condotte personali e eventi pratico-economici stabiliti dalla *lex mercatoria* (fonte di grado inferiore) incompatibili con i criteri di giudizio fissati dalla legge (fonte di grado superiore), soltanto là dove ricorra un preciso presupposto<sup>7</sup>. In tal senso, rileva il dato che tali vicende siano in grado di attuare meglio l'obiettivo socioeconomico fissato dalle Carte dei

soltanto una somma di danaro. In caso d'inadempimento dell'acquirente, invece, esclusa la risoluzione, sia con l'esecuzione specifica e il risarcimento del danno che con il solo risarcimento, in definitiva, il fornitore ha l'opportunità di ricevere soltanto una somma di danaro.

<sup>4</sup> Sulla varietà di denominazioni, E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali*. (Brevi spunti di riflessione sulla clausola di Exclusive Remedy), in *Riv. dir. comm.*, 2018, 215.

<sup>5</sup> V. G. AMADIO, *op. cit.*, 19 ss., il quale individua nei testi del diritto uniforme i seguenti riferimenti specifici: art. 6 CISG; art. 1.5.1 Principi UNIDROIT; art. 8:109 PECL; art. 3:105 DCFR.

<sup>6</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, 4ª ed., Napoli, 2020, 78 ss. e 249 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, 192 ss., spec. 194. Una simile ricostruzione scientifica non ha un semplice valore descrittivo, ma può essere richiamata anche per motivare la valenza di specifiche situazioni soggettive. Premesso che "la gerarchia tra norme cede, in ragione del principio di legalità, dinanzi alla gerarchia assiologica", è stato plasmato l'impianto valutativo secondo cui, a determinate condizioni, la disciplina proveniente da una fonte gerarchicamente inferiore può essere reputata efficace a preferenza delle soluzioni ordinarie predisposte da una fonte di grado superiore. In detta prospettiva, è corretto ritenere che, "se, ad esempio, un regolamento governativo garantisce la tutela della persona in misura maggiore rispetto ad una legge statale o regionale (gerarchicamente sovraordinate), è comunque il primo a dover trovare applicazione" (v. P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 195). Altra impostazione, invece, ritiene, da un lato, che la gerarchia delle fonti permanga in forma rigida nei conflitti tra fonti nazionali, dall'altro, che non si presenti più alcun vincolo gerarchico rispetto al ricorso a fonti "esterne" alla sovranità nazionale, i.e. sovranazionali, internazionali o *extra ordinem* (così, F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr.*, 2016, 1357, spec. nota 33).

<sup>7</sup> F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, Padova, 2022, 81 ss.

diritti nazionali e sovranazionali (soprattutto) europee. Nel contesto considerato, invece, i criteri di giudizi stabiliti dalla legge (art. 33, comma 2, lett. b), cod. cons.), consistenti nell'escludere l'impegnatività della clausola d'irrisolubilità (predisposta dal professionista nel suo interesse), risultano in grado di promuovere l'obiettivo della tutela del contraente-debole senz'altro meglio delle opposte soluzioni estrapolate dalla *lex mercatoria*.

2. – A questo punto, bisogna considerare le clausole d'irrisolubilità virtualmente ricorrenti nei contratti tra imprese (B2B). In tale prospettiva, sono concepibili diverse esplicazioni del fenomeno, soprattutto, a seconda che la transazione economica riguardi delle cose già nella disponibilità del fornitore ovvero, come spesso avviene, delle cose che debbano ancora essere prodotte dal fornitore/produttore o procurate dal fornitore/intermediario ovvero la fornitura di servizi professionali (*i.e.* prestazioni di fare effettuate con modalità seriali).

In primo luogo, viene in rilievo il caso che la vicenda dell'esclusione della risoluzione sia programmata in una vendita (più probabile) /somministrazione (meno probabile) di beni, i quali già siano nella disponibilità giuridica e materiale del fornitore (ad es., scorte o fondi di magazzino). Sono configurabili due profili (anche cumulabili): l'accordo sull'esclusione del potere del fornitore di chiedere la risoluzione nell'ipotesi d'inadempimento (e, pertanto, nell'interesse) dell'acquirente; il patto di esclusione del potere dell'acquirente di chiedere la risoluzione nell'eventualità dell'inadempimento (e, pertanto, nell'interesse) del fornitore<sup>8</sup>.

Analizziamo il primo profilo. Al cospetto di un accordo preventivo sull'inesistenza del potere del fornitore di chiedere la risoluzione nell'ipotesi dell'inadempimento dell'acquirente, il giudice sarebbe indotto ad adottare la decisione di costringere il fornitore a consegnare le cose nonostante il mancato ricevimento della somma di danaro pattuita<sup>9</sup>. In seconda battuta,

---

<sup>8</sup> Sia pure con notazioni in parte diverse, soprattutto U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *Il contratto in generale. La risoluzione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, 8, Torino, 2011, 27 ss., si è avveduto dell'opportunità di distinguere l'interesse della parte non-inadempiente a seconda della natura della prestazione da lui dovuta o a lui spettante.

<sup>9</sup> In proposito, merita di essere vagliata la contrapposta opinione di G. SICCHIERO, *op. cit.*, 402, il quale asserisce che: "Il divieto pattizio di domandare la risoluzione non implica automaticamente divieto di rifiutare la prestazione in caso di altrui inadempimento o anche di eccepire ad es. il mutamento della solvibilità *ex art.* 1461". Dal punto di vista strutturale, appare corretto il rilievo che altro è l'esclusione del potere di chiedere la risoluzione altro è l'esclusione del potere di rifiutare l'adempimento, per cui questa vicenda non rientra direttamente nel contenuto della

egli, azionando la pretesa all'esecuzione specifica e al risarcimento del danno, sarebbe in condizioni di ottenere, col sacrificio forzoso dell'acquirente, una somma pari a quella pattuita con l'aggiunta della compensazione dell'interesse pregiudicato dalla mancata realizzazione dell'affare. È facile notare che tali vicende non potrebbero essere valutate inique, se si constatasse la loro coincidenza con quelle comportate da una clausola d'improponibilità delle eccezioni (*solve et repete*)<sup>10</sup> di cui all'art. 1462 c.c.<sup>11</sup>. Spicca, però, una vistosa differenza: nell'apparato decisorio sopra delineato, dopo l'esecuzione della prestazione "caratteristica", il contraente adempiente, esclusa la risoluzione, avrebbe modo, mediante l'esecuzione specifica è il risarcimento, di pretendere non la restituzione delle cose date (secondo la dinamica del *solve et repete*), ma soltanto il pagamento di una somma di danaro pari al corrispettivo pattuito con l'aggiunta di una somma diretta a compensare la lesione subita per il mancato compimento dell'affare. In tal modo, il contraente inadempiente potrebbe giovare della propria insolvenza, pregiudicando l'interesse del contraente adempiente a ricevere la restituzione delle cose date ancora nel patrimonio dell'acquirente-inadempiente, piuttosto che una somma di danaro in concorso con gli altri

clausola d'irrisolubilità. Cionondimeno, dal punto di vista sostanziale, bisogna rimarcare che il patto d'irrisolubilità conduce surrettiziamente a questa soluzione ordinatoria. Innanzitutto, l'assunto dell'insussistenza di un potere di chiedere la risoluzione elide il principale argomento in grado di motivare la decisione giudiziale di riconoscere la liberazione del contraente non-inadempiente. In secondo luogo, bisogna considerare che la circostanza (fisiologica) della provvisoria mancanza di liquidità per l'impresa inadempiente diverge dalla previsione legale del pericolo d'insolvenza. Pertanto, visto che l'analisi comparativa degli interessi in gioco suggerisce di ricorrere alla formula della validità della clausola d'irrisolubilità proprio nell'ipotesi di mancanza di liquidità, in questi casi non sarebbe consentito desumere la determinazione di riconoscere l'esistenza di un potere di rifiutare l'esecuzione della prestazione da parte del contraente non-inadempiente dall'apparato decisorio apprestato dall'art. 1461 c.c. In sintesi, al cospetto di un patto di esclusione della risoluzione si attiva (virtualmente) un ragionamento applicativo, nel quale risulta corretta la decisione del giudice di riconoscere l'esistenza dell'obbligo del contraente non-inadempiente di eseguire l'attribuzione promessa con conseguenziale provvedimento di condanna all'adempimento.

<sup>10</sup> Sull'adeguatezza degli assetti d'interessi attuati dal precetto dell'efficacia della clausola *solve et repete*, F. BRAVO, *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, Milano, 2021, 120 ss. Specificamente, sulla legittimità costituzionale della norma che ne ammette l'impiego, Corte cost., 12 novembre 1974, n. 256, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 1179.

<sup>11</sup> Per la potenziale attrazione della clausola d'irrisolubilità nell'orbita dell'art. 1462 c.c.: G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, 2ª ed., Torino, 2017, 216 ss.; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, 85; ID., *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, 3ª ed., Torino, 2019, 292.

suoi creditori. In dette circostanze, dal momento che la tecnica rimediale della risoluzione si rivela necessaria per impedire abusi da parte del contraente non-inadempiente<sup>12</sup>, si giustifica il ricorso alla formula della nullità del patto d'irrisolubilità per contrasto col principio di adeguatezza dei rimedi<sup>13</sup>. Bisogna rimarcare che le medesime considerazioni possono essere estese a tutte le ipotesi di contratti tra pari, vale a dire non soltanto B2B, ma anche C2C.

Una pari attenzione merita il secondo profilo di clausola d'irrisolubilità concernente la fornitura di cose già nella disponibilità del fornitore, consistente nell'accordo sulla non-azionabilità della pretesa dell'acquirente alla risoluzione del contratto nell'ipotesi di inadempimento del fornitore. Il rilievo dell'esistenza della clausola si attiva, potenzialmente, quando il fornitore, anche dolosamente, rifiuta l'adempimento richiesto dall'acquirente. In dette circostanze, assumendo il criterio di giudizio della validità della clausola, risulterebbe corretta l'emanazione di un provvedimento di condanna dell'acquirente a pagare la somma di danaro promessa o, quanto meno, la decisione di escludere la liberazione dell'acquirente dall'obbligo di effettuare una simile prestazione. In seconda battuta, attraverso l'esperimento delle azioni per l'esecuzione specifica e il risarcimento del danno, si determinerebbero in favore dell'acquirente il riconoscimento della titolarità dei beni convenuti e il ricevimento di una

---

<sup>12</sup> Similmente, E.M. CICONI, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, Milano, 2020, 328, invoca l'esigenza di reprimere, sia pure attraverso la distinta tecnica del divieto di abuso del diritto, "un uso vistosamente opportunistico della clausola di rinuncia ad un mezzo di tutela contro l'inadempimento, quando, avuto riguardo alle circostanze del caso, esso si riveli un modo per sottrarsi affatto alle conseguenze del proprio inadempimento, magari lucrando sul valore di una controprestazione già ricevuta, e non ripetibile per la convenuta irrisolubilità".

<sup>13</sup> Per la valutazione che i provvedimenti rimediali debbano "trovare modulazione in funzione degli interessi considerati dalla fattispecie concreta", v. P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 4 ss. Degna di nota è, soprattutto, l'identificazione di uno specifico vizio della statuizione di un rimedio inadeguato nella contrarietà al principio di effettività della tutela giudiziale estrapolato dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali UE (cfr. anche N. REICH, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in *Osservatorio dir. civ. com.*, 2013, 337 ss.). Per taluni significativi impieghi del canone del "giusto rimedio": in tema di abusi del creditore concernenti l'esercizio dei mezzi di tutela della garanzia patrimoniale, cfr. F. LAZZARELLI, *Conservazione della garanzia patrimoniale e abusi del creditore*, Napoli, 2013, 158; con riferimento ai vizi concernenti l'attività di certificazione energetica, G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del "giusto rimedio" in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 661 ss.; in materia di lesione del diritto all'immagine, cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto all'immagine e "giusto rimedio" civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 859 ss.



somma diretta a compensare l'interesse leso dal ritardo nell'attuazione dell'operazione economica<sup>14</sup>. Un simile ordine delle pretese giudiziali favorisce dei comportamenti opportunistici del fornitore, il quale, ad esempio, consapevole che all'acquirente non è consentito in alcun caso di liberarsi per cercare alternative convenienti sul mercato, potrebbe cercare di lucrare un maggior prezzo in cambio di un'esecuzione dell'affare senza bisogno del ricorso alle vie giudiziarie (*i.e.* senza dover affrontare costi transattivi). Bisogna notare che dette condotte, non soltanto appaiono eticamente discutibili, ma, soprattutto, divergono anche dagli stessi dettami della teoria dell'inadempimento efficiente (*efficient breach*)<sup>15</sup>. Nei ragionamenti applicativi espressi da una simile teoria, operano delle determinazioni giudiziali dirette, nella sostanza, a consentire al fornitore di distrarre i beni dall'originaria operazione economica e riallocarli in un nuovo scambio più soddisfacente, purché l'acquirente sia tenuto indenne dalle perdite causate dall'inattuazione dello scambio programmato<sup>16</sup>. Diversamente, le vicende giudizialmente perseguibili al cospetto della clausola d'irrisolubilità implicano, in ogni caso, la conservazione dell'affare originario, escludendo la possibilità di riallocazione delle risorse in uno scambio più efficiente. In definitiva, si prospetta un assetto d'interessi, per cui il patto d'irrisolubilità, da un lato, favorisce comportamenti opportunistici incompatibili col principio di effettività della tutela dei contraenti (arg. *ex art.* 24 cost., art. 6 e 13 CEDU e art. 47 Carta dei diritti fondamentali UE); d'altro lato, non si realizzano delle utilità generali come quelle prospettate dalla teoria dell'inadempimento efficiente<sup>17</sup>. Anche in tali

<sup>14</sup> Naturalmente, se non fosse azionabile la pretesa all'esecuzione specifica, il contraente non-inadempiente, mediante la sola azione di risarcimento, sarebbe titolato a ricevere soltanto una somma di denaro consistente nel valore della somma di denaro precedentemente pagata (*damnum emergens*) sommato alla misura utile a compensarlo per la mancata realizzazione dell'affare (*lucrum cessans*). Pertanto, a differenza della semplice clausola d'irrisolubilità (la quale, come detto alla nota 3, consente l'esercizio dell'azione di tutela specifica), in dette circostanze la *sole remedy clause* tende, effettivamente a coincidere con la clausola di inopponibilità delle eccezioni *ex art.* 1462 c.c. (v., *retro*, nota 11).

<sup>15</sup> Per una riproposizione di detta teoria, M.A. EISENBERG, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, in 93 *Calif. L. Rev.*, 2005, 997 ss.

<sup>16</sup> Un tale assetto d'interessi sembra, piuttosto, riflettersi nelle pretese azionabili al cospetto di una clausola di esclusione (non della risoluzione, ma) dell'esecuzione in forma specifica. Spunti in tal senso in G. AMADIO, *op. cit.*, 2, nota 3.

<sup>17</sup> Alla luce di quest'ultimo rilievo, non ci sono i margini della speciale utilità sociale necessaria per desumere il criterio di giudizio della validità della clausola, richiamando il teorema dell'osmosi tra meritevolezza contrattuale e ragionevolezza delle pretese giudizialmente perseguibili. Su detta teoria, F. MAISTO, *Per una teoria dell'osmosi tra la clausola generale della meritevolezza contrattuale e il principio*

circostanze, appare corretto il ricorso alla formula della nullità per contrarietà al principio di effettività declinato come principio del giusto rimedio<sup>18</sup>.

Diverso è il caso che l'accordo di esclusione della risoluzione sia inserito in un contratto (vendita/somministrazione) preordinato alla fornitura di beni, i quali devono essere prodotti dal fornitore. Anche in tale ipotesi, è opportuno distinguere due profili: il patto d'irrisolubilità previsto in caso d'inadempimento dell'acquirente e, pertanto, nel suo interesse; l'accordo d'inibizione della risoluzione pianificato nell'eventualità dell'inadempimento del fornitore e, pertanto, nel suo interesse<sup>19</sup>.

Rispetto al primo profilo, valgono, in parte, le considerazioni già precedentemente svolte. In caso d'inadempimento dell'acquirente, la clausola d'irrisolubilità consente di delineare il criterio di giudizio consistente nell'assunto che il fornitore sia costretto ad eseguire la propria prestazione anche se non riceve immediatamente la somma di denaro pattuita. In seconda battuta, mediante le tecniche dell'esecuzione specifica e del risarcimento del danno, egli è in condizione di pretendere giudizialmente l'evento pratico-economico consistente nella dazione, a carico del patrimonio dell'acquirente, di una somma di denaro equivalente a quella pattuita con l'aggiunta di una somma diretta a ristorarlo della lesione subita. Vista una simile dinamica, si delinea l'idea che la clausola

---

costituzionale di ragionevolezza delle pretese giustiziabili, in *Ann. SISDiC*, 2018, 123 ss., spec. 134 ss.

<sup>18</sup> V., *retro*, nota 13.

<sup>19</sup> Diversamente, per B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Milano, 2019, 120 s., bisogna attenzionare i casi in cui vi sia un interesse comune di entrambi i contraenti, anche quello non-inadempiente, ad escludere la risoluzione. Una simile eventualità ricorrerebbe "laddove si preveda che importanti investimenti iniziali siano compiuti da entrambe le parti ovvero che una relazione di interdipendenza venga a crearsi tra le parti contrattuali". Similmente, A. GALLARATI, *Il contratto irrisolubile o quasi. Profili*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1063, reputa opportuno considerare i "contratti in cui, anche laddove la parte adempiente avesse a propria disposizione il rimedio risolutorio, non ne farebbe uso". Bisogna, tuttavia, osservare che, nell'impianto valutativo predisposto dalla legge, la risoluzione, essendo configurata come diritto della parte non-inadempiente, non si attiva in mancanza di una sua richiesta. Pertanto, al cospetto di un interesse (anche) della parte non-inadempiente, la clausola d'irrisolubilità risulterebbe ultronea, dato che, in sua assenza, la risoluzione sarebbe, comunque, di fatto esclusa dalla mancata richiesta dell'avente diritto. Particolare è la posizione di G. DE NOVA, *op. cit.*, 218, secondo il quale la clausola d'irrisolubilità sarebbe stipulata, soprattutto, nell'interesse dei terzi e, specificamente, dei creditori delle parti. In vero, bisogna sottolineare che l'interesse dei creditori non può essere distinto da quello delle parti, visto che la volontà di favorire detti soggetti discende dall'esigenza della parte (virtualmente) inadempiente di far ricorso a finanziamenti esterni per il compimento dell'operazione economica programmata.

d'irrisolubilità sia simile (soprattutto, rispetto ai poteri e doveri riconosciuti alle parti nella prima fase), ma non del tutto assorbita dal paradigma della clausola d'improponibilità di eccezioni (*solve et repete*) ex art. 1462 c.c. Di là dal dato tecnico, però, occorre rilevare che, nel contesto degli scambi continuativi di beni "in produzione", queste soluzioni ordinatorie assolvono (potenzialmente) una significativa funzione economico-sociale. Le vicende giudizialmente perseguibili in conseguenza della clausola soddisfano, nella sostanza, l'esigenza dell'imprenditore-acquirente di non subire un'interruzione del flusso di acquisto di beni destinati alla propria attività produttiva o commerciale a causa di una provvisoria mancanza di liquidità che gli impedisca di pagare tempestivamente il corrispettivo pattuito. Essendo la condizione della mancanza di liquidità addirittura "fisiologica" rispetto all'attività d'impresa, la razionalizzazione di un simile rischio costituisce un assetto d'interessi particolarmente meritevole di apprezzamento<sup>20</sup>. Da notare che, in detta prospettiva, le clausole d'irrisolubilità assumono la fisionomia di tecniche di amministrazione non del semplice rischio (d'inadempimento) contrattuale<sup>21</sup>, ma, addirittura, di razionalizzazione del rischio d'impresa. Visto che un simile assetto d'interessi ricorre soltanto nei contratti tra imprese, è corretto reputare che la soluzione della validità della clausola d'irrisolubilità non si estenda a tutti i contratti "tra pari" (in particolare, ai contratti C2C).

Inoltre, anche con riguardo alla vendita/somministrazione di beni in produzione, bisogna analizzare la figura dell'accordo di esclusione della risoluzione pianificata per l'eventualità di inadempimento/nell'interesse del fornitore. Preliminarmente, occorre osservare che l'accordo principale presenta, normalmente, i contorni della somministrazione, ma potrebbe assumere anche le sembianze della vendita di cosa futura. In tal caso, naturalmente, la clausola di esclusione della risoluzione ha senso, soltanto là dove, virtualmente, possa essere azionata la pretesa alla risoluzione. In vero, è sufficientemente acquisito l'assunto che le vicende speciali espressamente

---

<sup>20</sup> Secondo la ricostruzione prospettata, la vicenda programmata dalla clausola d'irrisolubilità potrebbe essere pretesa al cospetto di un inadempimento doloso del soggetto passivo. Pertanto, essa contrasta con il teorema che il patto d'irrisolubilità, anche se valido, sarebbe, comunque, privo di effetti nelle ipotesi di inadempimento dovuto a dolo o colpa grave, il quale è delineato dall'applicazione estensiva dell'art. 1229 c.c. (cfr. F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero dalla responsabilità*, Milano, 1971, 67; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 23 ss.; ID., *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, cit., 270 ss.). D'altra parte, data la piena azionabilità del diritto al risarcimento del danno, non sembra che l'evento pratico-economico dell'esclusione della risoluzione presenti, effettivamente, la fisionomia di un'esclusione ovvero di una limitazione della responsabilità.

<sup>21</sup> Così E. GABRIELLI, *op. cit.*, 217.

predisposte dal legislatore *ex art.* 1472, comma 2, c.c. valgono, sostanzialmente, nell'ipotesi d'inesistenza fortuita della cosa<sup>22</sup>, mentre in caso d'inesistenza dipesa da negligenza del venditore si applicano i rimedi ordinari all'inadempimento di un'obbligazione contrattuale (naturalmente, l'esecuzione specifica è "ontologicamente" esclusa), vale a dire il risarcimento del danno e la stessa risoluzione del contratto<sup>23</sup>. Fatta questa premessa, è dato osservare che, in considerazione della clausola, il giudice è legittimato ad adottare la decisione di escludere la liberazione dell'acquirente dall'obbligo di pagare la somma di danaro pattuita, nonostante egli non abbia ricevuto, nell'immediato, i beni promessi. Naturalmente, in séguito, il contraente non-inadempiente potrà tutelare giudizialmente il proprio interesse, azionando la tutela specifica e quella risarcitoria. Una simile soluzione ordinatoria, come si è visto, normalmente iniqua, in particolari contesti dei rapporti tra imprese potrebbe risultare in grado di attuare una funzione economico-sociale positiva. Bisogna considerare che taluni settori commerciali sono interessati da forti oscillazioni della domanda e dell'offerta. In tal caso, le vicende giudizialmente perseguibili in conseguenza della clausola d'irrisolubilità potrebbero soddisfare l'esigenza del fornitore di dilatare i tempi di consegna, qualora rispetto alla programmazione originaria si sia innestata improvvisamente un forte incremento della domanda (c.d. *overbidding*) dei propri prodotti sul mercato. Questi eventi pratico-economici, sintetizzati dalla metafora della razionalizzazione del rischio da improvvisa oscillazione della domanda, convergono con l'obiettivo generale dell'efficienza economica. Alla luce di un simile rilievo, in queste circostanze, appare corretto prospettare la valenza decisoria del criterio di giudizio dell'ammissibilità della clausola d'irrisolubilità<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Alquanto isolata appare, ormai, l'opinione di D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, XXIII, 2ª ed., Milano, 1971, 181, secondo il quale, in ottemperanza al tenore letterale dell'art. 1472, comma 2, c.c., non sia corretto distinguere tra inesistenza fortuita e inesistenza imputabile all'inerzia del venditore.

<sup>23</sup> Per la ricostruzione della vendita di cosa futura come vendita "obbligatoria" e l'operatività, in detto impianto valutativo, del rimedio della risoluzione, *ex multis*, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VII, 1, 2ª ed., Torino, 1993, 379 ss. e 387 ss., il quale asserisce che: "Il venditore è obbligato al risultato traslativo e all'attività strumentale positiva necessaria per realizzarlo". È bene rimarcare che, anche per la teoria della vendita "condizionale", in caso d'inadempimento dell'obbligo "preliminare" del venditore di attivarsi per far venire ad esistenza la cosa, sarebbe azionabile la pretesa del compratore alla risoluzione per inadempimento (cfr. P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. I. La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962, 219 ss.). Pertanto, anche aderendo a detta teoria, la clausola d'irrisolubilità non risulterebbe, *a priori*, affatto priva di conseguenze legali.

<sup>24</sup> Anche in tal caso, l'analisi comparativa degli interessi coinvolti dimostra l'opportunità di ricorrere alla formula della validità dell'accordo preventivo di

A completamento del quadro, bisogna rimarcare che le soluzioni ordinatorie concepite per il caso della fornitura di beni "in produzione" presentano le medesime caratteristiche funzionali, se applicate nel caso simile della fornitura periodica o continuativa di servizi. In tal caso, il contratto principale assume, essenzialmente, le vesti del contratto di appalto (art. 1667 c.c.).

Da ultimo, merita di essere attenzionata l'eventualità che le parti convengano preventivamente l'esclusione della risoluzione per inadempimento, quando una di essa si sia impegnata a far acquistare all'altra un bene di titolarità di un terzo. In tali circostanze, l'accordo principale presenta i caratteri della vendita di una cosa "dichiaratamente" altrui. La clausola d'irrisolubilità, virtualmente, consente al giudice di adottare, in prima battuta, il provvedimento di condannare il compratore al pagamento del prezzo o, quanto meno, la decisione di riconoscere l'esistenza di un tale obbligo nonostante la negligenza del venditore nell'assolvere i suoi impegni. Successivamente, però, il creditore, azionando la tutela risarcitoria (essendo l'esecuzione specifica "ontologicamente esclusa" vista l'altruità della cosa), ha modo di pretendere una somma di danaro corrispondente al prezzo perduto (*damnum emergens*) con l'aggiunta di una somma diretta a compensare l'interesse leso dal mancato acquisto (*lucrum cessans*). Dato che queste vicende corrispondono, evidentemente, alla dinamica del *solve et repete*, la clausola d'irrisolubilità finisce per coincidere con la clausola d'imponibilità delle eccezioni di cui all'art. 1462 c.c.<sup>25</sup>.

In conclusione, nel contesto dei contratti tra imprese, si delinea una valutazione piuttosto articolata delle clausole 'irrisolubilità, ma, tendenzialmente, assume valenza decisoria il criterio di giudizio della loro ammissibilità. La correttezza di un simile impianto valutativo, come si è detto, appare confermata dai ragionamenti applicativi estrapolabili dalla *lex mercatoria*<sup>26</sup>.

3. – In sintesi, dalla precedente analisi comparativa degli interessi coinvolti è emerso il costrutto che in taluni casi (soprattutto, nei rapporti B2C) opera il criterio di giudizio dell'inammissibilità di una clausola di irrisolubilità, mentre, in altri contesti (con discreti margini, nei rapporti B2B) si giustifica una valutazione positiva dell'efficacia di una simile clausola contrattuale. Questi ragionamenti applicativi si rivelano in contraddizione

---

esclusione della risoluzione, quando si valutino taluni comportamenti "opportunistic" del contraente inadempiente (*i.e.* al cospetto di un inadempimento doloso). Alla luce di un simile rilievo, si conferma la divaricazione rispetto alla teoria dell'applicazione estensiva dell'art. 1229 c.c. (v., *retro*, nota 20).

<sup>25</sup> V., *retro*, nota 11.

<sup>26</sup> V., *retro*, nota 5.

con le argomentazioni estrapolate dalle teorie tradizionali circa l'individuazione delle ragioni di politica del diritto, le quali consentono il ricorso alla tecnica della risoluzione per inadempimento.

Bisogna considerare, innanzitutto, le concezioni più risalenti, le quali spiegano l'adozione della decisione giudiziale della risoluzione con una volontà implicita delle parti costituente una "condizione risolutiva tacita"<sup>27</sup>. L'assunto che l'esistenza del potere di chiedere la risoluzione del contratto/la caducazione dell'operazione economica programmata dipenda dalla volontà implicita delle parti, a contrario, si traduce nel criterio di giudizio che tale vicenda non sia azionabile in presenza di una clausola attestante l'opposta volontà dei contraenti<sup>28</sup>.

Le teorie oggettive del contratto, invece, si rispecchiano nella concezione dell'inerenza della vicenda della risoluzione alla causa e, specificamente, alla funzione corrispettiva dei contratti sinallagmatici<sup>29</sup>. In presenza di una clausola d'irrisolubilità, il suddetto assioma decisorio autorizza, virtualmente, due ordini di valutazioni: stabilito che il contratto abbia necessariamente funzione corrispettiva (ad es., una vendita), appare corretta la statuizione dell'inefficacia della clausola; appurato che l'operazione economica programmata sia compatibile con l'assenza di corrispettività, si attivano i criteri di giudizio dell'efficacia della clausola e dell'esclusione degli eventi pratico-economici prescritti in considerazione di uno schema contrattuale tipico caratterizzato da una funzione corrispettiva (disapplicazione della disciplina del tipo legale corrispondente alle prestazioni reciproche programmate). Diversamente, l'analisi comparativa degli interessi in gioco, come si è detto, consente di sviluppare un concorrente apparato decisorio: in presenza di una clausola d'irrisolubilità, a certe condizioni, il giudice sarebbe legittimato ad adottare i criteri di giudizio consistenti nell'assunto della validità della clausola/dell'esclusione della risoluzione per inadempimento, da un lato, e, dall'altro lato, della giustiziabilità delle ulteriori vicende prescritte per un tipo contrattuale legale a prestazioni corrispettive corrispondenti alle attribuzioni programmate.

Di sovente, è usato anche l'argomento simmetrico che la risoluzione non sia connaturata alla funzione corrispettiva dei contratti sinallagmatici<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. G. GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Milano, 1878, *passim*, spec. 30 ss. Questa teoria è segnalata anche da M. ALLARA, *La vendita*, Torino, 1958, 47.

<sup>28</sup> Su questa linea, Cass., 9 marzo 1942, n. 643, in *Foro it.*, 1942, 485, ha affermato che "la giurisprudenza riconosce la validità di stipulazioni che escludano o riducano l'applicazione della clausola risolutiva tacita, tra l'altro nel senso di restringerne gli effetti al risarcimento del danno".

<sup>29</sup> *Ex multis*, M. ALLARA, *op. cit.*, 67.

<sup>30</sup> G. AMADIO, *op. cit.*, 5 ss.

Di per sé, un simile assioma conduce, univocamente, alla soluzione ordinatoria del riconoscimento della validità della clausola. Pertanto, un tale costruito risulta incompatibile con l'articolato ordine di valutazioni desumibile dall'analisi comparativa degli interessi. D'altra parte, bisogna segnalare che il medesimo argomento è usato anche nei ragionamenti applicativi focalizzati sull'assunto dell'operatività della risoluzione anche rispetto ai contratti non-corrispettivi<sup>31</sup>. In simili apparati decisorii, esso finisce con oscurare il dato che diverse sono le condizioni per la giustiziabilità della vicenda della risoluzione: nei contratti corrispettivi essa opera *by default* (salvo patto contrario, quando ammesso); nei contratti non-corrispettivi, all'opposto, il potere di chiedere la risoluzione è riconosciuto soltanto se espressamente pattuito (arg. *ex art.* 793 c.c.). Alla luce di un simile rilievo, appare corretto l'assunto che, pur non essendo la tecnica della risoluzione connaturata alla funzione di scambio dei contratti corrispettivi né incompatibile con gli assetti d'interessi sottesi ai contratti non-corrispettivi<sup>32</sup>, essa non è affatto indifferente rispetto alla causa del contratto: una simile vicenda risulta maggiormente adeguata all'operazione economica dello scambio caratteristica dei contratti corrispettivi rispetto agli assetti d'interessi identificati dalle categorie della liberalità e della gratuità in senso stretto.

Esaurita la *pars destruens* della riflessione, è doveroso passare alla *pars construens*. L'articolato apparato decisorio, ricavato considerando gli obiettivi di politica del diritto coinvolti in presenza di una clausola d'irrisolubilità, si rivela informato al principio di adeguatezza dei rimedi. Una simile ricostruzione si delinea, qualora sia acquisita la natura rimediale della risoluzione per inadempimento<sup>33</sup>. In vero, la nozione di rimedio è

<sup>31</sup> B. MARUCCI, *Risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, Napoli, 2000, 49 ss.

<sup>32</sup> Alla luce di un tale concetto, bisogna respingere l'insegnamento di M. ALLARA, *La compravendita*, cit., 70, il quale ritiene che, là dove l'onere abbia costituito il motivo determinante dell'attribuzione principale, "la donazione modale assuma, in questa estrema ipotesi, la struttura del contratto bilaterale o con prestazioni corrispettive". Ai fini della qualificazione, rileva, essenzialmente, il dato che i sacrifici reciproci non siano concepiti per arrecare un'utilità marginale a ciascun contraente in modo da massimizzarne gli interessi (*i.e.* per attuare una causa di scambio in senso economicistico). In detta prospettiva, ad esempio, è dato considerare che il trasferimento da uno zio ad un nipote di un castello, il quale sia stata la residenza storica della loro famiglia, è, in talune circostanze, idoneo ad assolvere una funzione di liberalità, anche se l'onere (ad esempio, di assumere le ingenti spese per la ristrutturazione) assorba o addirittura sorpassi il valore del bene e sia stato la ragione determinante dell'attribuzione principale (cfr. F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, Padova, 2022, 153 s.).

<sup>33</sup> La ricostruzione della vicenda della risoluzione basata sugli aspetti funzionali è evidentemente alternativa rispetto ad altri inquadramenti, i quali ne considerano le

alquanto incerta<sup>34</sup>. Ciononostante, appare corretto definire il rimedio contrattuale come una restrizione della sfera personale o patrimoniale di un contraente, eseguibile a carico (esclusivamente) del suo patrimonio anche con l'ausilio della forza pubblica, la quale sia preposta a prevenire, reintegrare o compensare la lesione dell'interesse dell'altro contraente causata dall'inattuazione dell'operazione economica programmata (c.d. rischio contrattuale). È facile notare che simili caratteri si presentano senz'altro negli eventi pratico-economici sintetizzati dalla categoria della risoluzione del contratto per inadempimento. In base ad una tale rappresentazione, la risoluzione non si limita a tutelare l'interesse del contraente non-inadempiente, ma attua anche delle esigenze di civile convivenza identificate, soprattutto, dal principio di effettività della tutela/adequatezza dei rimedi di cui agli artt. 24 cost., 6 e 13 CEDU e 47 Carta dei diritti fondamentali UE. Specularmente, gli accordi di esclusione della risoluzione, quando non soddisfano degli interessi individuali convergenti con l'utilità collettiva, si rivelano semplicemente contrari al principio di effettività della tutela/adequatezza dei rimedi<sup>35</sup>.

La surrichiamata definizione di rimedio consente di distinguere la nozione di rimedio rispetto a quella di sanzione, la quale indica delle restrizioni personali o patrimoniali con carattere "afflittivo", vale a dire in grado di cagionare delle perdite per un contraente ultronee rispetto al valore della lesione dell'interesse altrui con il fine principale di impedirgli o scoraggiarne un determinato comportamento. La distinzione è fondamentale, dal momento che i rimedi sono ammessi in via generale, mentre le sanzioni (pene civilistiche) sono azionabili entro precisi limiti in

---

caratteristiche strutturali. In tal senso, merita di essere attenzionata, soprattutto, la teoria che la risoluzione sarebbe espressione del potere dispositivo-novativo inerente al credito a ricevere la prestazione inadempita, il quale consiste nel sostituire quest'ultima con la liberazione dall'obbligo di pagare il corrispettivo promesso (B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973, 64). È facile notare che, formalmente, l'assunto che il contraente abbia l'opportunità di scegliere tra il ricevimento della prestazione a lui spettante e la liberazione dalla prestazione da lui dovuta contrasta col principio di vincolatività del contratto *ex art. 1372 c.c. (sanctity of contract)*. In sostanza, bisogna notare che, nel contesto della risoluzione, a differenza della novazione, l'evento pratico-economico della liberazione dall'obbligo di pagare il corrispettivo non è diretto a sostituire la prestazione inadempita in modo da massimizzare l'interesse del creditore, ma a minimizzare le perdite causate dall'inadempimento del debitore.

<sup>34</sup> Circa la non-univocità della nozione di rimedio, E. GABRIELLI, *op. cit.*, 209 s.

<sup>35</sup> La considerazione di questa utilità sociale porta l'analisi comparativa degli interessi in gioco a divergere dalla raffinata analisi gius-economi(sti)ca, focalizzata sull'efficientamento dell'attuazione degli interessi mercantilistici coinvolti, la quale è prospettata da A. GALLARATI, *op. cit.*, 1059 ss.



considerazione del potenziale contrasto con gli artt. 23 e 25, comma 2 cost.<sup>36</sup>. Fissata questa distinzione, bisogna segnalare che, al pari di altri rimedi (in primis, lo stesso risarcimento del danno), la risoluzione per inadempimento assolve (soltanto) indirettamente anche una funzione sanzionatoria<sup>37</sup>: è un dato di comune esperienza il fatto che, sovente, il soggetto passivo si convince ad adempiere la prestazione dovuta, soprattutto, per la minaccia di perdere l'utilità marginale assicurategli dalla prestazione corrispettiva pianificata dal contratto<sup>38</sup>. Una simile coercizione, essendo attuata soltanto in via surrettizia dalla vicenda della risoluzione per inadempimento, non ne implica alcuna limitazione a livello costituzionale. La funzione latamente sanzionatoria, inoltre, spiega la differente operatività della risoluzione per inadempimento nei contratti corrispettivi rispetto ai contratti onerosi non-corrispettivi. Bisogna rilevare che, normalmente, dato il carattere accessorio del *modus*, sussiste un interesse all'adempimento dell'attribuzione principale indipendentemente dall'esecuzione della prestazione accessoria. Pertanto, salvo diversa pattuizione delle parti, non è opportuno costringere l'onerato ad adempiere, minacciandolo di perdere il diritto a ricevere l'attribuzione principale.

In conclusione, una volta acquisita la rappresentazione della natura rimediale della risoluzione per inadempimento, il principio dell'adeguatezza dei rimedi legittima il giudice ad impiegare, selettivamente, il criterio di giudizio dell'ammissibilità dei patti d'irrisolubilità soltanto a precise condizioni: è necessario il rilievo che l'esclusione di questo rimedio soddisfi, in concreto, l'esigenza di tutelare interessi particolarmente meritevoli. Quest'ordine di valutazioni converge con l'articolata gamma di soluzioni ordinatorie desunte dall'analisi degli obiettivi di politica del diritto coinvolti al cospetto della volontà delle parti di escludere preventivamente la risoluzione per inadempimento.

---

<sup>36</sup> Cfr. F. MAISTO, *Punitive Damages Under the Lens of Constitutionality: the Role of the Hierarchy of Values*, in *ItaLJ*, 2020, 167 ss.; ID., *I risarcimenti punitivi nella responsabilità da atto illecito e nella responsabilità per inadempimento*, in AA.VV., *Sui mobili confini del diritto* a cura di E. BIVONA, F. ROMEO, M. CAVALLARO e M. LAZZARA, 2, Torino, 2022, 122 ss.

<sup>37</sup> Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 137 ss., 147 ss. e 159. Egli osserva che nella risoluzione "ritroviamo il carattere fondamentale d'ogni sanzione, il sacrificio cioè di un interesse della parte inadempiente, il quale era tutelato dall'ordinamento mediante l'attribuzione del corrispondente diritto, e al quale viene tolta la tutela stessa a causa dell'inadempimento".

<sup>38</sup> Per approfondimenti, v. G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempimento*, Milano, 2001, 187 ss., il quale sottolinea il carattere "indiretto" della funzione di coercizione assolta dalla tecnica della risoluzione per inadempimento.

4. – In prospettiva gius-realistica, i ragionamenti applicativi, i quali potenzialmente si attivano al cospetto di una clausola di esclusione della risoluzione per inadempimento, sono stati delineati in linea con gli obiettivi di politica del diritto (*ratio juris*) sottesi ad una tale tecnica rimediale. Stante la diversità della *ratio juris*<sup>39</sup>, i medesimi criteri di giudizio non sono automaticamente estensibili alle ipotesi di accordi sull'esclusione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta ovvero per eccessiva onerosità. Cionondimeno, anche detta *quæstio juris* deve essere approfondita nella prospettiva metodologica gius-realistica. In tale ottica, meritano di essere distinte diverse figure a seconda del contesto, nel quale la vicenda programmata (*i.e.* l'esclusione della risoluzione) è destinata ad operare.

Innanzitutto, viene in rilievo l'ipotesi che le parti manifestino la volontà di escludere preventivamente la risoluzione per impossibilità di una fornitura di beni già esistenti e presenti nel patrimonio del fornitore. È alquanto agevole riconoscere che l'accordo principale presenti i caratteri della vendita. In tale contesto, l'impossibilità sopravvenuta assume i caratteri del perimento fortuito delle merci. Visto che il perimento anteriore alla conclusione del contratto giustifica il ricorso alla formula della nullità per mancanza di oggetto (comb. disp. artt. 1325, n. 3, c.c. e 1418, comma 2, c.c.), rileva, essenzialmente, la circostanza del perimento fortuito della cosa nel periodo di tempo dopo l'emissione delle dichiarazioni contrattuali e prima della consegna all'acquirente. In tale caso, la determinazione giudiziale dell'esclusione della risoluzione opera, in base all'enunciato dell'art. 1465 c.c., indipendentemente dal preventivo accordo tra le parti. Pertanto, la presenza della clausola si rivela del tutto priva di effetto, in quanto la pretesa alla vicenda programmata si attiva allo stesso modo anche in sua assenza.

È plausibile anche il caso che le parti convengano di negare il potere di chiedere la risoluzione per impossibilità sopravvenuta in occasione della stipula di un contratto di fornitura di merci "in produzione" (*i.e.*, non ancora esistenti). In dette circostanze, l'accordo principale presenterebbe i connotati della vendita di cosa futura o (più probabilmente) della somministrazione.

Là dove l'accordo principale presentasse i connotati della vendita di cose future, l'impossibilità coinciderebbe, sostanzialmente, col fenomeno dell'inesistenza fortuita delle merci (dovuta, ad esempio, alla distruzione degli impianti di produzione). In tali circostanze, è pacifico che si attivi l'impianto valutativo dettato dall'art. 1472 c.c.<sup>40</sup>, il quale contempla, in

<sup>39</sup> Cfr. G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, 3ª ed., Padova, 2018, 4.

<sup>40</sup> Alquanto acquisita è l'interpretazione (antiletterale) dell'art. 1472, comma 2, c.c. secondo cui la previsione legale non si estende all'ipotesi di inesistenza dovuta a negligenza del venditore. In tale evenienza, in conformità al precetto dell'esistenza di un obbligo d'impegnarsi per far venire la cosa ad esistenza, si ritengono azionabili i

alternativa, il criterio di giudizio della nullità dell'operazione, se la vendita è commutativa (*emptio rei speratae*), ovvero della piena validità ed efficacia delle attribuzioni promesse, se la vendita è aleatoria (*emptio spei*). In ogni caso, essendo esclusa la vicenda della risoluzione per impossibilità, la clausola d'irrisolubilità risulta affatto priva di conseguenze legali.

Bisogna considerare, poi, il caso (più verosimile) che il contratto principale presenti i caratteri di una somministrazione. L'impianto valutativo della vendita di cosa futura è emblematico anche in relazione a questo ulteriore caso. Bisogna rimarcare che nei ragionamenti applicativi sulla vendita la vicenda della nullità della vendita commutativa si concreta, essenzialmente, nel precetto dell'inesistenza di un obbligo di pagare il corrispettivo e quella della piena vincolatività della vendita aleatoria si traduce nella regola dell'esistenza dell'obbligo di pagare il corrispettivo pattuito nonostante il mancato ricevimento della cosa. Pertanto, di là dalle tecniche utilizzate (nullità/piena efficacia), si delinea la logica che il riconoscimento di un obbligo di pagare il corrispettivo nonostante l'inesistenza fortuita della cosa trasforma la vendita commutativa in vendita aleatoria. A questo punto, è facile notare che, al cospetto di un contratto di somministrazione la vicenda della risoluzione per impossibilità si concreta, essenzialmente, nel precetto dell'inesistenza dell'obbligo di pagare il corrispettivo pattuito. Specularmente, la vicenda programmata dalla clausola di esclusione della risoluzione per impossibilità si sostanzierebbe nella regola dell'esistenza dell'obbligo di pagare il corrispettivo promesso nonostante il mancato ricevimento della fornitura. In base alla logica delineata per la vendita, è corretto reputare che, in caso di somministrazione, la clausola di esclusione della risoluzione per impossibilità, virtualmente, trasformerebbe il contratto da commutativo ad aleatorio. Per la proprietà transitiva, l'assunzione del criterio di giudizio dell'ammissibilità di una simile clausola è circoscritta nei limiti entro cui è consentito l'impiego dell'assunto della validità dei contratti aleatori. In detta prospettiva, bisogna rilevare che il sacrificio imposto al contraente svantaggiato è predeterminato nel quantum, dal momento che è circoscritto alla perdita del corrispettivo promesso. Se detta perdita fosse inquadrata in un sistema d'impresa di gestione collettiva dei rischi individuali, la distribuzione del rischio contrattuale presenterebbe i connotati dell'alea 'razionale'<sup>41</sup>. Alle condizioni predette, gli eventi pratico-economici

---

rimedi ordinari della risoluzione per inadempimento e del risarcimento del danno (v., *retro*, nota 23).

<sup>41</sup> Cfr. Cass., 27 ottobre 2017, n. 25624, in *Giur. it.*, 2018, 2357 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Alea razionale e scenari probabilistici nel vitalizio alimentare*. Cfr. anche D. MAFFEIS, *La scommessa razionale di swap e lo scopo di copertura*, in *Persona e mercato*, 2022, 189 ss.

conseguenziali all'esclusione della risoluzione sarebbero riconducibili ad una funzione latamente assicurativa<sup>42</sup>, la quale è in grado di fungere da giusta causa dell'accordo *ex art. 1325, n. 2, c.c.*

Verosimilmente, il patto di escludere preventivamente la risoluzione per impossibilità sopravvenuta potrebbe essere apposto anche ad un contratto di compravendita di una cosa esistente, ma nella titolarità di un soggetto diverso dal venditore. In tal caso, data la presenza della clausola, il contratto principale presenta le vesti della vendita di cosa "dichiaratamente" altrui. Rispetto ad un simile contesto, l'impossibilità sopravvenuta consisterebbe, essenzialmente, nel perimento della cosa prima che il compratore compia l'atto di acquisto dal titolare. Bisogna segnalare il dato che, in tali circostanze, essendo "ontologicamente" esclusi l'esecuzione specifica (perché il bene è perito) e il risarcimento (perché il perimento non è imputabile), la risoluzione rappresenta, virtualmente, l'unico rimedio azionabile. Pertanto, la vicenda dell'esclusione della risoluzione si tradurrebbe nel precetto dell'esistenza dell'obbligo per il compratore di pagare al venditore il corrispettivo promesso nonostante il mancato ricevimento della cosa. Considerando che il venditore si arricchisce del prezzo senza assumere alcun sacrificio per l'acquisto della cosa, un simile assetto d'interessi appare incompatibile con la funzione di scambio propria della vendita. In conclusione, la suesposta analisi consente il ricorso, in questa ipotesi, alla formula della nullità della clausola per incompatibilità con la causa (di scambio) della compravendita.

Da ultimo, bisogna considerare il caso che i contraenti manifestino la volontà di escludere la risoluzione per impossibilità sopravvenuta nell'evenienza di circostanze che, nei contratti "di durata", rendano temporaneamente impossibile l'attuazione dell'operazione economica programmata<sup>43</sup>. Innanzitutto, bisogna rimarcare che, nelle ipotesi

---

<sup>42</sup> Circa l'inerenza all'essenza del contratto di assicurazione degli eventi patrimoniali della ripartizione e compensazione delle effettive perdite economiche tra i soggetti esposti al medesimo tipo di rischio, A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 11ª ed., Milano, 2016, 3 s.

<sup>43</sup> Il caso è connotato da una stringente attualità, dal momento che esso si attaglia alle circostanze create dall'emergenza Covid '19. In vero, è questione pratica molto dibattuta la rappresentazione che possano essere considerate come *factum principis*, causa d'impossibilità delle obbligazioni programmate nell'affitto di locali commerciali, le restrizioni al commercio imposte dalle Autorità nelle fasi di *lockdown* durante l'emergenza Covid-19. Il dubbio è sorto, essenzialmente, perché si è focalizzata l'attenzione sul pagamento dei canoni concordati, che non risultava materialmente impedito da dette misure restrittive. Si tratta di un errore di prospettiva: le restrizioni legali rendevano temporaneamente impossibile (non l'obbligo di pagare i canoni concordati, ma) l'esecuzione dell'obbligazione corrispettiva, consistente nel concedere in godimento dei locali idonei a praticare l'attività commerciale (così, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali*.

d'impossibilità temporanea, in prima battuta non è riconosciuto un potere di chiedere la risoluzione del contratto<sup>44</sup>. Cionondimeno, la vicenda della risoluzione può essere pretesa quando il perdurare dell'impossibilità comporti che o il creditore perda interesse a riceverla o il debitore non possa essere più ritenuto obbligato, nel senso che altrimenti si configurerebbe un'obbligazione a tempo indeterminato. Bisogna chiarire che questo secondo parametro non fa tanto riferimento a un'eccessiva onerosità, dato che bisogna distinguere tra la risoluzione per impossibilità temporanea dalla risoluzione per eccessiva onerosità. Piuttosto, esso è esplicazione dell'esigenza di civile convivenza che i vincoli di subordinazione giuridica non si protraggano a tempo indeterminato. Una tale limitazione temporale è fondamentale, perché distingue la moderna obbligazione civile rispetto ai superati vincoli di natura feudale o, addirittura, schiavistica. Alla luce dei seguenti rilievi, bisogna concludere che l'esclusione convenzionale della risoluzione in caso d'impossibilità temporanea sia affetta da nullità, in quanto contrasti con il principio dell'inammissibilità di vincoli di subordinazione a tempo indefinito.

A completamento del discorso sulle clausole d'irrisolubilità, bisogna considerare il caso che le parti manifestino la volontà di escludere preventivamente la risoluzione per eccessiva onerosità.

Nell'apparato decisorio predisposto dalla legge (c.d. regime legale), in caso di eccessiva onerosità di una prestazione/squilibrio sopravvenuto tra il valore delle prestazioni, il potere della parte svantaggiata di chiedere la risoluzione è escluso se ricorrono le condizioni indicate dalla previsione della *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1467, comma 3, c.c.: la volontà della parte avvantaggiata; la modifica/sostituzione/integrazione delle attribuzioni programmate con attribuzioni simili, ma di egual valore. Bisogna notare che la suddetta soluzione ordinatoria bilancia la perdita per la parte svantaggiata del potere di chiedere la risoluzione con il riconoscimento del suo diritto ad attuare un'operazione economica con minori sacrifici o con

---

*Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Flamini* a cura di R. FAVALE e L. RUGGERI, Napoli, 2020, 201 ss., spec. 206 s.). In tal senso, è corretto ritenere che sussistessero gli estremi perché si attivassero le determinazioni concepite per l'impossibilità temporanea. In un simile apparato decisorio, si sarebbero potute pretendere giudizialmente le vicende della sospensione del pagamento dei canoni e, in caso d'indennità pagate dallo Stato al commerciante-affittuario, del reintegro della perdita subita dal locatore in base alla formula dell'ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.

<sup>44</sup> Nell'immediato si attiva la regola che i contraenti sono esonerati dalla responsabilità in caso di rifiuto di eseguire la prestazione (anche quella possibile) richiesta dall'altra parte (c.d. inesigibilità delle prestazioni/inapplicabilità della disciplina della *mora debendi*). Sul punto, F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, cit., 360.

maggiori vantaggi patrimoniali rispetto a quelli comportati dalle attribuzioni originariamente convenute. Essendo preventivamente esclusa la risoluzione per volontà delle parti, invece, non avrebbe modo di operare la tecnica della *reductio ad æquitatem* e, surrettiziamente, il contraente svantaggiato sarebbe privato del diritto ad ottenere un riequilibrio dell'operazione economica. Nei contratti B2C, considerando l'idoneità a sottrarre al consumatore una tale tutela, sarebbe corretto riferire ad una siffatta clausola la qualifica di vessatorietà *ex art. 33, comma 1, cod. cons.*

Una valutazione più articolata si delinea, là dove il patto di escludere la risoluzione per eccessiva onerosità acceda ad un contratto B2B. Una simile clausola, si è detto, autorizza, virtualmente, il giudice ad adottare la decisione di riconoscere l'esistenza dell'obbligo di eseguire le attribuzioni promesse senza alcun riequilibrio. Nel contesto dei rapporti tra imprese, questo evento pratico-economico presenta i caratteri di un'allocatione del rischio contrattuale funzionale a una neutralizzazione del rischio dell'impresa, la quale (a seconda dei casi) fornisca ovvero acquisti per il futuro taluni prodotti suscettibili di grandi oscillazioni di valore sui mercati (ad es., forniture petrolifere). Bisogna notare, però, che, in questo contesto, i sacrifici per la parte svantaggiata sono virtualmente indefiniti. Se essi sono circoscritti attraverso l'impiego di modelli attuariali e inquadrati in un sistema d'impresa di gestione collettiva dei rischi individuali, la distribuzione del rischio presenta, comunque, i caratteri dell'alea 'razionale'<sup>45</sup>. Pertanto, l'accordo risulterebbe supportato da un'idonea funzione assicurativa<sup>46</sup>. La lettera dell'art. 1469 c.c., facendo riferimento alla "aleatorietà per volontà delle parti", tuttavia, sembrerebbe ammettere la clausola d'irrisolubilità indipendentemente dalla razionalità della distribuzione del rischio<sup>47</sup>. In tali circostanze, però, stando all'evoluzione dell'esperienza giuridica, risulta alquanto arduo individuare una funzione (distinta dal gioco e dalla scommessa) in grado di soddisfare il requisito causale necessario ad escludere la nullità dell'accordo ai sensi del comb. disp. artt. 1322, n. 2, c.c. e 1418, comma 2, c.c.<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> V. *retro*, nota 41.

<sup>46</sup> V. *retro*, nota 42.

<sup>47</sup> Per il riferimento della previsione legale della "aleatorietà volontaria" alla circostanza concreta dell'esistenza di un accordo preventivo di esclusione della risoluzione per eccessiva onerosità, v. B. SIRGIOVANNI, *op. cit.*, 13. Specificamente, ella asserisce che: "Nella risoluzione per eccessiva onerosità è, infatti, lo stesso legislatore nazionale che, attraverso l'istituto dell'aleatorietà per volontà delle parti di cui all'art. 1469 c.c., contempla la possibilità per le stesse di escludere l'applicazione delle disposizioni sulla risoluzione entro la misura del rischio da queste assunto".

<sup>48</sup> Diversamente, R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di R. Sacco, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2016, 1681 ss., reputa l'operatività del criterio di giudizio della validità dell'accordo di preventiva

5. – In sintesi, considerando gli obiettivi di politica del diritto da realizzare, a seconda dei contesti, si giustifica sia il ricorso al criterio di giudizio dell'ammissibilità di patti di esclusione preventiva della risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità, sia l'adozione dell'opposta determinazione giudiziale di negare l'impegnatività di un simile accordo. Un così variegato ordine di valutazioni è, evidentemente, incompatibile con quello desumibile, ricorrendo ai contrapposti argomenti che le statuizioni legali sulla risoluzione abbiano natura di norme imperative (*mandatory rules*) ovvero che esse costituiscano delle norme derogabili (*default rules*)<sup>49</sup>. Infatti, avanzando il (pre)concetto della natura di norme imperative delle disposizioni sulla risoluzione<sup>50</sup>, si attiverebbe, in ogni caso, la soluzione della nullità delle clausole d'irrisolubilità. Simmetricamente, sollevando il rilievo della loro natura di norme dispositive/suppletive<sup>51</sup>, opererebbe, automaticamente, il canone della piena vincolatività delle clausole d'irrisolubilità.

Dal punto di vista della teoria generale, il sintagma che le disposizioni sulla risoluzione non costituiscano norme imperative sottende la rappresentazione che le vicende, le quali sono predisposte dalla legge per attivarsi al cospetto di un contratto, non muovono dall'esigenza di perseguire soltanto interessi superindividuali. Specularmente, il rilievo che

---

esclusione della risoluzione per eccessiva onerosità senza particolari limiti. Con riferimento all'art. 1467 c.c., egli afferma che: "Le regole in questione non sono norme di diritto pubblico. Le parti possono escluderne l'applicazione".

<sup>49</sup> All'opposto, B. SIRGIOVANNI, *op. cit.*, 19 ss., 78 ss., 95 ss. e 148 ss., ritiene che l'analisi degli interessi consenta di dirimere "il problema della imperatività o dispositività della disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento". In particolare, ella (81) prospetta la tesi che "attribuire alle norme sulla risoluzione per inadempimento natura dispositiva sembra, quindi, la lettura preferibile, proprio perché coerente sia con l'istituto della risoluzione del contratto per inadempimento, quale rimedio che realizza l'interesse privato alla liberazione dal vincolo, sia con il sistema complessivo, ricostruito anche sulla base delle discipline particolari".

<sup>50</sup> Detta qualifica è evocata da G. AULETTA, *op. cit.*, 137 ss.

<sup>51</sup> Un simile argomento è sollevato in maniera coerente, per ammettere la validità dei patti sull'irrisolubilità, da B. SIRGIOVANNI, *op. cit.*, 81. Sulla medesima linea argomentativa si pone anche E.M. CICONI, *op. cit.*, 323, secondo il quale "poiché l'opinione maggioritaria riconosce la natura disponibile del diritto alla risoluzione, una volontaria privazione di un tale potere non potrebbe dirsi in principio preclusa". Più sfuggente, invece, appare la ricostruzione di R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, 935 s., il quale, da un lato, avanza il rilievo che "la risoluzione è prevista per l'interesse privato del contraente", dall'altro, tende a negare la validità della clausola d'irrisolubilità perché reputata contraria all'esigenza di evitare ingiustificati arricchimenti a favore del contraente inadempiente. D'altra parte, lo stesso illustre Maestro, negli scritti più recenti, ha dichiarato di aver rimodulato il proprio orientamento (cfr. R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di R. Sacco, cit., 1589 ss.).

le disposizioni sulla risoluzione non siano semplici norme dispositive/suppletive dimostra il concetto che gli eventi pratico-economici, i quali sono stabiliti dalla legge per operare in considerazione di un contratto, non sono del tutto indifferenti all'opportunità di soddisfare degli obiettivi superiori di civile convivenza. Una simile rappresentazione diverge dal paradigma della dialettica fatto/valore come fondamento dell'autonomia contrattuale, il quale rispecchia la rigida contrapposizione tra teorie soggettive-volontaristiche e teorie oggettive-normativistiche dell'autonomia contrattuale<sup>52</sup>. Piuttosto, la considerazione dell'intreccio inestricabile tra interessi egoistici e utilità sociali riflette la logica della sussidiarietà orizzontale: le vicende predisposte dalle parti sono riconosciute vincolanti a preferenza di quelle designate da una volizione eteronoma, se in tal modo si realizza al meglio l'obiettivo di promuovere l'ordinato sviluppo della convivenza civile<sup>53</sup>.

Sotto il profilo sistematico, la suddetta impostazione gius-realistica diverge dall'idea che taluni aspetti dell'autonomia contrattuale (essenzialmente, il profilo del contenuto dell'operazione economica-assetto d'interessi da realizzare) siano, tendenzialmente, definiti dalla volontà dei contraenti, mentre altri aspetti (sostanzialmente, il profilo della vincolatività/non-vincolatività dell'operazione economica programmata) siano, quasi integralmente, rimessi ai comandi di una volizione eteronoma. Una simile rappresentazione è profondamente radicata nella tradizione dogmatica, anche se raramente esplicitata, e riceve eco, a livello legislativo, dalla lettera del disposto dell'art. 1322 c.c.<sup>54</sup>. Nell'esperienza giuridica,

<sup>52</sup> B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2016 [rist. anast., Napoli, 1958], *passim*, spec. 67 ss. e 73 s.

<sup>53</sup> F. MAISTO, *Subsidiarity and the New Frontiers of Freedom of Contract*, in *ItaLJ*, 2021, 731 ss.; ID., *Il (potenziale) ruolo del principio di sussidiarietà nell'espansione dell'autonomia contrattuale*, in *Dir. aff.*, 2021, 21 ss.

<sup>54</sup> In un'ottica di teoria generale, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corr. 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1994 (rist. anast. Torino, 1950), 84 ss., spec. 85 s., sostiene che: "È di competenza dei singoli determinare, nei rapporti fra loro, gli scopi pratici da raggiungere e le vie da seguire nel dare assetto ai propri interessi. È di competenza dell'ordine giuridico sceverare e valutare alla stregua di finalità generali le categorie di interessi e scopi pratici che i singoli sogliono perseguire, prescrivendo ai loro atti le modalità e i requisiti di validità ed efficacia e ricollegandovi situazioni giuridiche congrue". Con riguardo a specifici apparati decisorii, significativo, innanzitutto, è il teorema prospettato da G. AULETTA, *op. cit.*, 172 s., secondo cui: "L'autonomia contrattuale ha il suo campo di maggiore esplicazione nel momento della costituzione dei rapporti giuridici [...]; la volontà dell'ordinamento diventa invece maggiormente, cogente nel momento della realizzazione degli stessi rapporti giuridici e della posizione delle sanzioni per assicurare la stessa osservanza del comando giuridico". Emblematica è anche la ricostruzione di G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 35, sul principio di tassatività dei



piuttosto, l'assunto che i dettagli dell'operazione economica (più in generale, dell'assetto d'interessi) da realizzare siano, tendenzialmente, riservati alle parti appare contraddetto dalla progressiva espansione delle tecniche d'integrazione e sostituzione degli effetti del contratto, le quali si attivano anche in casi non espressamente previsti dalla legge<sup>55</sup>. Specularmente, il costruito che le vicende concernenti la vincolatività ovvero la non-vincolatività dell'operazione economica programmata siano stabilite da una volizione eteronoma risulta contraddetto, da un lato, dal criteri di giudizio dell'ammissibilità di procedimenti di formazione del contratto convenzionali

---

procedimenti di formazione del contratto predisposti dalla legge. In particolare, il suddetto a. asserisce che: "l'autonomia privata è essenzialmente potere di foggare tipi diversi. Non procedimenti. La possibilità di concludere contratti innominati non esclude, anzi suppone il rispetto dei presupposti di validità e delle tecniche che la legge richiede".

<sup>55</sup> Di recente, tali ragionamenti applicativi sono sollecitati, soprattutto, dal ricorso alla tecnica dell'equità in funzione conformativa dell'autoregolamento. Riguardo a tali fenomeni, R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017, 27, evoca la categoria simile della "equità in funzione correttiva". Un'epifania di questo ragionamento applicativo è data dalle (discusse) decisioni di Corte cost., (ord.) 21 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, 382, e Corte cost., (ord.) 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, 2035, statuenti la regola dell'ammissibilità della riduzione officiosa della caparra manifestamente iniqua. La portata dirompente di queste decisioni (sia pure in senso critico) è sottolineata da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 47 ss. Ad una valenza conformativa/correttiva dell'equità si potrebbe ricondurre anche la pronuncia di Cass., 25 febbraio 2021, n. 5259, in *Foro it.*, 2021, I, c. 1669, la quale prospetta l'azionabilità del criterio di giudizio del riconoscimento al giudice di un potere di sostituire una clausola *claims made* di un contratto di assicurazione della responsabilità civile effettivamente convenuta con altra clausola *claims made*, rinvenibile nell'ordinamento, in grado di assicurare un maggior equilibrio dell'assetto degli interessi predisposto dai contraenti. Altro campo virtuale di esplicazione della tecnica dell'equità conformativa è costituito dalle determinazioni precettive applicabili in caso di valutazione non veritiera del metodo creditizio. È stata specificamente presa in considerazione l'ipotesi che, nell'erogazione di un mutuo ipotecario per l'acquisto di un immobile, la banca, in maniera abusiva, abbia accordato al cliente una valutazione eccessivamente positiva (T.V. RUSSO, *Valutazione ingannevole del merito creditizio e intervento perequativo del giudice nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2020, 1487 ss.). In tali circostanze, il giudice sarebbe legittimato ad adottare la soluzione ordinatoria di costringere le parti a delle condotte, le quali consistono nella restituzione del prestito secondo un piano di ammortamento più conveniente (e quindi) effettivamente sostenibile dal consumatore (cfr. T.V. RUSSO, *op. cit.*, 1511 ss., il quale, tuttavia, riconduce simili determinazioni alla tecnica della nullità di protezione). In mancanza di un'espressa previsione di legge, una tale (potenziale) decisione giudiziale costituisce un'epifania dell'impianto valutativo sintetizzato dalla categoria dell'equità *in executivis* (i.e. in grado di conformare le attribuzioni patrimoniali poste alla base dell'operazione economica programmata).

anche in casi non previsti dalla legge<sup>56</sup>, dall'altro, dall'assunto della validità di rimedi convenzionali anche in mancanza di un'espressa previsione di legge<sup>57</sup> o, come nel caso delle clausole d'irrisolubilità, dell'esclusione per volontà degli interessati di talune delle vicende rimediali espressamente previste dalla legge.

In conclusione, dai precedenti rilievi emerge il profondo impatto sul sistema dell'autonomia contrattuale potenzialmente esercitato da una ricostruzione gius-realistica, la quale risolva in modo selettivo la *quæstio juris* della valenza delle clausole d'irrisolubilità per mezzo di rilievi riconducibili alla logica della sussidiarietà "orizzontale".

-----

### Abstract

<sup>56</sup> Per la teoria che, in presenza di un accordo di configurazione compatibile con il principio di ordine pubblico economico della bilateralità dell'accordo, si attivi la determinazione della vincolatività delle attribuzioni programmate da manifestazioni di volontà divergenti dai procedimenti di formazione del contratto predisposti dalla legge (c.d. teoria dell'autonomia privata procedimentale), A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, 26 ss. Taluni snodi fondamentali risultano già prefigurati da SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 80 ss., il quale aveva, in tempi risalenti, formulato, con fermezza, l'assunto che "sussiste un principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione di un contratto". Nel medesimo filone, s'inseriscono anche le riflessioni più recenti di A. URSO, *Autonomia privata e procedimenti di formazione del contratto*, in *Pers. e Merc.*, 2010, 58 ss. A questo filone dottrinale va, sicuramente, riconosciuto il merito di aver concepito l'assioma della inesistenza/derogabilità del principio di tassatività dei procedimenti legali di formazione del contratto, anche se, personalmente, non condivido talune delle soluzioni prospettate dalla teoria dell'autonomia privata procedimentale. Sul piano sistematico, infatti, a mio modesto avviso, non appaiono altrettanto convincenti, soprattutto, due linee argomentative: l'eccessiva sovrapposizione tra il paradigma dei procedimenti "convenzionali" di formazione del contratto, i quali, in vero, possono essere anche tipizzati dal legislatore, e quello dei procedimenti "atipici" di formazione del contratto, i quali, in una prospettiva gius-realistica, possono anche essere desunti, in mancanza di un previo accordo tra le parti, dall'applicazione di principi e clausole generali (considerazioni in parte simili, sia pure in un'ottica affatto diversa, sono svolte da G. CONTE, *Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto: rimeditando la lezione di Salvatore Romano*, in *Giust. civ.*, 2017, 591 e 599); l'attribuzione al principio dell'accordo dei crismi dell'inerenza all'"ordine pubblico economico", il quale preclude la determinazione della vincolatività delle attribuzioni programmate da negozi unilaterali "atipici" ovvero da atti autoregolamentari complessi non-contrattuali (per approfondimenti, F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, 47 s.).

<sup>57</sup> F. MAISTO, *Punitive Damages under the Lens of Constitutionality: the Role of the Hierarchy of Values*, cit., 172 ss.; ID., *I risarcimenti punitivi nella responsabilità da atto illecito e nella responsabilità per inadempimento*, cit., 133 ss.

**“NON-TERMINATION CLAUSES” THROUGH THE PRISM OF THE  
PRINCIPLE OF THE SUITABILITY OF CONTRACTUAL REMEDIES**

L’operatività della regola della validità di una clausola d’irrisolubilità dipende dagli obiettivi di politica del diritto perseguiti attraverso la tecnica rimediale della risoluzione del contratto. L’analisi comparativa degli interessi in gioco dimostra l’opportunità di ricorrere selettivamente alla formula dell’ammissibilità della clausola, quando essa acceda a un contratto tra professionisti o, più in generale, a un contratto tra pari.

\*\*\*

*The validity of “non-termination clauses” (approximately “sole remedy clauses”) depends on the public policy goals achieved through the termination of contracts. According to the analysis of interests, such a clause is valid in certain circumstances, when it concerns contracts created between business entities (B2B).*

-----

## WHAT SHOULD WE REASONABLY EXPECT FROM ARTIFICIAL INTELLIGENCE?

LEONARDO PARENTONI

*Professore*

*nell'Università Federale di Minas Gerais – UFMG*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The many ways to provide AI-based products and services. – 3. Concerns about AI accuracy. – 4. Different levels of AI-based systems interference in human decision-making. – 5. What should we reasonably expect from AI? – 5.1. Expected accuracy rate. – 5.2. Transparency/Explainability. – 5.3. Ban on AI or mandatory human intervention (“human in the loop”). – 6. Connecting this study with the international debate. – 7. Conclusion. – 8. References.

1. – Artificial Intelligence (or just AI) is one of the most pervasive and cutting-edge technologies of our time. It is already presented in a variety of sectors, such as agriculture, industry, commerce, education, professional services, smart cities, cyber defense, and so forth<sup>1</sup>. However, what is AI and what should we humans reasonably expect from it? “*That’s an easy question to ask and a hard one to answer*”, points out the literature<sup>2</sup>.

The first step to properly answer that question is acknowledging that AI is *not* a single, monolithic concept. On the contrary, AI-based products and services embrace a wide variety of sector-specific applications with *different purposes, accuracy, and risks*. There is no one-size-fits-all definition of AI<sup>3</sup>. For instance, internationally the OECD considers that “*an AI system is a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make*

---

<sup>1</sup> OECD – Organization for Economic Co-Operation and Development. *OECD AI Principles overview*. Available at: <<https://oecd.ai/en/ai-principles>>. Access: 20 Jun. 2022, 3: «Artificial Intelligence (AI) is a general-purpose technology that has the potential to improve the welfare and well-being of people, to contribute to positive sustainable global economic activity, to increase innovation and productivity, and to help respond to key global challenges. It is deployed in many sectors ranging from production, finance and transport to healthcare and security».

<sup>2</sup> J. KAPLAN, *Artificial Intelligence: What everyone needs to know*. Oxford, 2016, 1.

<sup>3</sup> S. J. RUSSELL – P. NORVIG. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4. ed., London, 2022, 20. «The methods used [to define AI] are necessarily different: the pursuit of human-like intelligence must be in part an empirical science related to psychology, involving observations and hypotheses about actual human behavior and thought processes; a rationalist approach, on the other hand, involves a combination of mathematics and engineering, and connects to statistics, control theory, and economics».

predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments”<sup>4</sup>. In the legal field it is “best understood as a set of techniques aimed at approximating some aspect of human or animal cognition using machines”<sup>5</sup> or as “machines that are capable of performing tasks that, if performed by a human, would be said to require intelligence.”<sup>6</sup> On the one hand, psychology authors refer to intelligence as “a biopsychological potential to process information that can be activated in a cultural setting to solve problems or create products that are of value in a culture.”<sup>7</sup> Computer scientists, on the other hand, tend to focus their attention on each specific AI sub-field<sup>8</sup>, such as expert systems, machine learning, neural networks, robotics, computer vision, and natural language processing. Finally, the June 2022 ISO/IEC 22989 proposed an international standard for “artificial intelligence concepts and terminology”<sup>9</sup>.

No matter the field, the term “artificial intelligence” is misleading because it directly associates algorithmic processes with a simulation of human intelligence. Neuroscientists strongly refuse that kind of association<sup>10</sup>. More than just a terminological problem, the expression artificial intelligence deviates us from what really matters and brings

---

<sup>4</sup> OECD – Organization for Economic Co-Operation and Development. *OECD AI Principles overview*. Available at: <<https://oecd.ai/en/ai-principles>>. Access: 20 Jun. 2022, 7.

<sup>5</sup> R. CALO, *Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap*, in *University of Washington Research Paper*, 4 ss.

<sup>6</sup> M.U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, Cambridge, v. 29, n. 02, 2016, 362.

<sup>7</sup> H. GARDNER, *Intelligence Reframed: Multiple Intelligences for the 21st Century*, New York, 1999, 33.

<sup>8</sup> For a detailed description of AI evolution, see: N.J. NILSSON, *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*, Cambridge, 2010.

For a list of some AI sub-fields, see: J. VIJIPRIYA, et al, *A Review on Significance of Sub Fields in Artificial Intelligence*, in *International Journal of latest trends in Engineering and Technology – IJLTET*, New Delhi, v. 06, n. 03, 2016.

<sup>9</sup> The transversal legal instrument to regulate the design, development and use of artificial intelligence systems – CAI, a Council of Europe work in progress, will also propose some standards, focused on human rights and environmental issues.

<sup>10</sup> For instance: H.L. DREYFUS, *Alchemy and Artificial Intelligence*, *Rand Corporation Report Papers*, 62. «Thus, the strong claim that every processable form of information can be processed by a digital computer is misleading».

Also: M.A.L. NICOLELIS – R. CICUREL, *The Relativistic Brain: How it Works and why it cannot be simulated by a Turing Machine*, Montreux, 2015.

A. DAMASIO, *Self Comes to Mind: Constructing the Conscious Brain*, New York, 2010, 43: «(...) the real problem of these metaphors [of human brains and machines] comes from their neglect of the fundamentally different statuses of the material components of living organisms and engineered machines».

nonsensical questions to the debate. Jerry Kaplan summarized the problem through a clever analogy:

*«To better understand how the aspirational connection between machine and human intelligence clouds and colors our understanding of this important technology, imagine the confusion and controversy that powered flight might have suffered if airplanes were described from the start as “artificial birds”. This nomenclature would invite distracting comparisons between aviation and avians, sparking philosophical debates as to whether airplanes can really be said to “fly” as birds do, or merely simulate flying. (...) If this misplaced framing had persisted, there might have been conferences of experts and pundits worrying about what will happen when planes learn to make nests, develop the ability to design and build their own progeny, forage for fuel to feed their young, and so on»<sup>11</sup>.*

Scientific expressions better than AI would be “analytical computing”<sup>12</sup> or “machine behaviour”<sup>13</sup>. However, since “artificial intelligence (AI)” has become the leading term, worldwide, this study will adopt it. Another preliminary disclaimer is that this article is *not* focused on any specific AI sub-field in any given market sector. The purpose herein is to *take a step back* and dig deeper into a structural preliminary question of paramount importance to regulators, developers, and customers: *what should we reasonably expect from AI?*

In order to properly answer that question this article proceeds as follows: Section 2 describes the multiple ways of providing AI-based products and services, to contextualize how this technology is in the field, emphasizing the importance of a case-by-case analysis; Section 3 highlights that the scientific literature is deeply concerned about the accuracy rate in AI systems, sometimes implying that these systems should surpass human capabilities, no matter the context; Section 4 provides the author’s own 3-level categorization of AI interference in the human decision-making process; Section 5 discusses the original misalignment between what some people expect from AI and what this technology can actually deliver, providing the author’s criteria to set what we should reasonably expect from AI in each context, based on the purpose of using that technology, the level

---

<sup>11</sup> J. KAPLAN, *Artificial Intelligence: What everyone needs to know*, Oxford, 2016, 16 ss.

<sup>12</sup> ID., *op. cit.*, p. 17.

<sup>13</sup> I. RAHWAN, *et al*, *Machine behaviour*, *Nature*, v. 568, 481: «(...) we now catalogue examples of machine behaviour at the three scales of inquiry: individual machines, collectives of machines and groups of machines embedded in a social environment with groups of humans in hybrid or heterogeneous systems. Individual machine behaviour emphasizes the study of the algorithm itself, collective machine behaviour emphasizes the study of interactions between machines and hybrid human-machine behaviour emphasizes the study of interactions between machines and humans».

of AI interference in human decision-making, accuracy rates, risk analysis and transparency; finally, Section 6 contextualizes how this way of reasoning is already present in many national and international regulatory initiatives.

2. – “Different types of AI systems raise different policy opportunities and challenges”<sup>14</sup>.

Not only does AI encompass a wide variety of market sectors but there is also a myriad of ways to develop and introduce the same application in each sector, depending on the developers’ and retailers’ strategy<sup>15</sup>. *Each one of them fulfills different purposes, accuracy, and risks*. These differences must be considered when answering the question: what should we reasonably expect from AI?

One of the fundamental differentiations concerns *embodied* versus *bodiless* AI. Embodied AI applications are those in which the artificial intelligence system is indissociably part of a corporeal product, such as industrial equipment, and autonomous cars. To be fully operational, this kind of application needs a predetermined physical structure<sup>16</sup>. Embodied AI is usually called a *robot*<sup>17</sup>. There are important subdivisions though. A robot that resembles a human being is called a *humanoid* or *android*, while

---

<sup>14</sup> OECD – Organization for Economic Co-Operation and Development. *OECD Framework for the Classification of AI Systems*. Available at: <[https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-framework-for-the-classification-of-ai-systems\\_cb6d9eca-en](https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-framework-for-the-classification-of-ai-systems_cb6d9eca-en)>. Access: 20 Jun. 2022. p. 16.

<sup>15</sup> H. NISSENBAUM, *How Computer Systems Embody Values*, In *Computer*, New York, v. 34, n. 03, 2001, 120: «Values affect the shape of technologies. Briefly, the values that systems and devices embody are not simply a function of their objective shapes. We must also study the complex interplay between the system or device, those who built it, what they had in mind, its conditions of use, and the natural, cultural, social, and political context in which it is embedded—for all these factors may feature in an account of the values embodied in it».

<sup>16</sup> As developed in classical writings, for instance: H. MORAVEC, *Robot: Mere Machine to Transcendent Mind*, Oxford, 1999. Preface. «This book has been brewing for nearly fifty years, since preschool adventures with a mechanical construction set implanted the consuming notion that inanimate parts could be assembled into animate beings. The brew bubbled over in an article in 1978, a book in 1988, and this work in 1998».

<sup>17</sup> S. J. RUSSELL – P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3. ed., New Jersey, 2010, 971: «Robots are physical agents that perform tasks by manipulating the physical world».

S. NOLFI, *Behavioral and Cognitive Robotics: An adaptive perspective*, 2021, 8: «(...) we can define a robot as an artificial system that: (i) has a physical body that includes actuators, sensors, and a brain, (ii) is situated in a physical environment and eventually in a social environment including other robots and/or humans, and (iii) exhibits a behavior performing a function».

robots designed to have specific social interactions and provoke human emotions are called *social robots*<sup>18</sup> (most social robots mimic dolls and house animals). Authors are advocating that social robots should not be treated like ordinary property, but as “part of the family” instead, such as the pets, since they can build deep bonds to humans (especially children), profoundly affecting their emotions and social interactions. The same line of reasoning considers that social robots can be *victims* of abuse<sup>19</sup>.

Conversely, bodiless AI is not bound to any specific physical structure at least on the customer’s side. This kind of application can run simultaneously on many devices, with almost the same accuracy rate and reach a greater audience. A good example is cloud-based services.

The distinction matters because a bug in an embodied AI will probably cause only local damage, while a bug in a bodiless system can cause worldwide problems, depending on how the product or service was managed. On top of that, a bug in a social robot can cause long-lasting psychological problems and compromise social interaction, while a bug in industrial equipment inside an ordinary factory would hardly cause the same kind of damage. Therefore, the *purpose* of using each system, the *expected accuracy* and *transparency*, as well as the acceptable *risks* greatly differ based on how the product or service was provided.

Many other classifications exist but bringing a thorough description of them is not the purpose of this article. Suffice to say that how each system was designed and delivered is *one of the core factors* to be considered when properly assessing what we should reasonably expect from AI. Moreover, the analysis should be run *on a case-by-case basis*, considering the specifics of each situation.

---

<sup>18</sup> K. DARLING, *Extending Legal Protection to Social Robots: The effects of anthropomorphism, empathy, and violent behavior towards robotic objects*, in: *WeRobot*, 2012, 2: «A social robot is a physically embodied, autonomous agent that communicates and interacts with humans on a social level. (..) Social robots communicate through social cues, display adaptive learning behavior, and mimic various emotional states. Our interactions with them follow social behavior patterns and are designed to encourage emotional relationships. Examples of early social robots include interactive robotic toys like Sony’s AIBO dog and Innovo Labs’ robotic dinosaur Pleo (...)».

<sup>19</sup> *Op. cit.* p. 16: «This section proposes that abuse protection for social robots could follow the analogy of our animal abuse protection laws. Despite the fact that the exact underpinnings of animal abuse protection are contested and many do not match the reasons we might protect robots, there are both psychological and philosophical parallels».

See also the American Society for the Prevention of Cruelty to Robots, founded in 1999: <http://www.aspcr.com/index.html>



3. – «Ask commentators why there is so much “hype” surrounding machine learning, and the response will often be a variant of one word – accuracy»<sup>20</sup>

As the quotation above suggests, there is a widespread concern about the accuracy rate of AI, which roughly speaking means the level of precision an AI system can provide when compared to human standards<sup>21</sup>. The better the results provided by the system, the higher its accuracy rate. Some studies argue that the *observed* accuracy directly influences human trust in AI systems, even when the *actual* accuracy is lower<sup>22</sup>. Other studies point out that machine learning models may be *less reliable* than they appear<sup>23</sup>.

Therefore, accuracy is a key factor in the scientific literature when assessing the efficiency of an AI system. Most papers on that subject, irrespective of the field of expertise or the purpose of the paper usually address accuracy, if not as the core argument, but at least as part of the text. This can be seen in fields such as health<sup>24</sup>, botany<sup>25</sup>, stock markets<sup>26</sup>, military applications<sup>27</sup> and law<sup>28</sup>, among many others.

---

<sup>20</sup> D. LEHR – P. OHM, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, in *University of California Davis Law Review*, Davis, v. 51, n. 02, 2017, 710.

<sup>21</sup> Explaining the concept of accuracy in classification software's: W. MEIRA JUNIOR – M.J. ZAKI, *Data Mining and Machine Learning: Fundamental Concepts and Algorithms*, 2. ed., Cambridge, 2020, 547: «The accuracy of a classifier is the fraction of correct predictions over the testing set. (...) Accuracy gives an estimate of the probability of a correct prediction; thus, the higher the accuracy, the better the classifier».

<sup>22</sup> M. YIN – J.W. VAUGHAN – H. WALLACH, *Understanding the Effect of Accuracy on Trust in Machine Learning Models*, in *Conference on Human Factors in Computing Systems*, Glasgow, 2019, 1: «We find that people's trust in a model is affected by both its stated accuracy and its observed accuracy, and that the effect of stated accuracy can change depending on the observed accuracy».

<sup>23</sup> S. LAPUSCHKIN, *et al*, *Unmasking Clever Hans predictors and assessing what machines really learn*, in *Nature Communications*, v. 10, 2019, 1: «Current learning machines have successfully solved hard application problems, reaching high accuracy and displaying seemingly intelligent behavior. (...) our work intends to add a voice of caution to the ongoing excitement about machine intelligence and pledges to evaluate and judge some of these recent successes in a more nuanced manner».

<sup>24</sup> M.K. SANTOS, *et al*, *Artificial intelligence, machine learning, computer-aided diagnosis, and radiomics: advances in imaging towards to precision medicine*, in *Radiologia Brasileira*, São Paulo, v. 52, n. 06, 2019, 387: «We have observed an exponential increase in the number of exams performed, subspecialization of medical fields, and increases in accuracy of the various imaging methods (...)».

B. NISTAL-NUÑO, *Artificial intelligence forecasting mortality at an intensive care unit and comparison to a logistic regression system*, in *Einstein*, São Paulo, v. 19, 2021.

<sup>25</sup> A.B. SCHIKOWSKI, *Modeling of stem form and volume through machine learning*, in *Agrarian Sciences – Anais da Academia Brasileira de Ciências*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 04, 2018, 3389: «The objective was analyzing the accuracy of machine learning (ML) techniques in relation to a volumetric model and a taper function for acácia negra».

Accuracy is surely relevant and concerns about it are rooted in scientific literature. The problem is that an *excessive* focus on accuracy can lead to the false premise that AI should *always* surpass human capabilities no matter the context. And that is not true...

Indeed, there are many contexts in which AI should *not* necessarily beat human standards or even get close to them. In these cases, AI can play a significant role just by replacing human labor, even at the cost of a substantial decrease in accuracy. Gains in other factors, such as risk prevention or transparency can compensate for the loss of precision. Therefore, the *false* premise that AI must beat humans ends up undermining or even disregarding the importance of other relevant factors. Some studies<sup>29</sup> are already casting light on that point. Some accuracy limitations may be acceptable and eventually unavoidable. This does not necessarily undermine the suitability of AI.

Thus, each *purpose* to the use of an AI system (also considering how the system was provided) defines the *expected accuracy, transparency, and risk prevention*. It is a *mix* of these and other factors, on a *case-by-case basis*, that

<sup>26</sup> A. PATEL – D. PATEL – S. YADAV, *Prediction of Stock Market Using Artificial Intelligence*, Available at: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3871022](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3871022)>. Access: Feb. 16. 2022., 1: «In this model we will introduce and review more a possible way to predict stock movements with high accuracy».

<sup>27</sup> G.M. LIMA FILHO, *et al*, *Decision Support System for Unmanned Combat Air Vehicle in Beyond Visual Range Air Combat Based on Artificial Neural Networks*, in *Journal of Aerospace Technology and Management*, São José dos Campos, v. 13, 2021, 1: «In a beyond visual range (BVR) air combat, one of the challenges is identifying the best time to launch a missile, which is a decision that must be made quickly. (...) The ANN was trained with a data set with 1093 registered shoots in military exercises, and it shows 78.0% accuracy with the cross-validation procedure».

<sup>28</sup> D.L. BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, Available at: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3537337](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3537337)>. Access: Feb. 16. 2022., 1: «Specifically, this paper shows how the problematic social effects of algorithmic legal metrics extend far beyond the concerns about accuracy that have thus far dominated critiques of such metrics».

<sup>29</sup> M.M. MALIK, *A Hierarchy of Limitations in Machine Learning*, in *Berkman Klein Center for Internet & Society Research Paper*, 2020. Available at: <<https://arxiv.org/abs/2002.05193>>. Access: Mar. 10. 2022, 1: «Machine learning has focused on the usefulness of probability models for prediction in social systems, but is only now coming to grips with the ways in which these models are wrong—and the consequences of those shortcomings. This paper attempts a comprehensive, structured overview of the specific conceptual, procedural, and statistical limitations of models in machine learning when applied to society. Machine learning modelers themselves can use the described hierarchy to identify possible failure points and think through how to address them, and consumers of machine learning models can know what to question when confronted with the decision about if, where, and how to apply machine learning».

should be considered when assessing the suitability of an AI system<sup>30</sup>. Accuracy alone is just one piece in the puzzle. Having that in mind, the following sections will describe other technical and legal factors that should also be weighed to assess what we should reasonably expect from AI.

4. – Many studies show that technological evolution can lead humankind to a new paradigm<sup>31</sup>. In this context, AI-based systems will have an increasing influence in the human decision-making process. This certainly brings new opportunities as well as risks<sup>32</sup>. This section will describe the *author's own 3-level categorization* of AI interference in the human decision-making process. This categorization is one of the core factors to be weighed when assessing what we should reasonably expect from AI.

Indeed, there are various categorizations concerning the level of AI-based systems interference in human decision-making. For instance, the National Highway Traffic Safety Administration – NHTSA, the agency for transportation safety in the US, has initially split autonomous vehicles into 5 levels, from 0 (no automation at all) to 4 (full self-driving)<sup>33</sup>. The NHTSA used the term “*automation*”, although some authors advocate that

---

<sup>30</sup> Who may (or should) do the assessment is a topic outside the scope of this study.

<sup>31</sup> For instance: J.M. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Yale Law School Research Paper* n. 592, 2017, 2 ss.: «Indeed, we are rapidly moving from the age of the Internet to the Algorithmic Society. We will soon look back on the digital age as the precursor to the Algorithmic Society. What do I mean by the Algorithmic Society? I mean a society organized around social and economic decision making by algorithms, robots, and AI agents; who not only make the decisions but also, in some cases, carry them out».

See also: A.C.M. CANSIAN, *Aspectos Jurídicos Relevantes da Internet das Coisas (IoT): Segurança e Proteção de Dados*, 2021, 136 ss., Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, São Paulo, 2021, 95: «If machines were up to now supporting actors for humans, they will not be anymore, they will become protagonists in human relationships and their unfolding in different scenarios, replacing human decision-making power and performing complex tasks, hitherto unthinkable for a computer».

<sup>32</sup> A. FÜGENER, *et al*, *Will Humans-in-The-Loop Become Borgs? Merits and Pitfalls of Working with AI*, available at: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3879937](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3879937)>. Access: Feb. 16. 2022, 1: «(...) we claim that humans interacting with AI behave like ‘Borgs’, that is, cyborg creatures with strong individual performance but no human individuality».

<sup>33</sup> Detailed report Available at: <[http://www.nhtsa.gov/nhtsa/av/pdf/Federal\\_Automated\\_Vehicles\\_Policy.pdf](http://www.nhtsa.gov/nhtsa/av/pdf/Federal_Automated_Vehicles_Policy.pdf)>. Access: Feb. 18. 2022.

For an analysis of theses 6 levels, see: C.R.P. LIMA, *Sistemas de Responsabilidade Civil para Carros Autônomos*, 2020, Tese (Professor Titular de Direito Comercial), Ribeirão Preto, 2020, 130 ss.

“autonomy”<sup>34</sup> would be more technical. In this article both expressions are used indistinctly.

The proposal herein is simpler and more intuitive. Besides, it is more useful as a reasoning tool than sector-based categorizations, since it applies to any player in any market sector, irrespective of the kind of system at stake, and the purpose of using the technology. It splits AI systems into 3 levels of interference in the human decision-making process: 1) *task-automation auxiliary systems*; 2) *advisory systems*; and 3) *full decision-making*.

Since reality is much more complex than theory, of course, there will be hard cases in which the system at stake can be situated in a grey area between these levels. Even so, that categorization will have already served its purpose just by shedding light on most situations. Moreover, it is just one of the core factors to be considered. Bearing that in mind, let's briefly look at each level.

*Task-automation auxiliary systems* are the lowest level of automation. They work merely as a tool to provide information to a human user (serving as a digital catalog) or to execute tasks based on commands previously defined by that user. It is always the human being who will make all the decisions on their own. Moreover, these systems do not take the initiative of working out of the blue. They only work on the user's demand (passive functioning). These systems can eventually perform based on the user's decision, but they do *not* replace *any* stage of the human decision-making process. Even when this kind of system seems to be doing something on its own, such as booking an appointment or making a purchase, these actions have been previously set by the human user. Voice assistants<sup>35</sup> such as Siri

---

<sup>34</sup> J. CHERRY – D. JOHNSON, *Maintaining command and control (C2) of lethal autonomous weapon Systems: Legal and policy considerations*, in *Southwestern Journal of International Law*, Los Angeles, v. 27, n. 01, 2021, 4: «Autonomy is the ability of a machine to perform a task without human input. It is distinct from *automation*, which is simply using a machine to perform a particular process, while autonomy describes a system capable of operating independently for some period without direct human intervention (...) There are three basic dimensions of autonomy: the type of task the machine is performing; the relationship of the human to the machine while performing that task; and the sophistication of the machine's decision-making when performing the task. These dimensions are independent, and a machine can be 'more autonomous' by increasing the amount of autonomy along any of these spectrums. There are degrees of autonomy within these tasks, or dimensions, that dictate the human-machine relationship».

<sup>35</sup> OECD – Organization for Economic Co-Operation and Development. *OECD Framework for the Classification of AI Systems*. Available at: <[https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-framework-for-the-classification-of-ai-systems\\_cb6d9eca-en](https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-framework-for-the-classification-of-ai-systems_cb6d9eca-en)>. Access: 20 Jun. 2022, 55: «Automated voice assistant: Uses Natural Language Processing (NLP) to match user text or voice input to executable commands. Many continually learn using AI techniques including machine learning.

and Alexa usually fit inside this group. For instance, the human user can ask the assistant to “show pizza places close to my home”. The AI will then show a list of results, probably with public rates/stars pointing to the best options. Then it’s up to the human user to assess that information and decide what comes next. One can doublethink and give up on eating pizza or can give new commands to the assistant, such as “book a table for two in the restaurant Tasty Pizza, at 7 PM” and “call an Uber to my home at 6:30 PM”. It was the human user who chose the restaurant, the time of reservation, the number of seats, and how they preferred to go (cycling, by metro, driving their car, taking an Uber, etc.). For starters, it was the user who decided whether to have a meal that night. A task-automation auxiliary system would not say “eat a salad instead of pizza since you have put on some weight”. They work passively, by answering users’ questions and performing tasks they are told to. Even when they seem to “guess” what the user wants, it is still based on processing previous parameters and analyzing routine.

*Advisory systems* are located one step above in the automation chain. They not only help automating tasks but also directly *recommend* what the human user should do, therefore replacing *part* of the human decision-making process. Medical diagnosis software based on imaging tests is a good example. By assessing these images and cross-referring them with other databases, such as scientific literature on recommended treatments for each stage of the illness, the system does not only provide useful information to the medical team but also defines the optimal treatment for each patient. It goes a step further when compared to task-automation auxiliary systems because it takes part in the human decision-making process, automating a substantial part of it. However, here the human still has the final word. Indeed, it is up to the medical team to assess the recommended treatment, explain it to the patient and carry it out. Or even chose a different kind of treatment, by providing scientific base to move away from the system’s advice. In common with task-automation auxiliary systems is the fact that advisory systems also work passively (it is up to the medical team and the patient to run it or not). Both are also based on previously fed data instead of real-time sources.

On top of the automation chain are the *full decision-making systems*. They thoroughly replace all or almost all phases of the human decision-making process. It is the AI system and not the human user which makes the calls and carries them out. This kind of system usually *functions actively* and is connected to *real-time data*. Self-driving cars are a perfect example. On the

---

Some of these assistants, like Google Assistant (which contains Google Lens) and Samsung Bixby, also have the added ability to do image processing to recognise objects in the image to help the users get better results from the clicked images».

highest NHTSA automation level, the vehicle carries out all the decisions in real-time. The human user is merely a spectator with almost no influence in the system's decisions. In some specific contexts, the system will prompt options for the user to choose among them. For instance, to choose between faster paths (less traffic) or safer although longer paths (avoiding dangerous neighborhoods), or if the user wants to change the route in case an unforeseen accident causes a traffic jam. Note that after the user has chosen one of the options it is the self-driving car that does all the rest. This is quite different from task-automation auxiliary systems since they provide information based on what the human user had asked them to do, while in self-driving cars it is the AI system, and not the user, which defines when, where, and which options will be prompted for human choice, based on real-time data. It is also different from advisory systems since *all or almost all* (and not only some) substantial phases of the human decision-making process are replaced by AI.

LEVELS OF AI SYSTEMS INTERFERENCE IN HUMAN DECISION-MAKING					
Kind of AI system	Automation Level	Functioning	Input	Output	Interference in human decision-making
Task-automation auxiliary	Initial	Passive	Past data	Provide information or run human commands	Do not replace any stage of human decision
Advisory	Intermediary	Passive	Past data	Recommend an action	Replace one or more substantial stages of human decision
Full decision-making	Advanced	Active	Real-time data	Makes and executes decisions autonomously	Replaces all or almost all human decision

Figure 1. Levels of AI systems interference on human decision-making (author's creation).

As already mentioned in Section 3, there is currently an expressed or implied widespread understanding that AI-based systems should always surpass human capabilities, no matter the context. In other words, their accuracy rates must beat human standards. That false premise does not account for the practical differences in the 3-level categorization of AI interference in the human decision-making process, as present in this section. It also does not account for the fact that *each purpose* for using an AI system should target not only different *accuracy rates* but also *acceptable risks and transparency, on a case-by-case basis*. It is the reason why I call it a *false* premise. The following sections will dig deeper into that.

5. – “All models are wrong, but some are useful (...)”<sup>36</sup>.

With this catching phrase from 1979, George Edward Pelham Box highlighted that there is no such thing as a perfect system. Even cutting-edge AI will have some level of inaccuracy, inherent risks, and lack of transparency. Systems that run continuously will sooner or later experience at least some slightest failure, due to internal or external factors. Therefore, 100% accuracy is not feasible. Acknowledging that prevents misalignment between the results people *expect* from AI and what this technology *can actually deliver*. Moreover, it helps demonstrate that there are many contexts in which AI should not beat human standards, since it can be quite useful just by replacing human labor, even at the cost of a substantial decrease in accuracy, risk prevention, or transparency.

Therefore, the key point to assess the suitability of any AI system is to run a *case-by-case analysis* to determine which is the acceptable accuracy, risk prevention, and transparency for each system, considering the context and purpose of use of that system, as well as the AI interference in the human decision-making, according to the author 3-level categorization developed in Section 4. *The following subsections will provide the author's criteria to set these limits*, as well as situations in which mandatory human intervention (“human in the loop” - HITL) should be considered. Bear in mind that the optimum result comes from a mix of these factors, considering the specifics of each context. There is no one-size-fits-all answer.

---

<sup>36</sup> G.E.P. BOX, *Robustness in the strategy of scientific model building*, in *University of Wisconsin-Madison Mathematics Research Center*, 1999, available at: <<https://apps.dtic.mil/sti/citations/ADA070213>>. Access: Mar. 10. 2022, 02.

5.1. – As mentioned in Section 3, expecting that AI systems should always reach high accuracy rates is a false premise. Accuracy is just one of the factors to be accounted for when assessing the suitability of a system. *Each context and purpose for using an AI demands a different accuracy rate.* Consequently, it is not desirable nor in accordance with the current level of technological development to expect that any AI-based system reaches accuracy rates of 90% or higher, regardless of the context or purpose of using the system. On the contrary, the analysis should be run on a *case-by-case basis* to determine which is the acceptable accuracy for a given case. The bare minimum in some situations may be the optimum level in others.

For instance, think of a hypothetical face recognition system<sup>37</sup> used to control people's access to a large city (blocking entrance or leaving). Consider that system running with an accuracy rate of 90%<sup>38</sup> in the city of São Paulo, in Brazil, with around 12 million residents. It means that this system will fail and wrongly block the massive amount of 1,200,000 people. Now think about the same system running in a city like Beijing, in China, with the population two times bigger. In those examples, even high accuracy rates such as 90% or 95% could *not* be enough and *should not be allowed* since a minimum lack of accuracy could lead to catastrophic results. The same line of reasoning also applies to real life situations, such as law enforcement agents using software for facial recognition of criminals. In these and many other contexts, only absurdly high accuracy rates such as 98% or 99% are to be expected.

On the contrary, cases are in which accuracy rates of 50% or even less should suffice. For instance, in high inherent risk or unhealthy activities, the replacement of human labor by an AI is justifiable even at the expense of a substantial decrease in accuracy, because it prevents physical or psychological harm. Therefore, even an AI less precise than humans could be quite useful in some contexts. Moreover, a suboptimal AI system coupled with human intervention may lead to excellent results, with final accuracy rates even higher than the level provided by using only the system. This *man*

---

<sup>37</sup> M. O'FLAHERTY, *Facial Recognition Technology and Fundamental Rights*, in *European Data Protection Law Review*, Berlin, v. 06, n. 02, 2020, 170: «Facial recognition technology (FRT) makes it possible to compare digital facial images to determine whether they are of the same person. Comparing footage obtained from video cameras (CCTV) with images in databases is referred to as 'live facial recognition technology'».

See also: A.K. JAIN – A.A. ROSS – K. NANDAKUMAR, *Introduction to Biometrics*, New York, 2021.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, 172: «Facial recognition technology algorithms *never* provide a definitive result, but only probabilities that two faces appertain to the same person».



+ *machine*<sup>39</sup> situation is another example of acceptable lower accuracy rates for an AI. As it is well known, chess-playing software beat the world champion Kasparov<sup>40</sup>. However, it is less known that the best human chess players using an ordinary computer to assist them in simulating the movements can beat the AI<sup>41</sup>. Thus, *man + machine in some contexts can conquer more than either of them would be able to achieve alone*<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> S. CAO, *et al*, *From Man vs. Machine to Man + Machine: The Art and AI of Stock Analyses*, in *Columbia Business School Research Paper*, 2021, 2: «The existing literature has been mostly focusing on characterizing the type of jobs that are vulnerable to disruption by AI's evolution, as well as those it could create. In other words, the sentiment of the existent studies mostly involves a theme of 'Man versus Machine', which characterizes the contest between humans and AI, explores ways humans adapt, and predicts the resulting job redeployments. In such settings, human beings are often rendered passive or reactive-dealing with disruptions and looking for new opportunities defined by the AI landscape. There has been relatively little research devoted to prescribing how skilled human workers could tap into a higher potential with enhancement from AI technology, which is presumably the primary goal for humans to design and develop AI in the first place. This study aims to connect the contest of 'Man versus Machine' ('Man vs. Machine' hereafter) to a potential equilibrium of 'Man plus Machine' ('Man + Machine' hereafter)».

See also: Y.N. HARARI, *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*, New York, 2016, 44: «The upgrading of humans into gods may follow any of three paths: biological engineering, cyborg engineering and the engineering of non-organic beings».

<sup>40</sup> And many other professional gamers... More recently, AI has beaten 8 world champions at bridge: L. SPINNEY, *Artificial intelligence beats eight world champions at bridge*, in *The Guardian*, London, 2022, available at: <<https://www.theguardian.com/technology/2022/mar/29/artificial-intelligence-beats-eight-world-champions-at-bridge>>. Access: 31 Mar. 2022.

<sup>41</sup> E. BRYNJOLFSSON – A. MCAFEE, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, New York, 2016, 188 ss.

<sup>42</sup> W. BARFIELD, *Cyber-Humans: Our Future with Machines*, New York, 2015, 1: «(...) our future is to merge with artificially intelligent machines! How I reached that conclusion is the subject of this book. I don't mean to imply that in the coming decades we humans will look and act like robots on an assembly line, rather, that we will be equipped with so much technology, including computing devices implanted within the brain itself, that we will have been transformed from a biological being into a technology-based being, evolving under laws of technology, more so than under the laws of biological evolution».

See more about mandatory human intervention (human in the loop) in Section 5.3.

Also have in mind that man + machine is a controversial issue: A. FÜGENER, *et al*, *Will humans-in-the-loop become borgs? Merits and pitfalls of working with AI*, in *Management Information Systems Quarterly*, Minnesota, v. 45, n. 03, 2021, 1527: «We analyze how advice from an AI affects complementarities between humans and AI, in particular what humans know that an AI does not know: 'unique human knowledge'. (...) Simulation results based on our experimental data suggest that groups of humans interacting with AI are far less effective as compared to human groups without AI assistance».

In the above-mentioned contexts, putting an excessive focus on accuracy can lead to *unwanted outcomes* such as: hindering the entrance of new players in the market by demanding accuracy rates much higher than their products or services can (and should) provide, unnecessarily stretching the development and testing cycle, rising productions costs and, in many cases, even preventing the deployment of products and services that could reduce human exposure to high inherent risk or unhealthy activities. Summing up, an exaggerated focus on accuracy can compromise innovation, and curtail competitiveness and wellbeing, as recognized by the OECD<sup>43</sup>.

Having clarified this point, the next question is: how to define the acceptable accuracy of an AI system, in each context? *The answer comes from weighing two factors*: 1) the level of AI interference in the human decision-making process (as described in Section 4); and 2) the inherent risks of the activity to be automated.

On the one hand, the higher the level of AI interference in the human decision-making process, the *higher* tends to be the need to assure that the system's accuracy surpasses human standards. On the other hand, the higher the inherent risks of the activity to be automated, the *lower* tends to be the system's acceptable accuracy. In other words, *there is an inverse relationship between these factors*. AI interference in human decision-making points to higher accuracy rates, whereas higher inherent risks may justify lower accuracy. That's why it is so crucial to *weigh* these two factors, on a case-by-case basis.

Concerning the first factor, the 3 different levels of AI interference in the human decision-making process were already described in Section 4. In general, higher levels of AI interference demand higher accuracy. On level 1 (task-automation auxiliary systems) *lower accuracy rates are acceptable* since it is the human user (and not the AI) who will assess all the information and make the decision. The system works only as a tool to search for that information and eventually automating some tasks, based on human commands. Differently, on level 2 (advisory systems) at least one substantial part of human decision-making will be completely replaced by the system's output. Therefore, an accuracy higher than in level 1 is expected. Indeed, the precision here should be *at least equivalent to human standards* since a wrong output can compromise the next steps. Finally, on level 3 (full decision-making systems) all or almost all substantial phases of the human decision-

---

<sup>43</sup> OECD – Organization for Economic Co-Operation and Development. *OECD Framework for the Classification of AI Systems*. Available at: <[https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-framework-for-the-classification-of-ai-systems\\_cb6d9eca-en](https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-framework-for-the-classification-of-ai-systems_cb6d9eca-en)>. Access: 20 Jun. 2022, 67: «Policy makers favour a risk-based approach to regulating AI in order to focus oversight and intervention where it is most needed, while avoiding unnecessary hurdles to innovation».

making process are replaced by AI. In this context, it is logical to expect that the system's output has an accuracy rate *higher than human standards*. After all, it would not make sense to replace human labor with a system that performs worse, since automation should seek efficiency.

Concerning the second factor, each activity has a level of inherent risks<sup>44</sup>, which means risks naturally associated with that activity that can eventually be mitigated but not 100% prevented<sup>45</sup>. When the level of inherent risks is high it makes sense to accept lower (or much lower) accuracy rates from an AI system when compared to human standards. In this context, gains in other factors, such as risk prevention or transparency can compensate for the loss of precision. After all, preserving the physical and psychological integrity of the human being is a goal that should prevail even at the expense of accuracy decrease. A classic example is a robot designed to defuse bombs. Even if its accuracy is lower than human standards, it is still justifiable to use the robot instead of a human expert to reduce the risk of injuries or death to that expert. Several other inherent risks or unhealthy activities fit into this line of reasoning.

Therefore, it is vital to weigh *both* the level of AI interference in the human decision-making process and the level of inherent risks of an activity to set which is the acceptable accuracy of an AI in each context<sup>46</sup>. In some cases, risk reduction may justify accuracy rates *lower* than human standards, as well as on levels 2 and 3 of automation, such as in the example of a full decision-making robot to defuse bombs. In face of a high risk that is hardly mitigable, it seems a better option to expose the corpus of a robot to that risk instead of a human being<sup>47</sup>, even at the expense of a substantial decrease in accuracy. In other cases, it suffices that the system has accuracy *equivalent* to humans, therefore generating free time without a substantial decrease in efficiency. An example is a software used in courts to group lawsuits according to the legal issue discussed, time of filling, or any other parameter.

---

<sup>44</sup> ID., «The risks in using any AI system strongly depend on the application. Since it is difficult to anticipate and assess every possible use case, applied AI systems should be grouped into a small collection of risk levels».

<sup>45</sup> T.A. LOPEZ, *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, São Paulo, 2010, 25: «Risk is the eventual danger that is more or less predictable, and it is different from “álea” (unpredictable) and from the danger (actual). The risk is abstract»; C. CATH, *et al*, *Artificial Intelligence and the ‘Good Society’: the US, EU, and UK approach*, in *Science and Engineering Ethics*, New York, v. 23, n. 02, 2017, 21: «AI can easily become the elephant in the crystal room, if we do not pay attention to its development and application».

<sup>46</sup> This understanding is in line with international regulatory initiatives, such as the EU's proposal for an AI framework. As well as the Brazilian Strategy for Artificial Intelligence. Both will be briefly described in Section 6.

<sup>47</sup> Kate Darling and other social robot enthusiasts may disagree.

To be useful, this kind of software only needs to achieve accuracy rates similar to the employee whose job the AI will replace, therefore freeing that employee to devote more time to other activities, presumably becoming more productive. Finally, in cases where the inherent risk of the activity to be automated is high and failure can compromise fundamental rights, such as in medical imaging tests or robotic surgery, the *maximum accuracy rate available* should be mandatory. In other words, ethical and legal frameworks should forbid human exposure to AI systems when there is scientific evidence that humans performing the same task can achieve better results, without compromising any of the stakeholders (what renders this example different from the bomb-defusing robot). Especially on level 3 of automation, since it is the system, and not the user, which assesses real-time data and makes the decision. This line of reasoning could prevent catastrophic situations, such as in the case of Mracek versus Bryn Mawr Hospital<sup>48</sup>.

5.2. – Although the notions of *transparency*<sup>49</sup> and *explainability*<sup>50</sup> are technically different<sup>51</sup>, this section addresses them altogether since they are

---

<sup>48</sup> THE UNITED STATES OF AMERICA. *Mracek v. Bryn Mawr Hosp. United States Court of Appeals for the 3rd Circuit*. 610 F. Supp. 2d 401, j. 28.01.2010. Available at: <<https://casetext.com/case/mracek-v-bryn-mawr-hosp>>. Access: Mar. 19. 2022.

In this well-known case from 2010, Roland C. Mracek was submitted to surgery in the Bryn Mawr Hospital, using the so-called “da Vinci surgical robot”. He claimed to be awake at the beginning of the surgery and have seen the robot displaying error messages. He adds that the medical team tried to reboot the robot, but the error messages remained prompting on the screen. They also placed a call to tech support and a representative of the robot’s manufacturer came to the operating room but was unable to solve the problem. As a result of the machine’s malfunction, and after around 45 minutes, the surgical team abandoned its attempt at a robotic surgery and did it manually. The outcome was tragic: Mr. Mracek suffered permanent damage and had to live with daily pain. He then decided to file a lawsuit against the hospital, based on strict products liability and negligence, claiming that the malfunctioning of the robot was crucial to cause the damage. In the end, the court granted the defendant’s motion since Mr. Mracek did not present evidence of a causal relationship between the robot’s failure and the results of his surgery.

<sup>49</sup> *Op. cit.*, 83: «A model is considered to be transparent if by itself it is understandable (...)».

<sup>50</sup> *Id.*: «Explainability is associated with the notion of explanation as an interface between humans and a decision maker that is, at the same time, both an accurate proxy of the decision maker and comprehensible to humans».

D. LEHR – P. OHM, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, *University of California Davis Law Review*, Davis, v. 51, n. 02, 2017, 705 ss.: «(...) “explainability” [is the] the ability of machine learning to give reasons for its estimations».

intimately connected. Roughly speaking, they mean that a human user is able to understand why an AI system generated a certain output and explain it to an ordinary user of that system. Transparency is undoubtedly a fundamental value provided in numerous legal standards, for both the public<sup>52</sup> and the private<sup>53</sup> sectors, worldwide. It is of paramount importance and should be respected according to the provisions of each legal system. Therefore, the bigger the transparency, the better<sup>54</sup>.

However, cases are in which the AI system still *cannot* provide high transparency rates (such as 90% or higher), due to the current level of technological development. This is a fact. But some systems can be quite useful (and may be used) despite their transparency shortcomings. In the bomb-defusing robot example, the value of preventing serious injury to a human being may compensate for the lack of transparency, especially if the robot's accuracy is satisfactory. Many other real-life situations with high inherent risk follow that reasoning.

Thus, transparency is a core factor when assessing an AI's suitability, as well as accuracy. None of them, however, is an end in itself. Consequently, the debate is about which transparency rate should be reasonably expected from AI in each context. To properly answer that question, it is necessary to mention the concept of the "black box" and the trade-off between accuracy and transparency.

---

<sup>51</sup> UNESCO – UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *UNESCO Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*. Available at: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>>. Access: 19 Dec. 2021., 10: «Transparency means allowing people to understand how AI systems are researched, designed, developed, deployed, and used, appropriate to the use context and sensitivity of the AI system. It may also include insight into factors that impact a specific prediction or decision, but it does not usually include sharing specific code or datasets. In this sense, transparency is a socio-technical issue, with the aim of gaining trust from humans for AI systems.

Explainability refers to making intelligible and providing insight into the outcome of AI systems. The explainability of AI models also refers to the understandability of the input, output and behaviour of each algorithmic building block and how it contributes to the outcome of the models. Thus, explainability is closely related to transparency, as outcomes and sub processes leading to outcomes should be understandable and traceable, appropriate to the use context».

<sup>52</sup> For instance, in Brazil the Federal Constitution of 1988 and the Access to Information Act n. 12,527/2011 impose a duty of transparency to the public administration.

<sup>53</sup> Transparency is also a core topic in consumer laws, privacy/data protection laws, labor laws, AI regulation and many other fields, in numerous countries.

<sup>54</sup> Of course, each legal system can legitimately restrict transparency to safeguard other fundamental values, such as industrial and trade secrets. These are exceptions, though.

There is quite a debate in the scientific literature about the fact that some AI-based systems, depending on how they were designed, may become a “black box”<sup>55</sup>, meaning that it would be hard if not impossible for a human being – even for the developers of the system – to understand the exact reason why it generated a given output<sup>56</sup>. This could be extremely harmful to those system users and the society, for instance, if the system at stake increases discrimination<sup>57</sup> or any other unlawful results, be they intentional or not<sup>58</sup>. Therefore, AI’s “black box” is a matter of great concern.

---

<sup>55</sup> The very concept of “black box” is controverse. There is a general and worldwide known definition: F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015, 3: «The term “black box” is a useful metaphor for doing so, given its own dual meaning. It can refer to a recording device, like the data- monitoring systems in planes, trains, and cars. Or it can mean a system whose workings are mysterious; we can observe its inputs and outputs, but we cannot tell how one becomes the other. We face these two meanings daily: tracked ever more closely by firms and government, we have no clear idea of just how far much of this information can travel, how it is used, or its consequences».

There are subclasses of black box: G.N. LA DIEGA, *Against the Dehumanisation of Decision-Making: Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Göttingen, v. 09, n. 01, 2018, 9: «The lack of transparency is related to the so-called black box (better said, black boxes). Arguably, three different black boxes may be distinguished: the organisational; the technical; and the legal one».

And there is also the concept of black box related to proprietary content, such as trade secrets: C. RUDIN, *Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead*, in *Nature Machine Intelligence*, 2019, 206: «A black box model could be either (1) a function that is too complicated for any human to comprehend or (2) a function that is proprietary».

<sup>56</sup> J. BLACK – A. MURRAY, *Regulating AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda*, in *European Journal of Law and Technology*, Coventry, v. 10, n. 03, 2019, 7 ss.: «One clear systemic risk of AI and ML [machine learning] is the “black box” issue. This is the problem that arises when an algorithmic system makes decisions which prove extremely difficult to explain in a way that the average person can understand. In essence while it is possible to observe incoming data (input) and outgoing data (output) in algorithmic systems, but their internal operations are not very well understood».

<sup>57</sup> Some authors point out that it would be theoretically easier to prevent discrimination using an AI than to prevent it in human behavior, since the AI could be designed from the beginning to be auditable: C.R. SUSTEIN, *Discrimination in the Age of Algorithms*, in *Journal of Legal Analysis*, Cambridge, v. 10, n. 01, 2018, 113 ss.: «Our central claim here is that when algorithms are involved, proving discrimination will be easier – or at least it should be, and can be made to be. The law forbids discrimination by algorithm, and that prohibition can be implemented by regulating the process through which algorithms are designed. This implementation could codify the most common approach to building machine-learning classification algorithms in practice, and add detailed record-keeping requirements. Such an

When analyzing the alternatives to solve that problem, some authors point out that there would be an inevitable *trade-off between accuracy and transparency*. They advocate that higher accuracy rates tend to produce black boxes, while fully explainable systems would be less accurate<sup>59</sup>. In other words, enhancing one of them would decrease the other. Differently, other authors indicate that a focus on transparency as a core goal during *all phases* of product development (*transparency by design*)<sup>60</sup> can assure higher accuracy

approach would provide valuable transparency about the decisions and choices made in building algorithms – and also about the tradeoffs among relevant values. (...) Getting the proper regulatory system in place does not simply limit the possibility of discrimination from algorithms; it has the potential to turn algorithms into a powerful counterweight to human discrimination and a positive force for social good of multiple kinds».

<sup>58</sup> Y. BENKLER, *Don't let industry write the rules for AI*, in *Nature*, v. 569, 2019, 1: «Inside an algorithmic black box, societal biases are rendered invisible and unaccountable. When designed for profit-making alone, algorithms necessarily diverge from the public interest – information asymmetries, bargaining power and externalities pervade these markets».

<sup>59</sup> L. EDWARDS – M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' is probably not the remedy you are looking for*, in *Duke Law & Technology Review*, Durhamv. 16, n. 01, 2017, 59 ss.: «Meaningful explanations of ML [machine learning] do not work well for every task. (...) the tasks they work well on often have only a few input variables that are combined in relatively straightforward ways, such as increasing or decreasing relationships. Systems with more variables will typically perform better than simpler systems, so we may end up with a trade-off between performance and explicability (...) Optimising an explanation system for human interpretability necessarily means diluting predictive performance to capture only the main logics of a system».

V. ALMEIDA, *et al*, *A framework for benchmarking discrimination-aware models in machine learning*, in *Artificial Intelligence, Ethics, and Society Conference*, 2019: «It is also expected that the accuracy will be higher than the resulting accuracy when a discrimination-aware technique is used because the technique must lower the discrimination at the cost of accuracy».

<sup>60</sup> D. LEHR – P. OHM, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, in *University of California Davis Law Review*, Davis, v. 51, n. 02, 2017, 668: «With such a singular focus on the running model and a failure to consider stages of machine learning after data management, scholars have been forced to adopt an overly narrow view of algorithms' potential harms and benefits. Inaccuracy and bias are paid much attention, and they can indeed be traced back in part to poor data and variable specifications. But they can also creep in during other stages of machine learning, and many harms arise almost entirely during those other stages. In fact, some of the most viscerally unsettling harms of machine learning – its opacity and lack of explainability – are brought about when algorithms are chosen and developed, not when data are collected or variables are specified».

C. RUDIN, *Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead*, in *Nature Machine Intelligence*, v. 1, 2019, 206 ss.: «I am concerned that the field of

without curtailing transparency<sup>61</sup>. Therefore, they state that the alleged trade-off is an excuse to justify opaque systems. They add that most (if not all) AI systems become opaque because developers did not pay proper attention to transparency during the development cycle. Consequently, to this line of reasoning black boxes are the result of a development failure.

Having contextualized the concept of the “black box” and the alleged tradeoff between accuracy and transparency, the next step is to present the author’s opinion about what should we reasonably expect from AI in terms of transparency. Again, the level of AI interference in the human decision-making process is a key factor that should be considered, on a case-by-case basis. Indeed, AI with *low* interference in the human decision-making process tends to *tolerate less transparency* without compromising the system’s suitability. Conversely, the bigger the system interference the bigger the expected transparency. Let’s develop this idea a little bit.

On the one hand, it is not reasonable to expect top-notch transparency from systems at level 1 of automation<sup>62</sup> such as Siri and Alexa voice assistants<sup>63</sup>, for at least two reasons. First, this kind of system provides less

---

interpretability/explainability/comprehensibility/transparency in ML [machine learning] has strayed away from the needs of real problems. (...) Recent work on the explainability of black boxes – rather than the interpretability of models – contains and perpetuates critical misconceptions that have generally gone unnoticed, but that can have a lasting negative impact on the widespread use of ML models in society. (...) An inaccurate (low-fidelity) explanation model limits trust in the explanation, and by extension, trust in the black box that it is trying to explain».

<sup>61</sup> ID.: «It is a myth that there is necessarily a trade-off between accuracy and interpretability. There is a widespread belief that more complex models are more accurate, meaning that a complicated black box is necessary for top predictive performance. However, this is often not true, particularly when the data are structured, with a good representation in terms of naturally meaningful features. When considering problems that have structured data with meaningful features, there is often no significant difference in performance between more complex classifiers (deep neural networks, boosted decision trees, random forests) and much simpler classifiers (logistic regression, decision lists) after preprocessing».

<sup>62</sup> As described in Section 4.

<sup>63</sup> The scientific literature usually also quotes the example of map applications, such as Google Maps: C. O’NEIL, *Weapons of Math Destruction*, New York, 2016, 3 ss.: «There would always be mistakes, however, because models are, by their very nature, simplifications. No model can include all of the real world’s complexity or the nuance of human communication. Inevitably, some important information gets left out. (...) To create a model, then, we make choices about what’s important enough to include, simplifying the world into a toy version that can be easily understood and from which we can infer important facts and actions. We expect it to handle only one job and accept that it will occasionally act like a clueless machine, one with enormous blind spots. (...) Sometimes these blind spots don’t matter. When we ask Google Maps for directions, it models the world as a series of roads, tunnels, and bridges. It ignores the buildings, because they aren’t relevant to the task».



technical day-to-day information. It is the human user who will assess that information and make the decision. In case of an unreasonable output from the system, the user can cross-reference that information with other easy-to-find sources and make a critical assessment before deciding<sup>64</sup>. Second, it is expected that these systems are involved in commercial agreements entered by the developer. Accordingly, it shouldn't be surprising if an Apple voice assistant favored advertising information related to Apple's business partners over similar information related to competitors. The same for Google, Amazon, or any other major market player. As long as there is no unlawful competition in place<sup>65</sup>, these commercial arrangements are legitimate.

On the other hand, in AI that plays a significant role in replacing human decision making, such as in levels 2 and 3 of automation, lack of transparency can be an issue even if the system accuracy is high. Opaqueness by itself can jeopardize protected values, since affected people have *the right to know*<sup>66</sup> why the system made a certain decision, especially if

---

<sup>64</sup> It is known that the real world is so complex that cases will arise in which a wrong output from a vocal assistant can be devastating. These cases, though, are exceptions.

<sup>65</sup> For instance, a joint report from University of Washington, UC Davis, UC Irvine and Northeastern University in 2022 pointed out that Alexa data was unlawfully shared with Amazon commercial partners, against US privacy laws. See: J.P. TUOHY, *Researchers find Amazon uses Alexa voice data to target you with ads*, in *The Verge*, 2022, available at: <<https://www.theverge.com/2022/4/28/23047026/amazon-alexa-voice-data-targeted-ads-research-report>>. Access May. 30, 2022.

<sup>66</sup> In privacy/personal data protection regulations around the world, this provision is usually called "a right to revision of automated decision-making" or "a right to explanation". For instance, in the European General Data Protection Regulation of 2016 (GDPR - Regulation 2016/679) article 22; in the Brazilian General Data Protection Act of 2018 (LGPD - Federal Law n. 13,709/2018) article 20; and in Ley n. 18,331 of 2008 from Uruguay article 16, among many others.

The aforementioned provision is highly controversial. On the one hand, some authors point out that it does not grant the interested party a right to know exactly how the algorithm works, since it would conflict with intellectual property rights of the algorithm's owner: S. WACHTER – B. MITTELSTADT – C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, In *Harvard Journal of Law & Technology*, Cambridge, v. 31, n. 02, 2018, 863 ss.: «The description of explanations in Recital 71 does not include a requirement to open the 'black box'. Understanding the internal logic of the algorithmic decision-making system is not explicitly required».

On the other hand, some authors advocate for a broader right to explanation, especially when concerning the public administration: M. FERRARI, *L'uso degli algoritmi nella attività amministrativa discrezionale*, in *Questa Rivista*, 2020, 1, 67: «(...) è determinante che ciascuno dei soggetti coinvolti, sia la PA [Pública Amministrazione] che i singoli/privati coinvolti dalla procedura, siano in grado di conoscere il meccanismo di operatività dell'algoritmo, anche se per motivazioni

they suspect that some unlawful parameter was used, whether the decision was accurate or not. Consider, for instance, a medical imaging software that recommends the optimal treatment for each patient. Even if the medical team agrees with the software recommendation, they still should be able to *explain* to the patient why the system made that choice. Moreover, they should be able to spot inconsistencies such as bias or unreasonable results, therefore suggesting a correction.

Summing up, *lower replacement* of human decision-making process tends to *tolerate less transparency* since it is easier for the users to prevent harm by reviewing other sources of information before making up their minds and it is expected that this kind of system is lawfully engaged in commercial agreements entered by the developer. Quite the opposite happens with systems that play a *significant role in replacing human decision-making*, such as in levels 2 and 3 of automation, since transparency shortcomings may be illegal in themselves, irrespective of the system's accuracy. Moreover, users should be fully informed about commercial agreements related to these systems and these agreements must respect strict ethical and legal boundaries. Therefore, in this second scenario, *the maximum transparency rate available should be mandatory*.

Finalizing this section, it is worth mentioning that regulation should demand compliance with minimum transparency standards during all the development cycle, for any AI system, to facilitate risk assessment and foster transparency by design. This is quite a consensus in the legal field. The author's point is that those standards *don't* need to be the same for all kinds of systems. On the contrary, each system calls for a different transparency rate, on a case-by-case basis. Indeed, factors such as the many ways to provide AI-based products and services into the market, the purpose of using each system, the different levels of AI interference in human decision-making, accuracy rate, inherent risks of the activity to be automated, and transparency are *components of a formula* to assess the suitability of an AI, by balancing the interests and expectations at stake. In this formula, transparency is undoubtedly a key factor. It is just not the only one.

5.3. – Even when an AI-based system reaches high accuracy and transparency rates, such as in the examples mentioned in Sections 5.1 and 5.2, there are still contexts in which legal or social reasons may impose –

---

diverse fra loro: per la PA è necessario comprendere se quell'algoritmo consenta di centrare, legittimamente con equità, gli obiettivi che ci si proponeva di raggiungere con la procedura amministrativa avviata; per il singolo cittadino è utile sapere come sia stata processata la scelta amministrativa, per poter escludere di essere stati vittime di ingiuste incongruenze con conseguenziali lesioni di diritti fondamentali».

through regulation<sup>67</sup> – a prohibition to use that system or, at least, require it to be developed in a way that ensures a meaningful human intervention, if necessary, to override the system's decision<sup>68</sup>. The *total prohibition* of using an AI, in a given context, was called a *ban on AI autonomy*. Diversely, the alternative in which using the system is allowed under the condition that there is room for a *meaningful human intervention* was labeled *human in the loop* - HITL.

*Ban on AI autonomy* is a radical measure admissible only when the use of an AI-based system is *intrinsically incompatible* with fundamental values, meaning that the system, by its nature, conflicts with human rights, irrespective of the purpose for using it. The classic example is a *Lethal Autonomous Weapon – LAW*<sup>69</sup>, a level 3 system<sup>70</sup> for military purposes, such as a drone, a missile, a vehicle, or another kind of embodied AI<sup>71</sup> that carries a weapon, and once activated it is the system itself that takes on searching for the target and engaging in an attack, eventually causing serious injuries or

---

<sup>67</sup> C. KOPP – M. LODGE, *What is regulation? An interdisciplinary concept analysis*, in *Regulation & Governance*, Hoboken, v. 11, n. 01, 2015, 20 ss.: «(...) we can distinguish two types of definitions that cut across disciplines – an *essence-based* and a *pattern-based* definition of regulation. (...) an essence-based definition aims to capture the minimal essence of the concept. It is a classical definition in the sense that it includes – and solely includes – those elements without which regulation loses its identity (...). Accordingly, regulation can be defined as *the intentional intervention in the activities of a target population*. The intervention which this definition refers to can be direct and/or indirect, the activities can be economic and/or non-economic, the regulator may be a public or private-sector actor, and the regulatee may equally be a public or private-sector actor. (...) Our pattern-based definition is not less inclusive than the essence-based one, but it gives insight into the manifestations which regulation scholars are mainly concerned with, and which we consider more central to the concept. Attributing more importance to the variation in emphasis of studies, regulation can be defined as *the intentional intervention in the activities of a target population, where the intervention is typically direct – involving binding standard-setting, monitoring and sanctioning – and exercised by public-sector actors on the economic activities of private-sector actors*».

See, also: L. PARENTONI, *Artificial Intelligence*, in *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht, 2020.

<sup>68</sup> M. WIMMER – D. DONEDA, “Falhas de IA” e a Intervenção Humana em Decisões Automatizadas: Parâmetros para a Legitimação pela Humanização, in *Revista Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 100, 2021, 384. Loosely translated from the original, in Portuguese: «(...) even if a given autonomous system reaches an acceptable level of hit and miss rates, would it be ethically legitimate to delegate certain types of decision entirely to automated systems, without relevant human intervention?».

<sup>69</sup> Also known as Autonomous Weapons System – AWS.

<sup>70</sup> According to the classification provided in Section 4.

<sup>71</sup> According to the definition of embodied AI provided in Section 2.

even death<sup>72</sup>. This is the kind of AI that most resembles the “evil machines” depicted in movies such as Terminator.

Although there is no consensus on the matter in scientific literature<sup>73</sup>, the US Department of Defense considers the ability to, once activated, select, track, and engage targets without further human intervention as the core attribute of an autonomous weapon<sup>74</sup>. China proposed a more detailed list, with 5 basic attributes:

“1) lethality, which means sufficient pay load (charge) and for means to be lethal;

2) autonomy, which means absence of human intervention and control during the entire process of executing a task;

3) impossibility for termination, meaning that once started there is no way to terminate the device;

4) indiscriminate effect, meaning that the device will execute the task of killing and maiming regardless of conditions, scenarios and targets; and

5) evolution, meaning that through interaction with the environment the device can learn autonomously, expand its functions and capabilities in a way exceeding human expectations.”<sup>75</sup>

Irrespective of the definition adopted, the crucial matter here is the fact that a decision about taking a life, even during a war, should be made by

<sup>72</sup> N. DAVISON, *A legal perspective: Autonomous weapon systems under international humanitarian law*, in UNODA Occasional Papers n. 30, 2018, 6: «After initial launch or activation by a human operator, it is the weapon system itself – using its sensors, computer programming (software) and weaponry – that takes on the targeting functions that would otherwise be controlled by humans. This working definition encompasses any weapon system that can independently select and attack targets, including some existing weapons and potential future systems».

<sup>73</sup> S.R. REEVES – R.T.P. ALCALA – A. MCCARTHY, *Challenges in regulating lethal autonomous weapons under international law*, in *Southwestern Journal of International Law*, Los Angeles, v. 27, n. 01, 2021, 105: «The concept of autonomous weapon systems is itself not clearly defined internationally (...)».

J. CHERRY – D. JOHNSON, *Maintaining command and control (C2) of lethal autonomous weapon Systems: Legal and policy considerations*, in *Southwestern Journal of International Law*, Los Angeles, v. 27, n. 01, 2021, 6: «Definitions abound for autonomous weapon systems among the international legal and policy communities, but States have struggled to agree on a common definition».

<sup>74</sup> THE UNITED STATES OF AMERICA. *Department of Defense – DoD Directive 3000.09*. Available at: <<https://www.hsdl.org/?abstract&did=726163>>. Access: 04 Jun. 2022.

<sup>75</sup> CHINA. CCW/GGE.1/2018/WP.7. Available at: <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=CCW%2FGGE.1%2F2018%2FWP.7&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. Access: 04 Jun. 2022.

humans, and by humans only. For both ethical and legal reasons<sup>76</sup>. Therefore, lethal autonomous weapons are the perfect example of a system that should be subject to a ban on AI autonomy<sup>77</sup>. So much so that specialists in humanitarian law advocate for an international treaty to amend the UN Convention on Conventional Weapons to deal with that matter, worldwide<sup>78</sup>. Civil society organizations such as Human Rights Watch also support that proposal<sup>79</sup>.

Other examples of a ban on AI autonomy are even more controversial. One of them is the *court's decision*, meaning the hypothesis in which the human judge could be completely replaced by an AI system that would drive the process and make all the decisions<sup>80</sup>. Lawrence Solum goes one step ahead, proposing the debate around a hypothetical "*artificially intelligent law*"<sup>81</sup>, an entire legal system driven by AI. Considering that the judicial

---

<sup>76</sup> D.K. CITRON – F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, University of Maryland School of Law Research Paper n. 214-8, 2014, 7: «Human rights advocates and computer scientists contend that 'Human-out-of-the-Loop Weapons' systems violate international law because AI systems cannot adequately incorporate the rules of distinction ("which requires armed forces to distinguish between combatants and noncombatants") and proportionality».

<sup>77</sup> I respectfully disagree with authors who support the use of those systems, such as: D. MACINTOSH, *Fire and Forget: A Moral Defense of the Use of Autonomous Weapons Systems in War and Peace*, in *Lethal Autonomous Weapons: Re-Examining the Law and Ethics of Robotic Warfare*, Oxford, 2021, 9: «I want to argue more specifically (...) that there are many conditions where using AWSs would be appropriate not just rationally and strategically, but also morally».

<sup>78</sup> THE UNITED NATIONS. *Background on LAWS in the CCW*. Available at: <<https://www.un.org/disarmament/the-convention-on-certain-conventional-weapons/background-on-laws-in-the-ccw/>>. Access: 04 Jun. 2022.

<sup>79</sup> They published a manifesto called "Stop Killer Robots": HUMAN RIGHTS WATCH. *New Weapons, Proven Precedent - Elements of and Models for a Treaty on Killer Robots*. Available at: <<https://www.hrw.org/report/2020/10/20/new-weapons-proven-precedent/elements-and-models-treaty-killer-robots>>. Access: 05 Jun. 2022: «A majority of CCW states parties and the Campaign to Stop Killer Robots, a global civil society coalition coordinated by Human Rights Watch, are calling for the negotiation of a legally binding instrument to prohibit or restrict lethal autonomous weapons systems. The Campaign advocates for a treaty to maintain meaningful human control over the use of force and prohibit weapons systems that operate without such control».

<sup>80</sup> P.R.B. FORTES, *et al*, *Artificial Intelligence Risks and Algorithmic Regulation*, in *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge, v. 13, n. 02, 2022, 11: «In this sense, AI would be trained for the specific task of providing judicial decision-making».

<sup>81</sup> L.B. SOLUM, *Artificially Intelligent Law*, in *SSRN Research Paper*, 2019, 53 ss.: «This paper explores a series of thought experiments that postulate the existence of "artificially intelligent law". An artificially-intelligent legal system is defined as one with three functional capacities: 1. The system has the capacity to generate legal norms. 2. The system has the capacity to apply the legal norms that it generates. 3.

process deals with intrinsically subjective judgments, and that case law must be constructed by humans (and not by machines), this is a field in which a ban on AI autonomy makes sense.

A less controversial example presents itself in the health sector, with *autonomous robotic surgeries*, which means a surgery fully conducted by robots, without meaningful human intervention. In this context, a ban on AI autonomy makes sense especially when accuracy rates are low or when there is not enough transparency regarding how the system works<sup>82</sup>. This study will not investigate these and other possible cases of a ban on AI autonomy, since they would demand a deeper analysis, falling outside the scope of the current research.

After briefly contextualizing the ban on AI autonomy, it is time to address its main alternative, known as human in the loop – HITL.

Indeed, nowadays humans take part in the *initial* programming of an algorithm, the construction of the algorithm itself<sup>83</sup>. In this sense, there would always be a human in the loop, since irrespective of the output produced by the AI, it would have been preceded by some level of human intervention. This is *not* the meaning of HITL adopted in this study. As a matter of fact, *HITL is the possibility of a human being monitoring an AI system, being able to suspend it at any time, or even intervene in the system's decisions, to override them*. It means *ensuring a meaningful human intervention* over the system, during or after its functioning<sup>84</sup>. The aspect of *monitoring* is usually called human *on* the loop, while the *intervention* stands for human *in* the loop<sup>85</sup>. Putting aside this technicality, human in the loop is the most used expression, encompassing both meanings. At the end of the day, what

---

The system has the capacity to use deep learning to modify the legal norms that it generates. (...) Delegating the law-making function to an artificial intelligence is qualitatively different than any current use of artificial intelligence of which I am aware».

<sup>82</sup> As seen in Sections 5.1 and 5.2.

<sup>83</sup> At least for a while, until evolutionary algorithms eventually become able to develop alone.

<sup>84</sup> Although HITL should be implemented by design, to work properly.

<sup>85</sup> J. CHERRY – D. JOHNSON, *Maintaining command and control (C2) of lethal autonomous weapon Systems: Legal and policy considerations*, in *Southwestern Journal of International Law*, Los Angeles, v. 27, n. 01, 2021, 4 ss.: «In supervised autonomous operation, or 'human on the loop', the machine can sense, decide, and act on its own once put into operation, but a human user can observe the machine's behavior and intervene to stop the action if necessary. Supervised autonomous robotic surgery is an example of a supervised-autonomous system. In the last degree, fully autonomous operation, the system can sense, decide, and act without human intervention. The human is "out of the loop" in that the machine operates without communicating back to the human user. A Roomba vacuum is an example of a fully autonomous system».

stands out is the fact that the final decision is restricted to a human being, whenever necessary.

*Instead of just banning a system, it can be used under the condition that HITL is in place.* For instance, with *irreversible or hard-to-reverse decisions*, such as hiring or firing an employee, since it requires balancing factors that are both objective (such as the economic situation of the company, worker's rate of absence, and productivity) and subjective (social environment, family and health situation of the employee, etc.). This kind of balance demands "humanity" in the decision. Therefore, HITL is mandatory for both ethical and legal reasons. So much so that the International Labor Organization – ILO Code of Practice on the Protection of Workers Personal Data of 1997 mandates a meaningful human intervention to recruit or dismiss workers<sup>86</sup>. More recently, a Committee at the Council of Europe called member countries to forbid facial recognition systems lacking proper human intervention<sup>87</sup>.

The already mentioned *robotic surgery* illustrates how HITL can serve as an alternative to banning AI autonomy. Considering that AI failures here can cause a tragic outcome, such as in the case Mracek versus Bryn Mawr Hospital<sup>88</sup>, a meaningful human intervention may be the last resource in a life-or-death situation. Therefore, regulation should impose HITL instead of banning the use of level 3 autonomous surgical robots.

A third example of HITL is the *administrative decision*, thus considered as the decision made by the public administration, such as government agencies while exercising their institutional powers. As it is well known, the constitution of many countries demands that this kind of decision should aim at the public interest and be justified by the public agent. Therefore, even if using an AI to fully replace human decision-making is a viable

---

<sup>86</sup> THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Code of Practice on the Protection of Workers Personal Data*. Available at: <[https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/normative-instruments/code-of-practice/WCMS\\_107797/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/normative-instruments/code-of-practice/WCMS_107797/lang--en/index.htm)>. Access: 05 Jun. 2022: «5.5. Automated procedures do not absolve employers from consulting all the data necessary to evaluate correctly the results of the processing. The code thus rejects a purely mechanical decision-making process and opts instead for a clearly individualized evaluation of workers».

<sup>87</sup> EUROPEAN UNION. Council of Europe. *Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Brussels: 28 Jan. 2021. Available at: <<http://rm.coe.int/0900001680a134f3>>. Access: 05 Jun. 2022., 5: «The level of intrusiveness of facial recognition, and related infringement on the rights to privacy and data protection will vary according to the particular situation of their uses and there will be cases where domestic law will strictly limit it, or even completely prohibit it where the democratic process will have led to that decision».

<sup>88</sup> Described in Section 5.1.

option, it remains necessary to ensure a meaningful human intervention, to correct system failures capable of causing damage to citizens or to the public administration itself<sup>89</sup>.

A fourth example, extremely controversial, is *content moderation in online social networks*, such as Facebook, Instagram, or Twitter. Due to the high amount of data involved, this moderation is already algorithmic-driven, according to the terms of use of each platform. However, in case of a failure - for instance when legitimate content is blocked - how should be the proceeding of human intervention? This is a topic debated worldwide, with a clear political component<sup>90</sup>.

Another controversial case involved the Uber transport app, in 2021. To verify if the person trying to log in was the registered driver, the company used a facial recognition system that required sending a selfie, in real-time. However, that system failed at recognizing selfies from people of color. Only after human intervention by an Uber employee were the affected drivers allowed to log in<sup>91</sup>.

Lastly, one of the fields in which HITL is already rooted is *personal data protection*<sup>92</sup>. For instance, the European regulation (GDPR) addresses the subject as follows:

*“Article 22. Automated individual decision-making, including profiling*

*1. The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her.*

*2. Paragraph 1 shall not apply if the decision:*

---

<sup>89</sup> For a deeper discussion about AI in the public sector, see: M. FERRARI, *L'uso degli algoritmi nella attività amministrativa discrezionale*, in *Questa Rivista*, 1, 2020.

<sup>90</sup> The Facebook's oversight board is a good study-case. Created by the company in 2020, it gathers renowned international experts, with different backgrounds and cultures. Its mission is to: «[use] its independent judgment to support people's right to free expression and ensure those rights are being adequately respected. The board's decisions to uphold or reverse Facebook's content decisions will be binding, meaning Facebook will have to implement them, unless doing so could violate the law». See more in: <https://oversightboard.com/>

<sup>91</sup> Some UK unions sued Uber for algorithmic discrimination. See: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/uk-drivers-couriers-sue-uber-over-allegedly-racist-facial-recognition-checks/>

<sup>92</sup> M. WIMMER – D. DONEDA, *“Falhas de IA” e a Intervenção Humana em Decisões Automatizadas: Parâmetros para a Legitimação pela Humanização*, in *Revista Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 100, 2021, 385. Loosely translated from the original, in Portuguese: «(..) it is in the field of personal data protection that attempts to promote the introduction of “human” elements in decisions taken automatically can be observed more clearly».



(a) is necessary for entering into, or performance of, a contract between the data subject and a data controller;

(b) is authorised by Union or Member State law to which the controller is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests; or

(c) is based on the data subject's explicit consent.

3. In the cases referred to in points (a) and (c) of paragraph 2, the data controller shall implement suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests, at least the right to obtain human intervention on the part of the controller, to express his or her point of view and to contest the decision."<sup>93</sup>

A similar provision can also be found in Directive n° 2016/680, concerning "the protection of natural persons with regard to (...) the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties"<sup>94</sup>. Among other regulations.

Having contextualized human in the loop, it is time to comment on its tradeoff. On the one hand, some authors point out that *man + machine* is of paramount importance to achieve the most of AI<sup>95</sup>, such as in the examples previously mentioned. In all of them, assuring a meaningful human intervention over the system is crucial to find a balance between the use of AI and respecting core values protected by law. On the other hand, some

---

<sup>93</sup> EUROPEAN UNION. European Parliament. *Regulation n° 2016/679*. Brussels: 27 Apr. 2016. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX%3A32016R0679>>. Access: 13 Jul. 2018.

In Brazil, the Data Protection Act – "Lei 13,709/2018 (LGPD)" contains a similar provision in article 20. However, during the legislative process Congress has removed the expression that demanded "revision by a natural person", opening room for a debate on the possibility of a software reviewing an automated decision, without any human in the loop.

<sup>94</sup> EUROPEAN UNION. European Parliament. *Directive n° 2016/680*. Brussels: 27 Apr. 2016. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0680>>. Access: 13 Jul. 2018. Article 11.

<sup>95</sup> M.L. AMBROSE, *Regulating the Loop: Ironies of Automation Law*, in *WeRobot*, 2014, 16 ss.: «(...) there are extraordinary gains to be made by creating human-machine teams, as the open chess tournament victors exemplify. In order to reach optimization, human-machine systems should be understood as socio-technical systems that do not ignore the human or social contribution to automation and vice versa. (...) Similar to the way humans work with other humans (supported by automated and non-automated tools) to perform the numerous tasks and achieve the many goals in their daily lives, humans will work with robotic and intelligent systems to go about their daily lives – creating a loop in which they are necessarily a part. These loop actors are intertwined».

warn that the high volume of data at stake and the speed of processing surpass the human brain's capabilities, which renders human intervention slow, ineffective, or even impossible<sup>96</sup>. They advocate that the aim of automation through AI has been achieving faster and better results. Therefore, they sustain that HITL would be a contradiction since it slows down the system and curtails efficiency<sup>97</sup>. In fact, both lines of reasoning are partially correct. *HITL undoubtedly comes at a cost*. It is an *alternative* to avoid banning AI autonomy, in a limited number of situations. As such, it should *not* be mandatory for any kind of AI system, irrespective of the context and purpose of using it. As elaborated below, most of the systems should benefit from full automation, without HITL.

Indeed, both the ban on AI autonomy and human in the loop are *exceptions*. They should be *restricted to systems dealing with high-stakes decisions or high inherent risks*. Although people sometimes prefer to have a human determining outcome that affects them<sup>98</sup>, ordinary uses of AI should benefit from full automation<sup>99</sup>. Ralf Poscher provides a clever summary of this argument:

*"(...) refocusing on the abstract danger for concrete, substantive fundamental right's interests allows for a discussion on thresholds. Also, in the analog world, the*

---

<sup>96</sup> D. LEHR – P. OHM, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, in *University of California Davis Law Review*, Davis, v. 51, n. 02, 2017, 716: «Many think that the best way to ensure fairness or justice is to inject a human into the decision-making process, perhaps with the veto power to override the inanimate counterpart. We are worried that if we simply thrust the human at the output end of the running model, there is very little she can do to root out bias. The human becomes a rubber stamp for the machine, providing nothing more than a cosmetic reason to lull ourselves into feeling better about the results. There might be better, more productive roles for human oversight elsewhere in the process».

<sup>97</sup> A.Z. HUQ, *Constitutional Rights in the Machine-Learning State*, in *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 105, n. 07, 2020, 1906: «Remedies for a due process deficit are unlikely to take the form of additional human review but rather better algorithmic design».

<sup>98</sup> See, for instance: D.E. BAMBAUER – M. RISCH, *Worse Than Human?* in *Arizona State Law Journal*, Phoenix, v. 53, n. 04, 2021, 1091: «The surveys explore whether people prefer to have an algorithm or a human determine an outcome affecting their welfare in a range of representative scenarios with varying stakes».

<sup>99</sup> A conclusion endorsed by other authors: M. GUIHOT – A.F. MATTHEW – N.P. SUZOR, *Nudging robots: Innovative solutions to regulate artificial intelligence*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Nashville, v. 20, n. 02, 2017, 396 ss.: «The Authors propose that risk should be considered as a quality that differentiates classes of AI. (...) Each category does not and cannot justify or require the same regulatory response, and some applications may not even require a regulatory response at this stage. It is only when the risk profile of an AI application increases that a regulatory response may be required».

*law does not react to each and every risk that is associated with modern society. Not every abstract risk exceeds the threshold of a fundamental rights infringement. There are general life risks that are legally moot.*

(...)

*The threshold for everyday life risks holds in the analog world and should hold in the digital world, too. In our digital society, we have to come to grips with a – probably dynamic – threshold of everyday digital life risks that do not constitute a fundamental rights infringement, even though personal data have been stored or processed. For AI technologies, this could mean that they can be designed and implemented such that they remain below the everyday digital life risk threshold.”<sup>100</sup>*

Having this lesson in mind, the following question is: what are the thresholds to decide if an AI system should be subject to human in the loop? It's easier to ask than to answer since there is no consensus on the matter in the scientific literature<sup>101</sup>. I recommend a case-by-case analysis, considering: 1) the average risk level of an AI system, identified by proper risk assessment (low or even medium risks should be exempted from HITL unless otherwise recommended by the risk assessment); 2) if a failure in the AI tends to compromise fundamental values or not; 3) if the system's decision is reversible or irreversible (or at least hard to reverse); 4) if the definition of “right” or “wrong” can be mathematically coded or if it is intrinsically subjective (such as in moral judgments); 5) the societal as well as the economic impacts of a failure.

Considering these factors on a case-by-case assessment one can balance the scales between technological development and innovation, on one side, and protection of fundamental rights and avoiding systemic risks, on the other side. No matter the criteria used to assess the need for a ban on AI autonomy or HITL, it is of paramount importance that regulators *clearly communicate* the adopted criteria to key stakeholders, such as developers, users, and academics.

---

<sup>100</sup> R. POSCHER, *Artificial Intelligence and the Right to Data Protection*, in *Max Planck Institute Working Paper n. 03*, 2021, 9 ss.

<sup>101</sup> For instance, OECD recommend the following criteria: OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Framework for the Classification of AI Systems*. Available at: <[https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-framework-for-the-classification-of-ai-systems\\_cb6d9eca-en](https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-framework-for-the-classification-of-ai-systems_cb6d9eca-en)>. Access: 20 Jun. 2022 67: «Regardless of the number of risk levels or which organisation proposes them, the following are typical criteria for determining the risk level of an AI application or system Scale, i.e. seriousness of adverse impacts (and probability); Scope, i.e. breadth of application, such as the number of individuals that are or will be affected; Optionality, i.e. degree of choice as to whether to be subject to the effects of an AI system».

6. – The global landscape of AI regulation is still a patchwork of initiatives coming from a vast array of sources such as leading countries, companies, and international organizations<sup>102</sup>. This section highlights *some* important sources, *briefly* demonstrating that the ideas developed through this study are not the author's voice alone but in compliance with the international debate. Bear in mind that this section does *not* intend to dig deeper into any of these sources since each of them would demand an exclusive paper for a complete analysis. Furthermore, there are many other countries worth studying, such as China, the UK, Australia, and Uruguay. But for the sake of brevity, the author made a choice and decided to mention only the items listed below.

**OECD.** The Organization for Economic Co-Operation and development – OECD has published two documents of paramount importance: the AI Principles, from May 2019, and the 2022 Framework for Classifying AI Systems. Considered as a foundational document, *the OECD AI Principles*<sup>103</sup> was the first intergovernmental standard on AI and aim at setting “*standards for AI that are practical and flexible enough to stand the test of time*”. It comprises 5 values-based principles for the development and use of AI systems, in both the public and private sectors, irrespective of the kind of AI at stake, as well as 5 recommendations for policy makers around the world. Those principles are: “1) *inclusive growth, sustainable development and well-being*; 2) *human-centred values and fairness*; 3) *transparency and explainability*; 4) *robustness, security and safety*; and 5) *accountability*”. This study is aligned with all OECD principles and the subjects discussed herein directly relate to them, especially to principles numbers 3, 4 and 5.

Another source of paramount importance is the February 2022 *Framework for Classifying AI Systems*<sup>104</sup>. OECD states that it is “*a user-friendly framework for policy makers, regulators, legislators and others to characterise AI systems for specific projects and contexts. The framework links AI system characteristics with the OECD AI Principles, the first set of AI standards that governments pledged to incorporate into policy making and promote the innovative*

---

<sup>102</sup> For instance, the OECD maintains a repository with “over 700 AI policy initiatives from 60 countries”: OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *National AI policies & strategies*. Available at: <<https://oecd.ai/en/dashboards>>. Access: 26 Jun. 2022.

<sup>103</sup> For a detailed description of each principle, see: OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD AI Principles overview*. Available at: <<https://oecd.ai/en/ai-principles>>. Access: 20 Jun. 2022.

<sup>104</sup> OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Framework for the Classification of AI Systems*. Available at: <[https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-framework-for-the-classification-of-ai-systems\\_cb6d9eca-en](https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-framework-for-the-classification-of-ai-systems_cb6d9eca-en)>. Access: 20 Jun. 2022.

and trustworthy use of AI.”<sup>105</sup> There is a remarkable difference in scope between the 2019 Principles and the 2022 Framework. While the former is intentionally flexible to encompass all kinds of AI (as expected from a principled document), the latter was designed to focus on specific projects and contexts<sup>106</sup>. Those contexts (labelled as “dimensions” in the document) are: 1) people & planet; 2) economic context; 3) data & input; 4) AI model; and 5) task & output. Moreover, the framework was designed to be applicable in both “the lab” and “the field”<sup>107</sup>. In a near future, OECD has plans to populate the framework with the analysis of more actual systems, to develop metrics able to help assess those system’s impact on human rights and well-being. A step forward would be the creation of a risk-assessment framework, in line with the ideas developed in Section 5 of this article.

**UNESCO.** In November 2021, the UNESCO General Conference approved a *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*<sup>108</sup>, proposing a series of principles, many of which overlap the OECD principles, such as fairness, transparency, explainability, security, and accountability. Moreover, it recommends a continuous risk assessment for AI. Two parts of that recommendation are specially aligned with the ideas developed in this study. First, the discussion around a tradeoff between transparency and explainability, reaching out for feasible algorithms<sup>109</sup>. Second, despite not

---

<sup>105</sup> *Op. cit.*, 6.

<sup>106</sup> *Op. cit.*, 16: «The framework primary purpose is to characterise the application of an AI system deployed in a specific project and context, although some dimensions are also relevant to generic AI systems».

<sup>107</sup> *Op. cit.*, 7: «AI “in the lab” refers to the AI system’s conception and development, before deployment. It is applicable to the Data & Input (e.g., qualifying the data), AI Model (e.g., training the initial model) and Task & Output dimensions (e.g., for a personalisation task) of the framework. It is particularly relevant to ex ante risk-management approaches and requirements. AI “in the field” refers to the use and evolution of an AI system after deployment and is applicable to all the dimensions. It is relevant to ex post risk-management approaches and requirements».

<sup>108</sup> UNESCO – UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *UNESCO Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*. Available at: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>>. Access: 19 Dec. 2021, 4: «This Recommendation addresses ethical issues related to AI. It approaches AI ethics as a holistic framework of interdependent values, principles and actions that can guide societies in the AI system lifecycle, referring to human dignity and well-being as a compass to deal responsibly with the known and unknown impacts of AI systems in their interactions with human beings and their environment».

<sup>109</sup> *Op. cit.*, 17: «Feasibility: many AI algorithms are still not explainable; for others, explainability adds a significant implementation overhead. Until full explainability is technically possible with minimal impact on functionality, there will

quoting “human in the loop”, the recommendation seems to call out States to implement a similar mechanism<sup>110</sup>.

**European Union.** The EU is one of the most fructiferous sources of AI regulation. Therefore, many of their initiatives could be mentioned here. However, for the sake of brevity, only two will be addressed. Starting with the February 2020 white paper *On Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust*<sup>111</sup> which recognizes that “Europe’s current and future sustainable economic growth and societal wellbeing increasingly draws on value created by data”<sup>112</sup> and that “AI is one of the most important applications of the data economy”<sup>113</sup>. This white paper aims at shaping the development and ethical use of AI inside the Union through common grounds, avoiding fragmentation among member States, and consolidating the EU as a global leader in the data-driven economy. It recommends leveraging the current industrial infrastructure and human resources and strengthening the cooperation between the Member States to build a common AI regulatory framework. The white paper has many touch points with this study. Three of them are worth mentioning. First, it lists some criteria for AI risk assessment, such as the values at stake, the inherent risk of using each system, the protection of consumers, personal data, and other fundamental rights<sup>114</sup>. Second, it highlights that the specific purpose of using each system is crucial to defining the expected accuracy rate<sup>115</sup>. Stressing that low accuracy rates should be accepted in some contexts, such as in high inherent risk situations or unhealthy activities. Third, it recommends a mandatory human in the loop for high-risk AI, leaving medium or low-risk applications

---

be a trade-off between the accuracy/quality of a system and its level of explainability».

<sup>110</sup> *Op. cit.*, 9: «It may be the case that sometimes humans would have to share control with AI systems for reasons of efficacy, but this decision to cede control in limited contexts remains that of humans, as AI systems should be researched, designed, developed, deployed, and used to assist humans in decision-making and acting, but never to replace ultimate human responsibility».

<sup>111</sup> EUROPEAN UNION. *On Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust*. Available at: <[https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en)>. Access: 10 May. 2020.

<sup>112</sup> *Op. cit.*, 1.

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> *Op. cit.*, 17.

<sup>115</sup> *Op. cit.*, 20: «Ensuring clear information to be provided as to the AI system’s capabilities and limitations, in particular the purpose for which the systems are intended, the conditions under which they can be expected to function as intended and the expected level of accuracy in achieving the specified purpose».

outside the scope of the rule<sup>116</sup>. Those three aspects are totally in line with the propositions of this study.

Building on the ideas of the white paper, and after a broad consultation of the Member States, civil society, AI companies, academics, and other key stakeholders<sup>117</sup>, the EU published a proposal of harmonized rules on artificial intelligence, called *The Artificial Intelligence Act*<sup>118</sup>, in April 2021. The Act also adopts a risk-based approach and has similarities with many points of this research. First, it attempts to strike a balance between market innovation and the protection of fundamental rights<sup>119</sup>. Second, it provides mandatory requirements and *ex-ante* measures focused on high-risk systems, exempting medium and low-risk ones<sup>120</sup>. Third, under a title named “Prohibited Artificial Intelligence Practices”, the Act imposes a ban on AI autonomy for a limited number of systems, such as credit scoring in the public sector or law enforcement based on real-time remote biometrics in public spaces, due to their “unacceptable risk”<sup>121</sup>. Fourth, the Act highlights that the purposes of using each system and the way it is deployed are key factors for risk assessment<sup>122</sup>, exactly as detailed in Sections 2 and 5 of this research. Finally, the Act stresses that different problems may arise

---

<sup>116</sup> *Op. cit.*, 21: «Human oversight helps ensuring that an AI system does not undermine human autonomy or cause other adverse effects. The objective of trustworthy, ethical and human-centric AI can only be achieved by ensuring an appropriate involvement by human beings in relation to high-risk AI applications».

<sup>117</sup> D. HUBERT, *Initial Appraisal of a European Commission Impact Assessment*, available at: <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS\\_BRI\(2021\)694212](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2021)694212)>. Access: 02 Aug. 2021, 7: «The online public consultation on the AI White Paper ran from 19 February to 14 June 2020 and received 1.215 contributions from a wide variety of stakeholders (citizens 33%, business and industry 29%, civil society 13%, academia 13% and public authorities 6%; 84% of the contributions came from Member States and the rest from outside the EU)».

<sup>118</sup> EUROPEAN UNION. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>>. Access: 21 Jun. 2022.

<sup>119</sup> *Op. cit.*, 3: «(...) this proposal presents a balanced and proportionate horizontal regulatory approach to AI that is limited to the minimum necessary requirements to address the risks and problems linked to AI, without unduly constraining or hindering technological development or otherwise disproportionately increasing the cost of placing AI solutions on the market».

<sup>120</sup> *Id.*

<sup>121</sup> *Op. cit.*, 12.

<sup>122</sup> *Op. cit.*, 13: «(...) the classification as high-risk does not only depend on the function performed by the AI system, but also on the specific purpose and modalities for which that system is used».

according to the different levels of AI interference in human decision-making, such as developed in Section 4.

**The United States of America.** As one of the leading countries in AI research and development, the USA are a vast source of regulatory initiatives. This paper will address the Senate bill called *Algorithmic Accountability Act*<sup>123</sup>, proposed in April 2019, and updated in February 2022. Summing up, it “requires companies to assess the impacts of the automated systems they use and sell, creates new transparency about when and how automated systems are used, and empowers consumers to make informed choices about the automation of critical decisions.”<sup>124</sup> In line with the other sources mentioned above, the Algorithmic Act also focuses on high-risk systems, expressly exempting small and medium companies, since it applies to companies that have average annual gross receipts greater than US\$ 50,000,000, equity value greater than US\$ 250,000,000 or deals with identifying information about more than 1,000,000 people or devices<sup>125</sup>. One of the most controversial aspects of the bill is its possible impact on content moderation in online social networks, a topic briefly mentioned in Section 5.3 of this study.

**Brazil.** Although Brazil is not a leading player in the AI field, that subject is currently a hot topic in the country, with some local sources worth mentioning. The first major effort can be traced back to the *Brazilian Strategy for Digital Transformation (E-Digital)*<sup>126</sup> from March 2018, which aimed at harmonizing and coordinating government initiatives on digital issues in general. Even though E-Digital does not mention AI, it has laid down the foundation for future initiatives.

Following the release of the E-Digital, little had happened with AI policymaking in Brazil until two Senate bills were introduced in September and October 2019. They tried to be in line with international norms, such as the OECD Principles and intended to be complementary, targeting all kinds of AI, regardless of the economic sector, or whether the system was used by public or private entities. Coincidentally, both had only 7 articles, much shorter than average Brazilian regulations. *Bill 5,051/2019*<sup>127</sup> defined

---

<sup>123</sup> THE UNITED STATES OF AMERICA. *Senate – The Algorithmic Accountability Act*. Available at: <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/6580/text?r=2&s=1>>. Access: 22 Jun. 2022.

<sup>124</sup> Extracted from the Senate bill summary.

<sup>125</sup> *Op. cit.*, 3.

<sup>126</sup> BRAZIL. *Decree 9,319/2018*. Available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9319.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9319.htm)>. Access: 09 Feb. 2020.

<sup>127</sup> BRAZIL. *Senate – Bill 5,051/2019*. Available at: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>>. Access: 09 Feb. 2020.



principles for the development and use of AI while *Bill 5,691/2019*<sup>128</sup> proposed a national AI strategy. Due to a lack of technical and political grounds,<sup>129</sup> they were rapidly overcome by another legislative proposal, explained below.

The *Chamber of Deputies Bill 21/2020*<sup>130</sup> was presented on February 4, 2020. It is more detailed and more technical than the Senate bills, intending to overcome them. Bill 21/2020 is broadly consistent with global norms, providing for the use of AI to be based on respect for human rights and democratic values, equality, non-discrimination, plurality, transparency, autonomy, and data privacy. It also introduces a mandatory AI impact assessment. However, the bill has two major flaws. First, it does not adopt a risk-based approach, such as the international sources mentioned above, nor exempt small and medium companies from its provisions. Second, it is quite confusing at differentiating between two AI agents that the bill describes, named “development agents” and “operating agents”. The former would be the entities that participate in the planning, design, data collection, processing, and construction of the AI model, as well as its verification and validation, while the latter would be entities that participate in the monitoring and operation of AI systems. Since the bill imposes different liability rules for each agent, their precise definition is a core aspect.

Meanwhile, the Executive branch moved to reclaim its leading role in AI governance, taking advantage of the delay in the legislative process of the bills to develop its own strategy, finally published in April 2021. The *Brazilian AI Strategy*<sup>131</sup> has nine pillars, which are grouped into three horizontal axes and six vertical axes. The three horizontal (or thematic) axes are: (i) legislation, regulation and ethical use; (ii) AI governance; and (iii) international aspects. The six vertical (or applied) axes are: (i) education; (ii) workforce and training; (iii) R&D and entrepreneurship; (iv) applications in the productive sectors; (v) applications in government; and (vi) public

---

<sup>128</sup> BRAZIL. *Senate – Bill 5,691/2019*. Available at: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139586>>. Access: 09 Feb. 2020.

<sup>129</sup> For a detailed analysis of Bill 5,051/2019, see: L. PARENTONI – R.S. VALENTINI – T.C.O. ALVES, *Panorama da Regulação da Inteligência Artificial no Brasil: com ênfase no PLS n. 5.051/2019*, in *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*, Santa Maria, v. 15, n. 2, 2020.

<sup>130</sup> BRAZIL. *Chamber of Deputies – Bill 21/2020*. Available at: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340>>. Access: 15 Mar. 2020.

<sup>131</sup> BRAZIL. *Administrative Rule 4,617/2021*. Available at: <[https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de-abril-de-2021-\\*-313212172](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de-abril-de-2021-*-313212172)>. Access: 16 Apr. 2021.

safety. The main criticism is that the strategy is way too abstract, up to the point of being insufficient to guide practical measures.

This overview of some important global AI regulatory initiatives shows that the arguments developed through this study are not the author's voice alone but find eco in numerous international sources.

7. – There seems to be a misalignment between what AI *can* currently deliver to mankind and the results some people *expect* from it. Therein comes the central question of this study: *what should we reasonably expect from AI?* The author tried to provide a scientific and solid grounded answer to that question, contributing to a realignment of expectations around AI systems, considering their current stage, both in the lab and in the field.

To reach that answer this study developed a systematic analysis of some core factors. First, is the fact that AI is not a single, monolithic concept. On the contrary, it embraces a wide variety of applications, in different market sectors, based on a vast array of techniques and models, used for way too different purposes. Therefore, the assessment should be made *on a case-by-case basis*, considering *the actual system and the developers' and retailers' strategies* to introduce it in the market. After all, different purposes and strategies may implicate different kinds of risks. Second, the assessment must *identify the level of AI interference in human decision-making* since each level poses different kinds of problems and risks. To help with that, the author proposed a 3-level categorization explained through the text, as a reasoning tool for guiding the assessment of most situations.

This study then elaborates on 3 core criteria for evaluating an AI system: 1) the *accuracy rate*; 2) *level of transparency/explainability*; and 3) special situations of regulatory interference, to forbid the use of some systems due to their unacceptable risks (*ban on AI autonomy*) or at least to impose a meaningful human intervention, able to override the system's decision, if necessary be (*human in the loop*). Making it clear that *these criteria must be jointly evaluated*, since they interfere with each other. It also highlights that the excessive focus on just one of them (as the usual focus on accuracy or transparency) can not only compromise innovation but also curtail competitiveness and wellbeing, as the cases mentioned in the text illustrate, a point also recognized by the OECD and other international sources.

Finally, acknowledging that AI is constantly changing and evolving, this research tried to provide more abstract and time-proof criteria to set what we should reasonably expect from AI in each context. There is certainly room for further developments in the area and this study will have served its purpose by contributing to the debate.

----

**Abstract**

**WHAT SHOULD WE REASONABLY EXPECT  
FROM ARTIFICIAL INTELLIGENCE?**

L'intelligenza artificiale (o semplicemente AI) è una delle tecnologie più pervasive e all'avanguardia del nostro tempo. È già presente in diversi settori, come l'agricoltura, l'industria, il commercio, l'istruzione, i servizi professionali, le città intelligenti, la difesa informatica e così via. Tuttavia, sembra esserci un disallineamento tra ciò che i sistemi di IA possono attualmente fornire all'umanità e i risultati che alcuni si aspettano da essa. Questo disallineamento originario porta a due risultati indesiderati. In primo luogo, alcune persone si aspettano dall'IA risultati che essa, almeno nel suo attuale stadio di sviluppo, non è in grado di fornire. In secondo luogo, le persone sono insoddisfatte di ciò che l'IA è già in grado di fornire, anche se in molti contesti tali prestazioni possono essere sufficienti.

In questo articolo, l'autore sottolinea come questo disallineamento originario derivi dalla falsa premessa che i sistemi di IA debbano sempre fornire tassi di accuratezza elevati, molte volte superiori agli standard umani, indipendentemente dal contesto. Illustrando le diverse applicazioni di mercato comprese nel termine generale "IA", l'autore dimostra che non si tratta di un concetto unico e monolitico. Al contrario, l'IA abbraccia un'ampia varietà di applicazioni settoriali, ognuna delle quali ha scopi diversi, rischi intrinseci e accuratezza desiderata. L'articolo dimostra poi che ogni scopo dovrebbe puntare a un diverso tasso di accuratezza e trasparenza, caso per caso. A seconda del contesto, i sistemi di IA sono più che benvenuti, anche se alla fine forniscono tassi di accuratezza o trasparenza inferiori agli standard umani. Di conseguenza, l'autore sostiene un riallineamento delle aspettative finalizzato a 1) collegare il dibattito a ciò che l'IA è sia in laboratorio che sul campo; 2) comprendere meglio il suo potenziale e i livelli di accuratezza e trasparenza accettati in ogni contesto, considerando i diversi scopi e i rischi intrinseci dell'attività da automatizzare; e 3) fornire una guida più solida a regolatori, sviluppatori e clienti.

\*\*\*

*Artificial Intelligence (or just AI) is one of the most pervasive and cutting-edge technologies of our time. It is already present in a variety of sectors, such as agriculture, industry, commerce, education, professional services, smart cities, cyber defense, and so forth. However, there seems to be a misalignment between what AI systems can currently deliver to mankind and the results some people expect from it. This original misalignment leads to two unwanted outcomes. Firstly, some people expect results from AI that it – at least in its current stage of development – simply cannot deliver. Secondly, people are dissatisfied with what AI is already capable of providing, even though such provisions may be enough in many contexts.*

*In this article, the author points out that this original misalignment stems from the false premise that AI systems should always provide high accuracy rates, many times higher than human standards, no matter the context. By unfolding different market applications included in the general term "AI", the author demonstrates that it is not a single, monolithic concept.*

*On the contrary, AI embraces a wide variety of sector-specific applications, each of them with different purposes, inherent risks, and desired accuracy. The article then demonstrates that each purpose should target a different accuracy and transparency rate, on a case-by-case basis. Depending on the context, AI systems are more than welcome, even if they eventually provide accuracy or transparency rates lower than human standard. Consequently, the author advocates for a realignment of expectations fine tuned to 1) connecting the debate to what AI is both in the lab and in the field; 2) better understanding its potential as well as its accepted levels of accuracy and transparency in each context, considering different purposes and inherent risks of the activity to be automated; and 3) providing more solid guidance to regulators, developers, and customers.*

-----

## IL RISPETTO DELL'INTANGIBILITÀ DELLA REGOLA DELL'ESONERO DEL DATORE DI LAVORO

MARIANGELA FERRARI  
*Professore associato  
nell'Università di Brescia*

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. Le norme del Testo Unico e la Corte Costituzionale. – 2.1. L'ingiustificato cambio di visione della giurisprudenza. – 2.2. I parametri per l'accertamento della fattispecie come reato. – 2.2.1. L'interpretazione delle Sez. Un. dell'art. 2947, comma 3, c.c. – 2.2.2. L'uso degli strumenti penalistici come elemento discriminatorio del lavoratore. – 3. La lettura delle Sezioni Unite in tema di *compensatio lucri cum damno*.

1. – Secondo la Costituzione italiana il Parlamento esercita collettivamente, a mezzo di entrambe le Camere, la funzione legislativa (art. 70), mentre la magistratura, autonoma e indipendente, è soggetta soltanto alla legge (art. 101), ed esercita la funzione giudiziaria attraverso le regole del giusto processo (art. 111)<sup>132</sup>.

La Suprema Corte di Cassazione, articolata in sezioni semplici e sezioni unite, esercita una funzione nomofilattica del diritto, di tal che assolve al compito di “garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale” (art. 65, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, l. ordinamento giudiziario) attribuendo un significato uniforme alla legge in un'azione interpretativa sinergica a quella della dottrina.

In particolare il ruolo della Cassazione a Sezioni Unite assume una rilevanza significativa stante sia la funzione di arbitro nei casi di elevata difficoltà ermeneutica (contrasto fra sezioni semplici), sia la autorevolezza

---

<sup>132</sup> Sulle criticità che hanno fatto perdere la centralità alla legge ordinaria v. E. LUPO, *Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale – System of sources, jurisprudential law and criminal law*, in *Cass. Penale*, 2022, 2, 404 ss., il quale riconosce: “La crisi della legge ha comportato un maggiore spazio acquistato dall'interpretazione e quindi dalla giurisprudenza, tanto che ormai si è soliti configurare un diritto giurisprudenziale, costituito dai precedenti giudiziari, affiancato al diritto legislativo. (...) È opportuno subito precisare i limiti di questa ‘creazione’: le norme poste a base della decisione giudiziaria *debbono essere compatibili con le leggi prodotte dal legislatore, le quali a loro volta devono essere compatibili con la Costituzione*”; ulteriori approfondimenti in G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 19.

della composizione e le capacità persuasive che vengono tradizionalmente collegate a tali pronunce<sup>133</sup>.

Resta però al momento ferma l'affermazione della Corte Costituzionale<sup>134</sup> che stabilisce: "L'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni Unite aspira indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma – come lo stesso remittente riconosce – si tratta di connotati solo tendenziali, in quanto basati su un'efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente persuasivo. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della decisione di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni Unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni in fatto è accaduto". Se ne deduce che anche l'organo giurisdizionale supremo, posto al vertice della gerarchia giudiziaria, nella libertà di interpretazione della legge, non può assumere funzioni legislative attraverso la pronuncia delle sentenze che restano principi di diritto prevalentemente assertivi delle regole del caso concreto<sup>135</sup>.

La funzione nomofilattica e il diritto vivente<sup>136</sup> che adeguano le norme ai tempi, non possono d'altro canto rappresentare un modo surrettizio di abrogazione della normativa in vigore, potendo, al più, sollecitare il Parlamento ad intervenire laddove vengano rilevate lacune o antinomie giuridiche che minino l'ordine del sistema<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> Si veda sul punto S. CLAUDANI, *Dubbi di costituzionalità sulla disciplina dell'obbligo di rinvio tra sezioni semplici e unite*, in *Giur. Cost.*, 2021, 4, 1911 ss.

<sup>134</sup> C. Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>135</sup> Pur non facendo parte della presente ricerca è opportuno segnalare il valore di vero e proprio precedente "legislativo" per tutti i soggetti giuridici della Comunità, la funzione nomofilattica della Corte di giustizia europea, sul punto v. A. BARONE, *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. Amm.*, 2020, 3, 557 ss.

<sup>136</sup> Sulla rilevanza del diritto giurisprudenziale o vivente determinata anche dalla distinzione fra disposizione e norma v. S. DE MATTEIS, *Principio di uguaglianza e giusta decisione: verso un diritto diseguale?*, in *Giust. civ.*, 2021, 2, 243, e ivi ulteriori riferimenti.

<sup>137</sup> M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto fra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *Federalismi*, 2017, 23, in cui l'A. afferma: "I principi non possono però sostituire le regole: come sottolineato in altre occasioni, uno Stato costituzionale fondato sulla separazione dei poteri e sul primato delle regole dettate dagli organi rappresentativi della volontà popolare non è compatibile con l'abdicazione del potere normativo a soggetti privi di responsabilità politica (il riferimento è ai poteri regolatori delle AA indipendenti) e, tanto meno, con l'attribuzione alla giurisprudenza di un ruolo di supplenza nella creazione delle regole", in cui ampi riferimenti bibliografici; sul ruolo di "ordinatore" delle regole e

Non si può neppure prescindere dal fatto che, nel nostro ordinamento, l'interpretazione *contra legem* non è mai ammissibile: l'art. 12 delle Preleggi afferma in termini inequivocabili che "nell'applicare la legge, non le si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore"<sup>138</sup> così che questa premessa risulta necessaria per verificare, in questo nostro lavoro, se la giurisprudenza, sul tema del danno differenziale, si è limitata a realizzare una legittima interpretazione adeguatrice e illuminata della normativa contenuta negli artt. 10 e 11 D.P.R. n. 1124 del 1965, necessaria a seguito degli interventi della Corte Costituzionale, innescando un inevitabile "processo di erosione" della regola dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile verso il lavoratore in caso di infortunio sul lavoro<sup>139</sup>,

---

non di loro "creatore", spettante al giudice, cfr. efficacemente A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. for.*, 3-4, 2014. La tendenza alla giurisprudenza "creativa" è nettamente criticata da N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 57 ss. Sui rischi di "deriva" della funzione nomofilattica, v. anche C. CONSOLO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, in *Rass. for.*, 3-4, 2014, 621 ss., il quale osserva che "la 'nomofilachia allo stato puro' [...] si scontra frontalmente con il concetto di giurisdizione, e quindi anche con il concetto di giurisprudenza. Quello che invece la Corte di cassazione deve propinare al sistema è evidentemente una forma di guida coerenziatrice nell'interpretazione del diritto, che può avere quel plusvalore di autorevolezza solo se è costantemente radicata nel caso concreto e nella cooperazione alla sua giusta soluzione". Per un approfondimento circa le visioni della dottrina favorevole all'applicazione diretta della Costituzione, e alla lettura costituzionalmente orientata si veda G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 3, 2016, p. 443-508; M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, 2016, p. 391-476.

<sup>138</sup> Ci sembra assai importante sul punto il recentissimo intervento della Cassazione a Sezioni Unite, con pronuncia del 6 dicembre 2021, n. 38596, in *www.iusexplorer.it* che ha dedicato un intero punto all'art. 12 preleggi, affermando che il dovere primario del giudice è di perseguire, fra le diverse possibili e plausibili interpretazioni delle norme, quella più corretta e non una qualsiasi di quelle che il testo consente, ma precisando che: "certo essendo altresì, che il giudice non crea il diritto, ma opera secondo i criteri ermeneutici noti ed entro i limiti del diritto positivo (Cass. 2 ottobre 2018, n. 23950), atteso che le scelte di politica del diritto sono riservate al legislatore e al giudice compete solo di interpretare la norma nei limiti delle opzioni ermeneutiche più corrette dell'enunciato (Cass. Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597). È in tal senso, pertanto, che la funzione assolta dalla giurisprudenza è di natura *dichiarativa*, giacché riferita ad una preesistente disposizione di legge, della quale è volta a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata con esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa (così Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061)".

<sup>139</sup> Il riferimento è alla complessa, ma certo esemplare, pronuncia della Cassazione, sez. lavoro, 19 giugno 2020, n. 12041, in cui, al termine di lunghe e

ovvero, come a noi pare, ci sia stata un'operazione interpretativa così radicale, da potersi considerare "creativa", e perciò ingiustificata, tale da sovvertire l'originaria impostazione legislativa con rilevanti conseguenze giuridiche<sup>140</sup>.

2. – L'*incipit* è rappresentato dal D.P.R. n. 1124 del 1965, art. 10, comma 1<sup>141</sup>, in cui l'assicurazione obbligatoria prevista a carico del datore di lavoro

---

complesse argomentazioni, è stata affrontata "la questione dei criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro in caso di azione del lavoratore proposta per il risarcimento del danno cd. *differenziale* derivante da infortunio o malattia professionale e, per connessione, nell'ipotesi di azione di regresso esercitata dall'INAIL", in *www.iusexplorer.it*.

<sup>140</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 10, in cui l'A. afferma che nonostante sia positiva la spinta ad un'interpretazione giurisprudenziale stabile e uniforme: "Bisogna però evitare di confondere l'esigenza di uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale, da cui l'importanza, innegabile, della nomofilachia spettante alla Corte di Cassazione e all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per dirimere contrasti giurisprudenziali in presenza di lacune normative o di disposizioni poco chiare, ovvero per cercare di aggiornare, adattare e adeguare l'ordinamento scritto all'evoluzione socio-economica (Cass., SS.UU. 23675/2014), con la sostituzione del giudice al legislatore: il giudice, come ben sottolineato da Guido Corso non può essere 'nomoteta' e non è quindi giustificato se, discostandosi dalla finalità propria della nomofilachia, contrappone la sua 'scelta' della norma/regola migliore al chiaro dettato delle leggi più recenti e alla chiara *voluntas legis* espressa dal legislatore nel medesimo contesto socio-economico. Più che opportuno adeguamento ai cambiamenti, si realizza in questo caso quella che è stata definita 'una sorta di fuga dal dato positivo, che, con l'ausilio del ricorso ai principi (spesso "autoprodotti") talune volte viene manipolato fino a stravolgerlo, oppure ignorato, spesse volte disapplicato". Cfr. anche L. PASSANANTE, *Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1, 79 ss. Sul tema della tendenza, non condivisa, della Cassazione a volersi porre come organo con l'ultima parola anche su questioni di non propria competenza v. A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della cassazione fra costruzione e decostruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 31 ss.

<sup>141</sup> Il testo dell'art. 10 Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali sancisce: "L'assicurazione a norma del presente decreto esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro.

Nonostante l'assicurazione predetta permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato.

Permane, altresì, la responsabilità civile del datore di lavoro quando la sentenza penale stabilisca che l'infortunio sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro, se del fatto di essi debba rispondere secondo il Codice civile.

Le disposizioni dei due commi precedenti non si applicano quando per la punibilità del fatto dal quale l'infortunio è derivato sia necessaria la querela della persona offesa.



lo esonera dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nell'ambito dei rischi coperti dall'assicurazione, con i relativi limiti oggettivi e soggettivi, per cui laddove la copertura assicurativa non interviene per mancanza di presupposti, l'esonero non opera. I commi successivi al primo prevedono l'esclusione dell'esonero in caso di "condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio o la malattia professionale è derivato".

L'assicurazione obbligatoria per infortuni e malattie professionali era nata storicamente con una finalità di "compromesso sociale" volto da un lato ad imporre l'obbligo di corrispondere i premi assicurativi in capo al datore di lavoro, al quale però, secondo una logica assicurativa quasi privatistica, si riconosceva l'esonero dall'obbligo di risarcire il danno al lavoratore dipendente, tranne nei casi in cui il comportamento e/o l'azione datoriale fossero riconducibili ad una fattispecie di reato<sup>142</sup>.

---

Qualora sia pronunciata sentenza di non doversi procedere per morte o per amnistia, il giudice civile, in seguito a domanda degli interessati, proposta entro tre anni dalla sentenza, decide se, per il fatto che avrebbe costituito reato, sussista la responsabilità civile a norma dei commi secondo, terzo e quarto del presente articolo.

Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore dell'indennità che, per effetto del presente decreto è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto.

Quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma degli articoli 66 e seguenti.

Agli effetti dei precedenti commi sesto e settimo l'indennità d'infortunio è rappresentata dal valore capitale della rendita liquidata, calcolato in base alle tabelle di cui all'art. 39".

<sup>142</sup> Per un preciso resoconto e approfondimento storico sul passaggio dalla logica della responsabilità per colpa dell'imprenditore alla responsabilità per rischio e poi, con il prevalere del socialismo giuridico, all'approdo nel sistema assicurativo v. L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile – Alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1986, 123-134, in cui l'A. afferma: "L'imprenditore è dunque responsabile *incolpevole* di tutti gli infortuni dei dipendenti, anche di quelli fortuiti o dovuti a colpa lieve dell'operaio che, *stricto jure*, non dovrebbero essergli addebitati; però come contropartita per questa eccezionale ampiezza della responsabilità, gli si consente di scaricarsene, assicurandosi appunto contro il rischio di infortuni. Si è passati in un sistema del tutto diverso: alla responsabilità, soprattutto quella amplissima del rischio professionale, si è sostituita la garanzia. Il rischio professionale, non appena accettato, viene subito depurato di ogni offensività, e comincia ad acquistare valore eminentemente transattivo, nel senso di chiamare ognuna delle parti in causa ad un sacrificio: l'imprenditore a sopportare il rischio di eventi *fortuiti*, con la possibilità, però, di scaricare tutto sull'ente assicuratore; il lavoratore a ricevere una copertura parziale, estesa però anche agli infortuni *fatali*; conferma la logica transattiva della deroga ai principi fondamentali del codice civile vigente del 1865 con la finalità di "sostituire l'ingiustizia del mancato risarcimento con quella più tollerabile dell'indennizzo forfettario" L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, 1994, 101-104, per la quale la l. 17 marzo 1898 n.80 incorpora un "metodo realistico e

La logica della normativa, ispirata da quella precedente, era quella “transattiva” volta ad evidenziare la vocazione al contemperamento dei contrapposti interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro: “Gli imprenditori finivano con il pagare sotto specie di premio di assicurazione il costo di quei danni per i quali o già non dovevano rispondere per difetto di colpa o non venivano resi responsabili a seguito della limitazione della responsabilità civile ai soli fatti costituenti reato e perseguibili d’ufficio”<sup>143</sup>.

La dottrina si è successivamente divisa nella ricostruzione del fondamento giuridico dell’assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro; se l’opinione più datata e tradizionale ne ha fondato l’operatività sul criterio del rischio professionale, ad essa si è poi opposta l’opinione di chi, definendo quella “un falso storico”, riteneva di dover superare la linea transattiva “attraverso la scelta radicale tra assicurazione sociale e responsabilità civile”<sup>144</sup>.

Come già affermato altrove<sup>145</sup>, nonostante le innegabili differenze caratterizzanti l’assicurazione sociale obbligatoria dall’assicurazione privata contro i danni e sulla vita, le stesse non sono mai state ritenute sufficienti a superare il “concetto unitario del contratto assicurativo basato comunque sul trasferimento del rischio in capo ad un unico soggetto e sul carattere aleatorio del modello contrattuale”.

Il lungo dibattito alle radici della prima legislazione sugli infortuni sul lavoro che aveva manifestato posizioni di netta alternanza nella

---

transattivo”: “Essa, infatti, consentiva ai lavoratori di ottenere un indennizzo forfettario in ogni caso di infortunio, compresi quelli determinati dal fortuito o dalla forza maggiore, mentre imponeva all’imprenditore il solo obbligo di stipulare un contratto di assicurazione contro il rischio del risarcimento”.

<sup>143</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 381.

<sup>144</sup> C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 397, in cui afferma: “non sembra infatti ragionevole l’altro modello astrattamente ipotizzabile e implicitamente accolto da parte della letteratura per il superamento del sistema attuale: quello che preveda simultaneamente e integralmente assicurazione e responsabilità civile dell’imprenditore”; per la ricostruzione dell’iter legislativo con ampio commento v. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991, in particolare 459 e ss. in cui riferendosi alla legge del 1898: “La legge, si afferma unanimi, si fonda sul principio del rischio professionale. [...]. Con la scelta del rischio professionale, [...], il legislatore ha scelto l’idea moderna più vera e esatta, quella di fondare nel diritto pubblico e in questo soltanto la soluzione del problema. È partendo da tale certezza che occorre affrontare la lettura della legge, accettando una verità indiscutibile e che deve costantemente illuminare chi è chiamato ad applicare la legge in questione e cioè che il rischio professionale e la responsabilità civile sono due termini assolutamente inconciliabili fra loro”, sul significato di esonerare gli imprenditori dalla responsabilità civile A. BRUSCHETTINI, *La responsabilità civile dell’imprenditore secondo la legge 17 marzo 1898*, in *Riv. infortuni lav.*, 1899, 3 ss.

<sup>145</sup> M. FERRARI, *L’attuale modello di compensatio lucris cum damno valido per il superamento del danno differenziale quantitativo*, in *Contratto impr.*, 2021, 1230 ss.

considerazione che fosse espressione dei principi fondanti la responsabilità nel codice civile piuttosto che della finalità solidaristica verso i lavoratori, non si identificava in una alternatività escludente fra assicurazione contro i danni e assicurazione sociale obbligatoria.

Il datore di lavoro si trovava costretto dalla legge a stipulare un contratto assicurativo con INAIL al fine di coprire i rischi di infortunio o di malattia professionale del proprio lavoratore, cui avrebbe dovuto provvedere per spirito solidaristico, a prescindere da una sua eventuale "colpa" nel verificarsi del fatto, così come un cittadino qualunque poteva decidere (liberamente) di coprirsi dal rischio di un evento dannoso per il proprio patrimonio stipulando un contratto con una compagnia assicurativa; entrambi pagavano un premio determinato e fisso a fronte del beneficio di vedersi sollevati dal risarcire i danni nel caso in cui si verificasse l'evento.

Risulta logico ed equo il paradigma, imposto dalla legge, che a fronte della corresponsione dei premi il datore di lavoro sia "esonero" dall'obbligo di risarcire i danni al lavoratore infortunato o malato e quindi dalla responsabilità civile; soltanto in casi di un aggravio di responsabilità derivante da un comportamento configurabile come reato, lo stesso non potrà avvantaggiarsi dell'esonero, quasi come se l'esclusione dall'esonero rappresentasse una sanzione per l'azione illecita commessa.

In una diffusa mentalità assistenzialista, più che solidaristica, il sistema dell'esonero viene più volte attaccato dalla magistratura ordinaria, ma ancora una volta, nel 1991, la Corte Costituzionale <sup>146</sup>, cui viene sottoposta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 1 e 2, d. P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 in relazione all'istituto dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile relativa agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali "nella sua globalità", osserva che la questione è stata: "Già ripetutamente esaminata e respinta da questa Corte (sentenze nn. 22 del 1967 e 74 del 1981). Ma prima ancora di affrontarne il riesame, [...], è decisivo osservare che il nostro sistema previdenziale-assicurativo in materia di infortuni sul lavoro è fondato su equilibri di interessi, di diritti, di prestazioni. Ciò significa che l'integrale eliminazione dell'istituto dell'esonero – ormai circoscritta ad ipotesi assai limitate – comporterebbe una ristrutturazione del sistema che non potrebbe che essere opera del legislatore". Sul punto pare confermata la logica "transattiva" fra datore di lavoro e lavoratore che il sistema assicurativo "obbligatorio" riusciva a garantire.

La posizione della Corte Costituzionale è chiara nel ritenere che "l'istituto dell'esonero, [...], è strettamente inserito nel vigente sistema previdenziale-assicurativo, come uno degli aspetti del complesso rapporto

<sup>146</sup> Si tratta della sentenza del 18 luglio 1991, n. 356.

tra oggetto dell'assicurazione, erogazione dei contributi, prestazioni assicurative. Esso costituisce una garanzia, per la quale – nell'ambito dei rischi coperti da assicurazione ed in relazione ai quali il datore di lavoro eroga i contributi – egli non è tenuto al risarcimento del danno, salvo, in caso di colpa, l'azione di regresso dell'ente e, in caso di reato, l'azione di risarcimento del danno differenziale da parte dell'infortunato".

L'assicurazione sociale, che copre soltanto parte dei rischi, prevede l'esonero; essa è delimitata da presupposti soggettivi e oggettivi, quindi dove non opera l'assicurazione sociale non opera neppure l'esonero da responsabilità<sup>147</sup>; in altri termini paghi i premi per godere dell'esonero da responsabilità senza colpa e/o senza reato per i danni coperti dall'assicurazione obbligatoria, conciliandosi in tal senso una visione anche in parte solidaristica, dal momento che i premi vengono corrisposti dal datore di lavoro.

La situazione, sotto questo profilo, non si modifica nemmeno con l'estensione dell'indennizzo INAIL al danno biologico con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 38 del 2000<sup>148</sup>, per il quale, diventando attiva, cioè inclusiva, la garanzia assicurativa obbligatoria, diviene operativo anche l'esonero.

Dato per assodato che il sistema dell'esonero può essere modificato e/o smantellato solo ed esclusivamente con l'intervento del legislatore, ciò significa che il datore di lavoro deve essere chiamato a risarcire il danno differenziale solo e soltanto se il fatto che abbia generato l'infortunio o la malattia sia configurabile come reato<sup>149</sup>.

2.1. – La giurisprudenza più recente<sup>150</sup> si è pronunciata circa i criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro in caso di azione del lavoratore proposta per il risarcimento del danno "differenziale" derivante

<sup>147</sup> Testualmente la Corte Cost., 356/91: "L'esonero opera pertanto all'interno e nell'ambito dell'oggetto dell'assicurazione, così come delimitata dai suoi presupposti soggettivi ed oggettivi. Laddove la copertura assicurativa non interviene per mancanza di quei presupposti, non opera l'esonero: e pur trovando il danno origine dalla prestazione di lavoro, la responsabilità è disciplinata dal codice civile, senza i limiti posti dall'art. 10 del T.U. del 1965. Come è stato affermato in sintesi dalla dottrina, se non si fa luogo alla prestazione previdenziale, non vi è assicurazione: mancando l'assicurazione, cade l'esonero".

<sup>148</sup> Si consideri che nel 1991 la Corte Cost. aveva avanzato un esplicito invito rivolto al legislatore già nella pronuncia n. 87, ripresa nella n. 356, "ad un intervento diretto ad una riforma del sistema assicurativo idonea ad apprestare una piena ed integrale garanzia assicurativa rispetto al danno biologico derivante da infortunio sul lavoro o da malattia professionale".

<sup>149</sup> Resta superata la "condanna" a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale già citate 102/81 e 118/86.

<sup>150</sup> Il riferimento è alla strutturata pronuncia della Cass., sez. lavoro, 19 giugno 2020, n. 12041; richiamata anche da Cass., 8 marzo 2022, n. 7477, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

da infortunio o malattia professionale e, per connessione, nell'ipotesi di regresso esercitata dall'INAIL.

La soluzione da adottarsi può essere duplice: da un lato l'ipotesi, ispirata dal riconoscere un senso ed un contenuto alla regola dell'esonero ancora pienamente in vigore, che il giudice civile, cui spetta la decisione in taluni casi, debba "porsi come il giudice penale, adottando gli stessi criteri di giudizio e la stessa metodologia di controllo"; dall'altro, argomentando dai disposti normativi di cui agli artt. 32 e 38 Cost., la proposta che "nel giudizio civile operino le regole di accertamento previste innanzitutto dagli artt. 1218 e 2087 c.c., dichiarando così superato il modello della transazione sociale, che ha storicamente dato vita al D.P.R. n. 1124 del 1965, artt. 10 e 11, in favore di una logica in cui il pagamento del premio costituisce la forma di finanziamento di una tutela previdenziale"<sup>151</sup>.

La scelta recente della Cassazione cade sulla seconda opinione con una serie di argomentazioni relative alle sentenze della Corte Costituzionale (n. 22 del 1967, n. 102 del 1981, n. 118 del 1986, n. 372 del 1988) e, come momento dirimente, l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale che sancisce l'assoluta autonomia e separazione tra giudizio penale e giudizio civile e il ripudio del "principio di unità della giurisdizione e di prevalenza del giudizio penale, in favore di quello della parità e originarietà dei diversi ordini giurisdizionali e dell'autonomia dei giudizi".

I plurimi concorrenti argomenti che la giurisprudenza propone a fondamento della propria scelta non risultano, a nostro parere, decisivi per giustificare un cambio di visione così radicale come quello proposto e confermato, che solo l'intervento legislativo potrebbe giustificare.

In più frangenti si ripete come *obiter dictum* che è opinione comune che l'attuale sistema gestito dall'INAIL ha oramai abbandonato la logica originaria della *transazione sociale*, legata alla corrispettività tra contributi ed esonero, in favore di una funzione di socializzazione del rischio e di tutela previdenziale imposta dall'art. 38 Cost.

È ancora la Cassazione, che ricordiamo ha solo funzione interpretativa e nomofilattica e non legislativa, che afferma <sup>152</sup> che: "Il fondamento della tutela assicurativa, ai sensi dell'art. 38 Cost., deve essere ricercato, non tanto nella nozione di rischio assicurato o di traslazione del rischio, ma nella protezione del bisogno a favore del lavoratore, considerato in quanto persona; dato che la tutela dell'art. 38 non ha per oggetto l'eventualità che l'infortunio si verifichi, ma l'infortunio in sé"; e quindi "ha negato che il premio assicurativo abbia la funzione di delimitare la tutela assicurativa a

---

<sup>151</sup> Così Cass. n. 12041/2020.

<sup>152</sup> V. Cass. n. 5066/2018.

rischi precisamente individuati in base alle tabelle; assolvendo invece la precipua funzione di provvedere al finanziamento del sistema”.

In realtà a noi pare questa una lettura parziale del dettato costituzionale, poiché nell’ultimo comma dell’art. 38 Cost., l’Assemblea Costituente pose a carico dello Stato, articolato in organi o istituti, la finalità solidaristica assistenziale-previdenziale, senza fare cenno né al sistema assicurativo né ai privati.

Non solo. L’art. 38 Cost., equiparando nel comma 2 l’infortunio e la malattia professionale alla invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria, ha posto le basi del sistema assistenzialistico-previdenziale come garanzia sociale a carico della fiscalità generale e collettiva.

Pertanto non pare giustificata né giustificabile, in assenza di un intervento legislativo volto a modificare le basi del sistema dell’assicurazione obbligatoria, un’applicazione della normativa vigente che, presuntamente fondata su una lettura costituzionalmente orientata, stravolga sino a sovvertire ed erodere definitivamente la regola dell’esonero del datore di lavoro per i casi di indennizzo dovuti in assenza di reato.

Non pare equo porre a carico di una parte il finanziamento del sistema assistenzialistico-previdenziale che la Costituzione ha posto a carico dello Stato.

2.2. – La giurisprudenza ha inoltre avanzato alcune argomentazioni a giustificazione della scelta a favore dell’uso dei criteri civilistici che determina un chiaro e conseguente svuotamento della regola dell’esonero, andando ben oltre i limiti del proprio operato in funzione nomofilattica.

2.2.1. – Nel diritto vivente si osserva che il disposto normativo in materia di prescrizione, che deroga alla regola generale nel caso in cui “il fatto è considerato dalla legge come reato” applicando il diverso e più lungo termine di prescrizione previsto per il reato anche all’azione civile, sia stato interpretato<sup>153</sup> nel senso che “il fatto deve avere gli elementi sostanziali soggettivi e oggettivi del reato, astrattamente previsto, ma non postula che sia procedibile ovvero si sia proceduto penalmente”.

Tale disciplina, contestualizzata dopo l’entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, porterebbe a considerare che “attualmente costituisce punto fermo che il Giudice civile si può avvalere nell’ambito dei suoi accertamenti in merito all’esistenza del fatto considerato come reato, di tutte le prove che il rito civile prevede”.

In conclusione, data l’eco di tale interpretazione in altri contesti, la Cassazione (12041/20) ritiene che tale ragionamento “sia necessariamente

---

<sup>153</sup> Il riferimento è alla pronuncia della Cass., Sez. Un., n. 27337/2008.

applicabile, per coerenza di sistema, anche all'ipotesi in cui il giudice dell'azione civile debba accertare se i fatti da cui derivi l'infortunio o la malattia costituiscano reato perseguibile d'ufficio ai sensi del D.P.R. n. 1124 del 1965, artt. 10 e 11".

Ora va rilevato che questa argomentazione attiene alla circostanza che il fatto che costituisce reato possa ricorrere anche solo in via astratta e non concreta, ma questo non giustifica che quell'accertamento della fattispecie di reato, con i suoi elementi soggettivi e oggettivi, si debba fare con i criteri del giudizio civile e non con quelli del giudizio penale, che nessuno dubita profondamente diversi tra loro, sia in termini di onere probatorio che di accertamento del nesso di causalità.

D'altra parte questa nostra interpretazione è conformante rispetto alle pronunce della Corte Costituzionale (102/81 e 118/86) che hanno riconosciuto la possibilità che il giudice civile possa accertare il fatto di reato nel caso in cui tale accertamento non sia stato condotto avanti il giudice penale o per l'archiviazione o per il proscioglimento in sede istruttoria del datore di lavoro o suo dipendente, ma non affermano mai che tale accertamento vada operato con i criteri del giudizio e/o responsabilità civile e non penale<sup>154</sup>.

La questione affrontata e risolta con una parziale dichiarazione di incostituzionalità si è giocata sulla mancata partecipazione di INAIL (e/o del lavoratore) al procedimento penale contro il datore di lavoro, tale da rappresentare un *vulnus* al loro diritto di azione (e di difesa), dal momento che la legge lo fa dipendere dalla condanna penale.

Nessun accenno ai criteri da applicarsi nell'accertamento, così che parrebbe più opportuno confermare che per accertare la responsabilità penale si debbano utilizzare i parametri tipici del giudizio penale, criteri che consentono alla regola dell'esonero di mantenere un significato compiuto e applicabile, dal momento che ancora né il legislatore ha abrogato la norma, né la Corte Costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale.

2.2.2. – Altra argomentazione si fonda sul fatto che, secondo il modello penalistico, l'onere probatorio al fine di dimostrare la responsabilità è decisamente più gravoso rispetto alle più agevoli regole di accertamento

---

<sup>154</sup> Anzi la Corte Costituzionale, 19 giugno 1981, n. 102 ritiene "più corretto interpretare gli impugnati artt. 10 e 11 del citato testo unico n. 1124 del 1965 alla stregua del principio generale espresso dall'art. 185 c.p. nel senso che il titolo giuridico della responsabilità del datore di lavoro, e il conseguente diritto di regresso dell'INAIL, va individuato nella sentenza di condanna come atto di accertamento che i fatti da cui deriva l'infortunio costituiscano reato sotto il profilo dell'elemento soggettivo e oggettivo".

della responsabilità civile<sup>155</sup>; pertanto questo aggravio, sottoponendo il lavoratore infortunato ad un trattamento peggiore, mostrerebbe profili di tensione con l'art. 3 della Cost. nel combinato disposto con l'art. 38 Cost., che intende garantire protezione ai lavoratori in caso di infortunio o malattia.

Quali criticità di questo argomento: in primo luogo se la regola dell'esonero impone l'accertamento di una responsabilità di rilevanza penale per essere superata, la discriminazione colpirebbe il datore di lavoro trattato in modo peggiore e gravoso rispetto al disposto normativo.

In secondo luogo la vera discriminazione fra lavoratore infortunato e altro soggetto parrebbe determinata dall'esistenza di tabelle che quantificano diversamente il medesimo danno subito; infatti le tabelle, cui INAIL si riferisce per la liquidazione dell'indennizzo, sono diverse e comportano mediamente una quantificazione dell'indennizzo che risulta sensibilmente inferiore rispetto al risarcimento del danno, frutto del calcolo delle tabelle usate in sede di responsabilità civile.

L'uniformazione delle tabelle dovrebbe essere la soluzione del problema del danno differenziale quantitativo che, in tal caso, verrebbe meno con una semplificazione enorme anche dal punto di vista processuale, poiché resterebbe in essere la sola azione in capo al lavoratore per i danni complementari, quelli non coperti dall'assicurazione, che si potrebbero assestare sulle agevoli regole della responsabilità civile contro il datore di lavoro (per questi danni lo stesso non ha corrisposto premi e non vale la regola dell'esonero). Nel caso di un'azione di regresso dell'INAIL verso il datore allorquando l'indennizzo erogato derivi da un fatto qualificabile come reato, l'accertamento secondo i più rigidi criteri del processo penale, giustificerebbe il superamento della regola dell'esonero per i casi di particolare gravità.

Quindi ad una lettura, in apparenza costituzionalmente orientata della legge (T.U. 1124/65), che svuota radicalmente la regola dell'esonero, più volte dichiarata costituzionalmente legittima e salvata dalla Corte Costituzionale, si può (e deve) contrapporre una lettura che attribuisce un significato compiuto e preserva l'applicabilità della norma in vigore.

La soluzione alla spinosa questione di una presunta discriminazione verso il lavoratore pare poter essere quella di adeguare le tabelle che contengono i parametri per quantificare e liquidare gli importi dovuti a titolo di indennità INAIL a quelle del risarcimento del danno in sede civile.

---

<sup>155</sup> E risulta corretto sia così poiché "il particolare rigore richiesto per l'accertamento della responsabilità penale si spiega con la necessità di superare la presunzione di innocenza, in rapporto con la libertà personale in gioco, mentre nella responsabilità civile prevalgono le finalità di tutela della vittima dell'illecito essendo essa dominata dalla funzione riparatoria e compensativa" (Cass. n. 12041/2020).



L'utilizzo di tabelle adeguate e aggiornate come quelle utilizzate in caso di risarcimento del danno in sede civile, facendo corrispondere indennizzo e risarcimento per le sole voci coperte dall'assicurazione eliminerebbe ogni possibile disparità.

Resterebbe comunque evidente che l'indennizzo non sarebbe esaustivo del danno patito dal lavoratore<sup>156</sup> poiché l'assicurazione obbligatoria copre soltanto alcune delle voci di danno che si possono verificare per un sinistro in assenza di reato, per il quale si potrebbe poi richiedere, dimostrandone la sussistenza il risarcimento dei danni complementari, non coperti dall'assicurazione, al soggetto responsabile, giudicato tale attraverso un accertamento effettuato secondo le regole del risarcimento del danno civilistico, poiché fuori dal disposto normativo regolante l'assicurazione obbligatoria.

In tal senso questa lettura appare anche rispettosa del fatto che tali danni, riflessi nell'indennizzo, vengono riconosciuti in modo automatico al lavoratore, senza gravosi oneri probatori, grazie al fatto che il datore ha corrisposto i premi, mentre per ottenere i cd danni complementari, lo stesso lavoratore, come qualsiasi altro soggetto danneggiato, dovrà dimostrare di averli subiti per poterne pretendere il risarcimento.

In questo contesto il lavoratore sarà privilegiato, esattamente come vuole la Costituzione (art. 38) ottenendo automaticamente l'indennizzo, quantificato in modo uniforme al risarcimento del danno per le sole voci indicate nella copertura assicurativa, quasi come un "risarcimento forfettario", mentre sarà equiparato al resto della popolazione in caso di pretesa di risarcimento totale dei danni, comprensivo cioè dei cd danni complementari.

Allo stesso tempo la responsabilità del datore di lavoro, accertata secondo i criteri della responsabilità penale, eventualmente dal giudice civile, rappresenterà il caso di un comportamento così grave da giustificare l'azione di regresso dell'INAIL e fare in modo che i datori di lavoro colpevoli non si avvantaggino in alcun modo del sistema previdenziale-assicurativo del mondo del lavoro.

3. – La proposta interpretativa sopra descritta mostra coerenza con la lettura giurisprudenziale del danno differenziale alla luce della c.l.c.d.

Le Sezioni Unite<sup>157</sup> hanno dato impulso ad un nuovo corso interpretativo sulla portata applicativa della c.l.c.d., valorizzando "il

---

<sup>156</sup> Così come da tempo la Cassazione sostiene in numerose pronunce a partire da Cass. n. 777/2015; Cass. n. 13689/2015; Cass. n. 3074/2016; e Cass. n. 9112/2019.

<sup>157</sup> Si tratta delle pronunce della Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

collegamento funzionale tra la causa dell'attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria".

Le sentenze "gemelle", nella nuova prospettiva, non hanno modificato l'approccio sino ad ora prevalente in relazione al beneficio di cui all'indennità INAIL rispetto al risarcimento del danno, argomentando che ciò che rileva ai fini del diffalco, cioè ai fini dell'applicazione della c.l.c.d., è la funzionalità del beneficio collaterale: in base alla funzione di quest'ultimo va condotta l'indagine al fine di renderne possibile l'imputazione al risarcimento del danno, in modo che il *quantum* venga ridotto in base a quanto già ricevuto a titolo di indennizzo con le medesime finalità.

Ed in questo senso il Supremo Collegio (12566/18) osserva che l'indagine circa la funzione della rendita INAIL conferma che l'erogazione dell'indennità ha da sempre svolto la "funzione di copertura del pregiudizio occorso al lavoratore", pur con valori monetari diversi rispetto al danno civilistico date le diverse tabelle di riferimento<sup>158</sup>.

Ecco perché da tempo, in caso di infortunio *in itinere* del lavoratore con conseguenze dannose, si considerava applicabile la regola della c.l.c.d. fra indennizzo e risarcimento.

Con l'orientamento criticato, applicativo dei criteri civilistici di accertamento del comportamento datoriale avente rilievo penale, la giurisprudenza tenta di perseguire la finalità lodevole di garantire al lavoratore l'integrale risarcimento del danno, con un mezzo ingiusto, la condanna *ultra lege* del datore di lavoro. Infatti secondo questa tendenza sarebbero sempre meno le ipotesi in cui il datore di lavoro possa sottrarsi al risarcimento del danno differenziale quantitativo, essendo la possibilità di accertare, con i criteri della responsabilità civile, la sussistenza di una fattispecie astratta di reato, la via maestra verso la definitiva soppressione della regola dell'esonero, senza però rispettare le regole costituzionali e democratiche che prevedono che solo il legislatore, come ricordato all'inizio

---

<sup>158</sup> Contrario a questa lettura G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 1049 ss., in cui l'A. afferma che: "Il completo superamento della condizione penalistica dell'esonero assume una valenza tutta particolare dal punto di vista sistematico perché sancisce il definitivo affrancamento della tutela indennitaria dalla originaria finalità sostitutiva della responsabilità civile, così dimostrandone la piena funzione previdenziale che deriva dalla sua collocazione nell'articolo 38, comma 2, della Costituzione. Al contempo, con un percorso esattamente inverso alla originaria fuga dal codice, il risarcimento del danno differenziale viene riconsegnato alle comuni regole della responsabilità contrattuale, sottraendosi alla risalente condizione che imponeva la necessaria ricorrenza di un reato perseguibile d'ufficio", visione ampiamente sconsigliata dalla successiva giurisprudenza in tema di *compensatio lucri cum damno*.

di questo scritto anche dalla Corte Costituzionale, è legittimato a modificare le leggi in vigore ed i risultati che la *ratio* normativa si prefigge.

Al contrario la soluzione al reale e concreto problema di riconoscere un'equa indennità al lavoratore infortunato passa dall'applicazione delle medesime tabelle contenenti i parametri per quantificare le menomazioni subite: l'identificazione della stessa funzionalità riparatoria dell'indennizzo INAIL e del risarcimento del danno annulla ogni possibile giustificazione alla diversa quantificazione delle due poste.

Ignorare tale impostazione manifesta una grave anomalia di sistema: se non è configurabile una diversa funzione fra indennizzo e risarcimento, volti entrambi alla copertura del pregiudizio subito dal lavoratore (Cass., Sez. Un., n. 12566/2018), e vi sono contenute voci di danno coincidenti, non appare giustificato che i criteri legali di determinazione dell'indennizzo differiscano da quelli del risarcimento e possano prescindere dal reale danno subito dal danneggiato<sup>159</sup> nelle singole voci sotto copertura assicurativa.

Tabelle di valutazione del danno aggiornate esistono ed è bene che vadano utilizzate in modo uniforme.

-----

#### **Abstract**

#### **RESPECT FOR THE INTANGIBILITY OF THE EMPLOYER EXEMPTION RULE**

L'esercizio della funzione nomofilattica della giurisprudenza esclude la possibilità di operare abrogazioni e/o significative erosioni normative.

L'esonero del datore di lavoro dall'obbligo del risarcimento del danno differenziale, salvo il caso di condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio o la malattia professionale derivino, è contenuto in una norma di legge che soltanto il legislatore può abrogare o modificare.

La medesima funzione riconosciuta a indennizzo e risarcimento impone per coerenza di sistema la medesima quantificazione e liquidazione.

\*\*\*

*When jurisprudence exercises the nomophylactic function, it's not possible repeal law. The employer's exemption from the obligation to pay compensation for "differential damage", except in the case of criminal conviction, is contained in a rule of law that only the legislature can repeal or amend. The same function recognized to indemnity and compensation requires the same quantification and liquidation for system consistency.*

-----

---

<sup>159</sup> Per un approfondimento in tal senso v. M. FERRARI, *L'attuale modello di compensatio lucris cum damno valido per il superamento del danno differenziale quantitativo*, in *Contratto impr.*, 2021, 1230-1255.

## IL CONDOMINIO CONSUMATORE: IMPLICAZIONI E TUTELE

MARIA NOVELLA BUGETTI

*Professore associato nell'Università di Ferrara*

STEFANO PELLEGGATTA

*Professore a contratto nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Il condominio consumatore: una questione aperta. – 2. Le tutele del condominio consumatore. – 3. Il caso del contratto di appalto e la nuova stagione del c.d. “superbonus”. – 4. Conclusioni.

1. – Da tempo si discute della applicabilità al condominio della disciplina consumeristica. Il tema, oggetto di un intervento della Corte di Giustizia (sentenza 2 aprile 2020, n 329), trova un rinnovato interesse in considerazione dei recenti sgravi fiscali introdotti dal Decreto rilancio (c.d. superbonus), che ha elevato al 110% l'aliquota di detrazione delle spese sostenute per specifici interventi in ambito di efficienza energetica, di interventi antisismici, di installazione di impianti fotovoltaici o delle infrastrutture per la ricarica di veicoli elettrici negli edifici. La massiccia contrattazione conseguente a tali interventi normativi induce a domandarsi se e a quali condizioni il condominio possa godere della tutela consumeristica, e, specie con riguardo al contratto di appalto, come influisca la qualità di consumatore sulla negoziazione e sulla determinazione del contenuto contrattuale.

Com'è noto il quesito se il condominio sia o meno qualificabile come consumatore, approdato all'attenzione della giurisprudenza di legittimità a più riprese, deriva dalla dubbia possibilità di qualificare come consumatore non solo la “persona fisica”, ma anche la “persona giuridica” che agisca per scopi estranei alla attività professionale e versi in una situazione di inferiorità nei confronti del professionista. Il che ha indotto dottrina e giurisprudenza ad analizzare la questione in correlazione al contiguo tema della natura giuridica del condominio. Richiamando a grandi linee i termini della questione, una prima tesi sostiene che il condominio sia una persona giuridica “collettiva”, come tale dotato di personalità giuridica e proprietario delle cose ed opere comuni dell'edificio. L'attribuzione della personalità giuridica al condominio consente di riconoscergli una autonomia patrimoniale perfetta, centro autonomo di diritti e obblighi derivanti dalla

sua attività giuridica<sup>1</sup>. Secondo altra opinione, per contro, il condominio non costituisce un ente autonomo, distinto dai singoli condomini, i quali rimangono pertanto come individui responsabili delle obbligazioni nascenti dalle deliberazioni assembleari<sup>2</sup>.

Una tesi, per così dire intermedia, individua nel condominio un ente ibrido, che partecipa per certi aspetti della natura di ente collettivo – come dimostrano la presenza di assemblea ed amministratore –, sebbene i diritti e gli obblighi derivanti dall'attività del condominio siano imputati alla responsabilità dei singoli condomini. Si è dunque parlato di ente con “personalità giuridica attenuata”, valorizzando i riferimenti normativi – mutati dopo la riforma attuata con legge n. 220/2012 – all'obbligo da parte dell'amministratore di gestire in maniera distinta il patrimonio del condominio, la attribuzione di un codice fiscale, ecc.

Ora, merita di essere ricordato come – in scia a quest'ultima opinione, da considerarsi, peraltro, prevalente – sia emersa la qualifica del condominio come “ente di gestione”<sup>3</sup>, tenuto conto che agli organi condominiali vengono riconosciuti poteri di mera gestione delle parti comuni per conto dei condòmini, privo di autonomia patrimoniale e (tendenzialmente) di personalità giuridica. In questa prospettiva i singoli condòmini sono proprietari *pro quota* delle obbligazioni del condominio, “sia dal lato passivo che dal lato attivo, con conseguente piena ed autonoma legittimazione ad agire e resistere a tutela dei rispettivi diritti di comproprietà”<sup>4</sup>. E nel contempo l'amministratore è mandatario con rappresentanza, di guisa che tutti gli atti da lui compiuti ricadono nella sfera giuridica dei singoli condòmini (arg. *ex art.* 1129, comma 15, c.c.). Tra gli arresti giurisprudenziali più significativi di questo orientamento merita di essere richiamato il formante giurisprudenziale incline a ritenere che le obbligazioni

---

(\*) I paragrafi 1 e 4 sono da attribuire a Maria Novella Bugetti; i paragrafi 2 e 3 sono da attribuire a Stefano Pellegatta.

<sup>1</sup> G. BRANCA, *Comunione, condominio negli edifici*, in *Commentario del Codice Civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1982, 358; M. DOGLIOTTI – A. FIGONE, *Il condominio*, Torino, 1993. Su questa linea anche C.M. BIANCA, *Nozione di condominio*, in BIANCA (a cura di), *Il condominio*, Torino, 2007, che a ben vedere sembra configurare piuttosto una limitata soggettività giuridica e riconosce al medesimo una capacità giuridica parziale.

<sup>2</sup> E. GUERINONI, *La natura giuridica del condominio*, in CENDON (a cura di), *Diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2004, 4 ss.

<sup>3</sup> Dalla giurisprudenza, il condominio si definisce come “ente di gestione”, per dare conto del fatto che la legittimazione dell'amministratore non priva i singoli partecipanti della loro legittimazione ad agire in giudizio in difesa dei diritti relativi alle parti comuni; di avvalersi autonomamente dei mezzi di impugnazione; di intervenire nei giudizi intrapresi dall'amministratore, etc.

<sup>4</sup> F. PRETOLATI, *Il condòmino è “terzo” rispetto al condominio: il senso imperfetto della Cassazione per l'ente di gestione*, in *giustiziacivile.com*, 2020.

condominiali siano parziarie<sup>5</sup>, come conseguenza del fatto che l'amministratore – in quanto non può obbligare i singoli condòmini se non nei limiti dei suoi poteri, che non contemplano la modifica dei criteri di imputazione e di ripartizione delle spese stabiliti dall'art. 1123 c.c. – non può obbligare i singoli condòmini se non nei limiti della rispettiva quota”.

Alla medesima impostazione metodologica ha fatto ricorso la giurisprudenza di legittimità pronunciandosi sulla possibilità di qualificare il condominio come consumatore. A più riprese la Cassazione ha avuto modo di affermare come la disciplina consumeristica possa essere applicata anche

---

<sup>5</sup> Il condominio, infatti, non è titolare di un patrimonio autonomo, né di diritti e di obbligazioni: la titolarità dei diritti sulle cose, gli impianti e i servizi di uso comune, in effetti, fa capo ai singoli condòmini; agli stessi condòmini sono ascritte le obbligazioni per le cose, gli impianti ed i servizi comuni e la relativa responsabilità; le obbligazioni contratte nel cosiddetto interesse del condominio non si contraggono in favore di un ente, ma nell'interesse dei singoli partecipanti. In questo senso si rinvia alla celebre Cass. 8 aprile 2008, n. 9148, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 9, p. 1912 su cui si veda anche il commento di Pellegatta, *Il dogma della solidarietà e il problema delle obbligazioni condominiali* dopo Cass. Sez. Un., 8.4.2008, n. 9148, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Cedam, 2009, fasc. 3, parte II, p. 137 ss.

Secondo la giurisprudenza consolidata, poi, l'amministratore del condominio raffigura un ufficio di diritto privato assimilabile al mandato con rappresentanza: con la conseguente applicazione, nei rapporti tra l'amministratore e ciascuno dei condòmini, delle disposizioni sul mandato. Orbene, la rappresentanza, non soltanto processuale, dell'amministratore del condominio è circoscritta alle attribuzioni - ai compiti ed ai poteri - stabilite dall'art. 1130 c.c.. In giudizio l'amministratore rappresenta i singoli condòmini, i quali sono parti in causa nei limiti della loro quota (art. 1118 e 1123 c.c.). L'amministratore agisce in giudizio per la tutela dei diritti di ciascuno dei condòmini, nei limiti della loro quota, e solo in questa misura ognuno dei condòmini rappresentati deve rispondere delle conseguenze negative. Del resto, l'amministratore non ha certo il potere di impegnare i condòmini al di là del diritto, che ciascuno di essi ha nella comunione, in virtù della legge, degli atti d'acquisto e delle convenzioni. In proporzione a tale diritto ogni partecipante concorre alla nomina dell'amministratore e in proporzione a tale diritto deve ritenersi che gli conferisca la rappresentanza in giudizio. Basti pensare che, nel caso in cui l'amministratore agisca o sia convenuto in giudizio per la tutela di un diritto, il quale fa capo solo a determinati condòmini, soltanto i condòmini interessati partecipano al giudizio ed essi soltanto rispondono delle conseguenze della lite. Pertanto, l'amministratore - in quanto non può obbligare i singoli condòmini se non nei limiti dei suoi poteri, che non contemplano la modifica dei criteri di imputazione e di ripartizione delle spese stabiliti dall'art. 1123 c.c. - non può obbligare i singoli condòmini se non nei limiti della rispettiva quota. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Roma 16 marzo 2018, n. 5824, in *Redazione Giuffrè*, 2018, secondo la quale: “nel contratto di appalto stipulato da un condominio, al fine di ottenere il pagamento del corrispettivo contrattuale pattuito l'appaltatore deve agire nei confronti di ciascun condomino inadempiente in quanto nelle obbligazioni condominiali la prestazione è unica ed indivisibile per il creditore, ma naturalisticamente divisibile per i condòmini, essendo costituita dal pagamento di una somma di denaro”.

al condominio; ad argomento, la considerazione per la quale il condominio è ente sfornito di personalità giuridica autonoma, di guisa che l'amministratore agisce quale mandatario dei condòmini "i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale" (Cass. 12 gennaio 2005, n. 452 e Cass. 22 maggio 2015, n. 10679).

La soluzione indicata dalla Corte non ha però consentito di sopire definitivamente il dibattito<sup>6</sup>, tant'è che la questione della applicabilità delle norme sul consumatore al condominio è stata rimessa, come ricordato, alla Corte di Giustizia<sup>7</sup>. Fermo, peraltro, che nel diritto italiano, come detto, è dubbio che al condominio possa riconoscersi personalità giuridica autonoma, la Corte ha precisato come sia da escludere che il condominio possa ritenersi *tout court* destinatario della normativa consumeristica, tenuto conto che non è una persona fisica. Cionondimeno, la direttiva deve considerarsi finalizzata ad una armonizzazione minima, lasciando dunque ai singoli legislatori nazionali la possibilità di ampliare i destinatari della tutela, estendendola a soggetti che non siano persone fisiche.

---

<sup>6</sup> V. Arbitro bancario finanziario Roma, 10 novembre 2020, reperibile all'indirizzo: <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/index.html>: "atteso che il condominio è un soggetto giuridico autonomo e distinto rispetto alle persone che lo compongono, segnatamente a seguito della riforma della normativa di settore introdotta dalla l. n. 220/2012, tale natura giuridica preclude sia un'interpretazione estensiva della direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 - che ha trovato ingresso, nel nostro ordinamento, da ultimo con il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del Consumo) - sia un'applicazione delle tutele consumeristiche "di riflesso"". Ancora Trib. Bergamo, 16 gennaio 2019, in *Condominioelocazione.it*, 29 settembre 2020, con nota di P. PETRELLI: "il condominio non è legittimato a proporre un piano del consumatore al fine di superare la crisi da sovraindebitamento in cui versi, in quanto, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. b), della L. n. 3/2012 solo una persona fisica può essere qualificata "consumatore"".

<sup>7</sup> Corte giustizia UE sez. I, 02/04/2020, n.329: "Il condominio, per come configurato nell'ordinamento italiano, non rientra nella nozione di "consumatore" di cui alla Direttiva 93/13/CEE, in quanto non è una persona fisica. D'altra parte, l'orientamento espresso dalla Cassazione, volto ad applicare le norme di attuazione della Direttiva (Codice del Consumo) anche a un soggetto quale il condominio, si iscrive nell'obiettivo di tutela dei consumatori perseguito dalla summenzionata Direttiva. Secondo l'orientamento della Corte di Giustizia, gli Stati membri possono applicare disposizioni di tale Direttiva a settori che esulano dall'ambito di applicazione della stessa, a condizione che tale interpretazione garantisca un livello di tutela più elevato per i consumatori e non pregiudichi le disposizioni dei Trattati. Deve dunque affermarsi che l'art. 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che le norme a tutela dei consumatori siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un condominio". (massima non ufficiale).

Alla luce di ciò, nulla osta affinché il giudice interno interpreti la normativa di recepimento così da renderla applicabile anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico di per sé estraneo alle nozioni comunitarie.

La decisione della Corte di Giustizia – pur non fornendo, come da più voci osservato, lo sperato contributo alla definizione tombale del dibattito – ha segnato un decisivo cambio di passo in ordine alla individuazione dei presupposti sulla base dei quali definire la questione della applicazione della tutela del consumatore al condominio. Essa, a ben vedere, è ora svincolata dalla definizione della natura del condominio, ed ancorata invece alla “funzione” di tutela della disciplina. Se, infatti, la tutela del consumatore può essere estesa da parte della giurisprudenza – se non dal legislatore – nazionale anche a persone giuridiche che agiscano per scopi estranei alla loro attività professionale o imprenditoriale, nulla osta affinché essa venga estesa anche al condominio se ciò risulta funzionale ad una piena realizzazione dell’intento protezionistico perseguito dalla normativa comunitaria<sup>8</sup>.

La pronuncia della Corte di Giustizia, come accennato, non consente di addivenire alla definizione di quali siano in concreto i criteri in forza dei quali includere il condominio tra i destinatari della tutela del consumatore. La valutazione, infatti, della pertinenza di detta inclusione con la funzione di protezione, rimane rimessa alla giurisprudenza, *rectius*, al giudice, sulla

---

<sup>8</sup> Tribunale Trani, 10 febbraio 2021, n.299, inedita, ma reperibile all’indirizzo: <https://www.amministrazioniregionali.it/it/>: “al contratto concluso con un professionista da un amministratore di condominio si applica la disciplina di tutela del consumatore, agendo l’amministratore stesso come mandatario con rappresentanza dei singoli condòmini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale”. Ancora Trib. Ravenna, 27 settembre 2017, in *Ius Explorer* reperibile all’indirizzo [www.dejure.it](http://www.dejure.it): “l’art. 33, comma 2, lett. u) del T.U. del Consumo è norma meramente riproduttiva di quella che precedentemente era contenuta nell’art. 1479-bis c.c., che con identico contenuto precettivo stabiliva come vessatoria fino a prova contraria quella clausola che, fra l’altro, come previsto dal comma 2 n. 19, avesse l’effetto di “stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore”. Conseguentemente non può porsi un problema di applicabilità temporale della nuova norma laddove il suo contenuto sia identico a quella sostituita e precedentemente vigente, considerato che lo stesso contenuto normativo e la medesima interpretazione giurisprudenziale finiscono per saldarsi senza soluzione di continuità. Al Condominio va riconosciuta la qualità di consumatore (nella specie le tabelle millesimali prodotte in udienza hanno confermato come la stragrande maggioranza dei condòmini, salvo 76/1000, siano persone fisiche e nessuna eccezione o prova circa la loro qualità di professionista è stata fornita dall’opposta)”.



base, si ritiene, degli elementi di fatto che possano far ritenere tale estensione nel caso di specie ammissibile e necessaria.

Ora, la lettura della giurisprudenza edita non consente di estrapolare criteri omogenei di valutazione. Talora è stato applicato, infatti, un criterio quantitativo; a fronte, cioè, della verifica che la maggioranza dei condòmini fossero persone fisiche (e dunque consumatori) si è ammessa l'estensione delle norme del d.lgs. 2006 anche al condominio<sup>9</sup>.

Altrove, si è invece valorizzata la pura promiscuità come presupposto applicativo della tutela del consumatore anche al condominio: in tal caso la mera presenza di una sola unità abitativa, ancorché la maggioranza delle unità fosse destinata ad uso commerciale, consentirebbe di considerare il condominio consumatore<sup>10</sup>.

Seguendo una diversa impostazione, una pronuncia ha invece ammesso che il condominio sia sempre consumatore, tenuto conto che l'amministratore agisce sempre per scopi estranei alla attività imprenditoriale e commerciale<sup>11</sup>. Non assumerebbe alcun rilievo – in tale prospettiva – l'eventuale qualità di professionista del singolo o dei singoli condòmini, tenuto conto che in ogni caso, allorché sia l'amministratore ad agire, tale qualità diventa in sé irrilevante. Alla medesima conclusione si è in un caso giunti sulla base dell'assunto per il quale il condominio, pur essendo

---

<sup>9</sup> Tribunale Milano sez. III, 26 novembre 2020: "Al fine di applicare la disciplina consumeristica (volta, nella specie, all'accertamento della natura vessatoria di una clausola) al contratto concluso da un condominio con un imprenditore, deve essere verificata la destinazione delle singole unità immobiliari ricomprese nell'edificio, considerando il condominio come un consumatore qualora le stesse unità immobiliari siano prevalentemente di proprietà di persone fisiche e da queste ultime utilizzate per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta".

<sup>10</sup> In questo senso cfr. Corte appello Genova sez. III, 20 novembre 2020, n.1130: "Il condominio - centro commerciale, composto da negozi ed abitazioni, salvo il caso in cui tutti i condòmini svolgano un'attività imprenditoriale o professionale, mantiene la sua natura di centro di interessi privatistici, volti alla tutela dei beni comuni di un edificio e la qualifica di consumatore, con la conseguenza che il fornitore della collettività condominiale, per recuperare i crediti insoluti derivanti da un contratto di manutenzione ordinaria di un impianto comune, è tenuto a richiedere un decreto ingiuntivo al giudice del luogo ove il condominio-consumatore ha sede".

<sup>11</sup> Corte appello Milano, 13 novembre 2019, n.4500: "Premesso che il condominio è un ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei condòmini, va detto che questi ultimi, nel momento in cui agiscono per la tutela e conservazione delle proprietà comuni tramite l'amministratore, assumono la veste di consumatori, perché operano per scopi totalmente estranei alla loro eventuale attività imprenditoriale o professionale. Pertanto, la dimostrazione della qualità (di professionista o di privato) dei singoli condòmini non assume alcun rilievo dovendo ritenersi che l'amministratore, nel momento in cui conclude un contratto relativo alla gestione del bene comune, agisce per scopi estranei all'attività professionale svolta dai condòmini".

composto di immobili di proprietà di imprenditori, mantiene la sua natura di centro di interessi privatistici, volti alla tutela dei beni comuni di un edificio, e la qualifica di consumatore, con la conseguenziale applicazione del d.lgs. n. 206/2005<sup>12</sup>.

Dalla breve ricognizione svolta, pare emergere, in sintesi, come tanto prima quanto a seguito della sentenza della Corte di Giustizia – e dunque a prescindere dalla impostazione argomentativa prescelta – sia di difficile individuazione *ex ante* se il condominio sia qualificabile come consumatore. La mancanza di criteri certi e, in definitiva, la rimessione al giudice della applicabilità della tutela consumeristica si configura come elemento di incertezza della negoziazione.

2. – Dal quadro appena riferito emerge come allo stato non sia possibile considerare sempre e *tout court* il condominio come consumatore. Se infatti il primo in quanto tale non è essenzialmente incompatibile rispetto allo statuto protettivo del secondo, l'applicazione della normativa consumeristica a tale entità non risulta d'altro canto sempre legittima o necessitata.

Nella prassi l'assimilazione tra condominio e consumatore è possibile solo all'esito di un esame empirico e fattuale, compiuto caso per caso dal giudice. Come si è visto, i criteri che guidano detta valutazione non sono però del tutto certi e predeterminati: non è quindi ravvisabile una soluzione definitiva e univoca e neppure immutabile. Vi è dunque una "fluidità di qualificazione" che ci allontana da certezze, potendo il singolo condominio essere considerato o meno come consumatore e anche diversamente nel corso del tempo<sup>13</sup>.

La predetta qualificazione appare però assai rilevante, dal momento che da essa discende la possibilità (o meno) di applicare al condominio le tutele

---

<sup>12</sup> Trib. Massa, 26 giugno 2017: "Il condominio, essendo dotato di una soggettività autonoma, benché imperfetta ed attenuata, rispetto ai suoi componenti, perseguendo scopi che, a volte, non sono del tutto coincidenti con quelli dei singoli condomini".

<sup>13</sup> Il riferimento è, in particolare, a quella interpretazione – avanzata in giurisprudenza e per vero minoritaria – secondo cui l'applicazione della disciplina protettiva sarebbe condizionata alla prevalenza dei "condòmini consumatori" rispetto ai "condòmini professionisti" all'interno dell'edificio: cfr. precedente nota 8. In argomento anche la stessa decisione del Tribunale di Milano 26 novembre 2020 a seguito della rimessione alla Corte di Giustizia. Si tratta come evidente di una variabile mutevole nel tempo con potenziali conseguenze non di poco conto. Sul punto si veda G. DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio e applicabilità delle disposizioni concernenti i contratti dei consumatori: il diritto italiano dopo la sentenza della Corte Giust. UE del 2 aprile 2020*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2021, 3, 586 ss.; D. FORESTA, *Condominio e consumatore: un connubio possibile?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, fasc. 6, 1173 ss. e R. CALVO, *Complessità personificata o individualità complessa del condominio-consumatore*, in *Giur. it.*, 2020, fasc. 6, 1320 ss.

previste dalla legge per il contraente debole che si trovi a contrattare con il professionista. A seconda della soluzione infatti, il singolo contratto stipulato dal condominio sarà regolato da un regime più o meno favorevole e comunque sensibilmente diverso<sup>14</sup>.

Va detto tuttavia che la riconduzione del condominio al paradigma del consumatore, ancorché non necessitata, appare allo stato di gran lunga prevalente in giurisprudenza, come precedentemente evidenziato. Le argomentazioni riferite dalla Corte di Giustizia, pur non imponendo scelte obbligate, costituiranno inevitabilmente ulteriore volano per l'applicazione del regime protettivo più favorevole anche all'ente condominio: esse, infatti, valgono a fugare i dubbi che pure si potevano porre circa la riferibilità della medesima anche a figure diverse dalle persone fisiche. A risolvere i casi dubbi non potrà essere sufficiente il richiamo alla volontà delle parti, ma può ragionevolmente prevedersi una sempre più frequente estensione degli spazi applicativi di tale normativa<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. A. FICI, *Sulla nozione di contratto del consumatore*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2018, fasc. 3, 460. In questo senso per tutti S. MAZZAMUTO, *Una Pièce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente, il professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore e il sovraindebitato/lesdebitato*, in *Europa e Dir. Priv.*, fasc. 2, giugno 2020, 617 ss. per cui "la nuova categoria del contratto del consumatore comporta l'adozione di una prospettiva articolata che rinuncia programmaticamente a una teoria unitaria e monolitica del contratto in generale e ne distingue [...] il trattamento giuridico a seconda dei criteri e degli ambiti di applicazione del diritto di fonte unitaria".

<sup>15</sup> In questo quadro va evidenziato che la eventuale qualificazione data dalle parti è irrilevante: la disciplina protettiva dettata dalla legge è infatti inderogabile. Più precisamente la derogabilità dovrebbe essere esclusa se *in peius*. In particolare, mentre le parti non potrebbero escludere la qualificazione di un condominio come consumatore, qualora esso ne presenti i caratteri, al contrario esse potrebbero ritenere di considerarlo tale in via convenzionale, quand'anche del consumatore non dovesse avere i requisiti. In questo caso, la scelta volontaria ed espressa potrebbe al più valere come estensione convenzionale delle tutele – col pieno consenso di entrambi le parti che abbiano inserito una clausola di tal fatta in contratto – qualora fosse accertato che, in concreto, in quel caso specifico quello specifico condominio non possa essere ritenuto consumatore. Una simile qualificazione espressa, seppure onerosa per la controparte del condominio, potrebbe in concreto essere preferibile dato che verrebbe ad escludere in radice la possibilità di classificazioni diverse da parte del giudice, con conseguente applicazione di un regime giuridico differente da quello considerato dalle parti in fase di conclusione del contratto. Esigenze di certezza giuridica e prevedibilità potrebbero quindi suggerire alle parti di operare in ogni caso un rinvio espresso alla normativa del Codice del Consumo, di cui al D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

La conclusione è peraltro condivisibile dal momento che sembra preferibile una applicazione eventualmente più lata delle clausole protettive, considerata la natura inderogabile di tali norme<sup>16</sup>.

In questo quadro, tenuto conto anche della massiccia contrattazione conseguente agli interventi normativi di vantaggio già riferiti<sup>17</sup>, occorre determinare che impatto abbia sul singolo contratto stipulato dal condominio l'effettiva applicazione del "set" di norme protettive predisposto dal Legislatore a tutela del consumatore.

Se il condominio è consumatore trova applicazione nei suoi riguardi il regime giuridico cristallizzato nel Codice del Consumo, per tutti i contratti stipulati con un soggetto professionista, che include tra gli altri i rimedi di seguito evidenziati<sup>18</sup>.

Il riferimento è anzitutto alla disciplina delle clausole vessatorie, colpite da nullità relativa, previste dall'art. 33 c. cons.. Ove il contratto concluso tra il professionista e il consumatore includa previsioni che, in contrasto con la buona fede, determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, le stesse sono infatti nulle. A rilevare è dunque uno squilibrio giuridico tra le posizioni delle parti che non riguarda la quantità o qualità dei beni o servizi e neppure la determinazione dell'oggetto del contratto o ancora l'adeguatezza del prezzo contrattuale, secondo quanto precisato dal successivo art. 34 c. cons.

Il Codice del Consumo, dopo aver così definito le clausole vessatorie, fornisce una lista di pattuizioni che si presumono tali, salva la prova contraria da parte del professionista, che può consistere anche nel fatto che le stesse siano state fatte oggetto di specifica trattativa<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> In definitiva, considerata la natura inderogabile delle norme, appare più efficiente ed accettabile che le stesse si applichino una volta di più piuttosto che una volta di meno, a protezione dei soggetti deboli coinvolti. Si pensi sul punto alle valutazioni di quella giurisprudenza sopra richiamata che ha ritenuto applicabile al condominio la qualificazione di consumatore anche in presenza di un singolo condomino dotato di questo carattere: cfr. precedente nota 8.

<sup>17</sup> In argomento cfr. P. SCALETARIS, *La disciplina del condominio e le questioni in tema di Superbonus*, in *Arch. Loc. Cond. Imm.*, 2021, fasc. 1, 3 ss.; D. BARIGAZZI, *"Superbonus" e cessione del credito di imposta per lavori in condominio: contratti e delibere*, in *Arch. Loc. Cond. Imm.*, 2020, fasc. 6, 598 ss.

<sup>18</sup> Il Riferimento è al D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e successive modifiche. Come è noto, secondo la definizione normativa di cui all'art. 3 c. cons, per professionista si intende "la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario".

<sup>19</sup> Come precisato dall'art. 34, primo comma, c. cons., "la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo". Chiarisce infatti l'art. 34,

Ai fini che qui interessano si segnala che, ai sensi del richiamato art. 33, secondo comma, c. cons., si presumono vessatorie, sempre salva la prova contraria, tra le altre, le clausole che hanno per oggetto o per effetto di “escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un’omissione del professionista” (lett. a); di “escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un’altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista” (lett. b); di “escludere o limitare l’opponibilità da parte del consumatore della compensazione” (lett. c); di “consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest’ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest’ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere” (lett. e); di “imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d’importo manifestamente eccessivo” (lett. f); di “riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto” (lett. g); di “consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa” (lett. h); di “stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione” (lett. i); di “prevedere l’estensione dell’adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto” (lett. l); di “consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso” (lett. m); di “stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione” (lett. n); di “consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto” (lett. o); di “limitare o escludere l’opponibilità dell’eccezione d’inadempimento da parte del consumatore” (lett. r); di “consentire al professionista di sostituire a sé un

---

quarto comma, c. cons., che, fatte salve alcune eccezioni, “non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale”. È richiesto tuttavia che la trattativa sui singoli punti sia “effettiva”: cfr. qui per tutti F. GALGANO, *Diritto Privato*, Cedam, Padova, 2019, 320 ss.

terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo" (lett. s); di "sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi" (lett. t); di "stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore" (lett. u); di "imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR" (lett. v-bis).

L'elenco delle clausole che si presumono vessatorie contiene una serie di ipotesi tipizzate, di cui sono state riportate le più rilevanti, avuto riguardo allo specifico ambito condominiale e ai contratti più frequentemente stipulati dal condominio. Ciò non impedisce al condominio consumatore di dimostrare che anche altre clausole eventualmente inserite in contratto provochino un significativo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti e che dunque vadano caducate in quanto vessatorie. D'altro canto, è ammessa in capo al professionista la prova che le singole pattuizioni siano state fatte oggetto di "specifica trattativa con il consumatore" e che dunque debba essere esclusa la loro vessatorietà.

Tale possibilità di prova contraria non è peraltro consentita per le clausole sostanzialmente riconducibili a quelle di cui alle lettere a), b), l) predette che, per la loro gravità, rientrano in una vera e propria *black-list* e sono sempre nulle, ancorché fatte oggetto di trattativa individuale<sup>20</sup>.

Al di là delle clausole vessatorie in senso stretto, la normativa a protezione del consumatore impone poi di garantire a tale soggetto una completa informativa, introducendo obblighi di comunicazione, trasparenza e buona fede rafforzati<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Le tre categorie di clausole sempre nulle, quantunque oggetto di trattativa individuale, sono descritte all'art. 36 c. cons.

<sup>21</sup> L'art. 2 c. cons., nel disciplinare i diritti fondamentali dei consumatori prevede il diritto "ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità" (lett. c); "all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà" (lett. c-bis); e) "alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali" (lett. e). Si richiama inoltre il Titolo II del Codice del Consumo, art. 5 ss., dedicato alle "informazioni ai consumatori" e altresì l'art. 39 c. cons. in tema di "regole nelle attività commerciali" per cui esse "sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori". In tema di obblighi di informazione, comunicazione pubblicitaria e promozione commerciale, cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2017, 720

Inoltre alcune altre prescrizioni caratterizzano in modo incisivo il rapporto di consumo: il riferimento è in particolare ai criteri di redazione delle clausole contrattuali che, se proposte al consumatore per iscritto dall'imprenditore come solitamente accade, devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, la normativa prevede che debba prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore<sup>22</sup>.

Vi è poi la previsione di un diritto di recesso generalizzato per il contratto che il consumatore abbia stipulato a distanza o fuori dai locali commerciali. L'applicazione di tale previsione al condominio è suscettibile di risvolti inaspettati dato che, verosimilmente, in molti casi il contratto sarà stipulato con queste modalità. Va aggiunto peraltro che tale disciplina prevede un certo numero di esclusioni tra cui, ai fini che qui interessano, i contratti aventi ad oggetto la creazione di immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti su beni immobili e aventi ad oggetto la costruzione di nuovi edifici, la trasformazione sostanziale di edifici esistenti e la locazione di alloggi a scopo residenziale. Si noti che, ove si rientri nell'ambito applicativo della norma, la mancata previsione in contratto della menzione del termine di recesso rende esercitabile tale diritto potestativo per un periodo di ben dodici mesi a partire dall'intervenuta stipulazione del contratto<sup>23</sup>.

Il consumatore ha diritto all'applicazione del "foro del consumatore" che non può essere derogato da una contraria pattuizione delle parti, anche ove vi fosse il consenso del soggetto debole del rapporto<sup>24</sup>. Tale previsione assume particolare importanza perché è suscettibile di disinnescare

ss. È stato rilevato che tale esigenza protettiva del soggetto debole è suscettibile di condurre ad un "neoformalismo" anche in tema di appalto: sul punto cfr. S. POLIDORI, *Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, fasc. 3, 695 ss.

<sup>22</sup> Cfr. art. 35 c. cons. in materia di forma e interpretazione.

<sup>23</sup> Il riferimento è al Titolo III, del Codice del Consumo, dedicato alle "Modalità Contrattuali" e, segnatamente, all'art. 49 ss. c. cons. Il diritto di recesso è previsto dall'art. 52, secondo comma, c. cons., mentre le conseguenze della violazione dell'obbligo di informazione sul diritto di recesso dal successivo art. 53 c. cons..

<sup>24</sup> Quanto precede per una esigenza di maggiore protezione del medesimo. Vi è infatti il rischio che, in caso contrario, il consumatore sia determinato a prestare il proprio consenso alla deroga preventiva proprio su istanza e pressione da parte del professionista. Ciò non toglie che, successivamente alla conclusione del contratto, qualora dovesse insorgere una controversia tra professionista e consumatore, secondo l'interpretazione prevalente, il secondo è libero di utilizzare gli ulteriori criteri di cui al codice di procedura civile se, in concreto, più vantaggiosi per lo stesso. Ancora una volta emerge il carattere di norme protettive, caratterizzate dal regime della nullità relativa, delle disposizioni in oggetto. In tal senso si veda da ultimo Cass., 30 giugno 2020, n. 12981, in *Giustizia Civile Massimario*, 2020.

eventuali clausole contrarie e altresì di escludere l'applicazione di clausole arbitrali<sup>25</sup>.

Tra le pattuizioni contrattuali sopra menzionate appare poi rilevante che la disciplina di alcune di esse differisca da quella prevista dal codice civile. Il riferimento è in particolare alla clausola penale, che se "eccessiva", secondo la disciplina codicistica generale può essere soggetta a riduzione, mentre ai sensi del Codice del Consumo viene integralmente caducata in quanto nulla<sup>26</sup>. Considerazioni simili possono poi farsi per la disciplina sulla caparra confirmatoria o penitenziale che fosse inserita nel contratto<sup>27</sup>.

Tale casistica può assumere particolare rilevanza nel contratto di appalto rendendo opportuno uno specifico approfondimento relativo a tale tipo contrattuale di assai frequente applicazione in ambito condominiale, anche in considerazione delle nuove opportunità di risparmio consentite dalla normativa fiscale<sup>28</sup>.

3. – Una volta che il condominio sia qualificato come consumatore, il relativo "statuto" giuridico è destinato ad applicarsi a tutti i contratti che siano stipulati dal medesimo. A livello statistico assai frequentemente detto regime potrebbe applicarsi ai contratti di vendita e di somministrazione<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. art. 33, secondo comma, lett. t), c. cons. sopra riportato e altresì l'art. 66-bis c. cons..

<sup>26</sup> Cfr. art. 33, secondo comma, lett. f), c. cons e art. 1382 c.c.. In argomento cfr. F. TOSCHI VESPASIANI, *Contratto di appalto e revisione del corrispettivo ex art. 1664 c.c., oltre ad alcune questioni in tema di clausola penale*, in *La Resp. Civ.*, 2006, fasc. 3, 257 ss.

<sup>27</sup> Cfr. art. 34, lett. e), c. cons., e altresì lett. g). Per alcuni spunti, applicabili anche su di un piano più generale, si veda M.N. BUGETTI, *Il giudizio di vessatorietà della multa penitenziale prevista per il recesso del consumatore dal contratto di mediazione atipica*, in *Contr. e Impr.*, 2, 2021, 422 ss.

<sup>28</sup> Sulla particolare rilevanza di tale contratto in ambito condominiale cfr. V. AMENDOLAGINE, *La responsabilità del condominio nel contratto di appalto*, in *Giur. it.*, 2015, fasc. 5, 1249 ss.; G. BENEDETTI, *Il contratto di appalto nel condominio e responsabilità penali del committente*, in *ISL – Igiene e Sicurezza del Lavoro*, 2013, fasc. 4, 195 ss.; E. BALUCANI, *Ponteggi per la ristrutturazione della facciata condominiale: inapplicabilità dell'art. 2051 c.c. in caso di danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, fasc. 4, 1304 ss. In termini più cfr. tra gli altri A. CARRATO, *Le principali problematiche in tema di appalto privato*, in *Urbanistica e Appalti*, 2017, fasc. 4, 569 ss.; G. IUDICA, *La buona fede nel contratto d'appalto*, in *Jus Civile*, 2017, fasc. 2; L. GUERRINI, *"Ius variandi" e recesso discrezionale nel contratto di appalto*, in *Riv. di Dir. Priv.*, 2015, fasc. 1, 69 ss.

<sup>29</sup> Dalla qualificazione del condominio come consumatore discende ad esempio la garanzia legale di 24 mesi per la vendita dei beni di consumo o per fornitura di materiale. Anche in favore del condominio si applicheranno le tutele previste per i contratti a distanza. La garanzia legale di conformità è prevista dal Codice del Consumo (articoli 128 e ss.) e tutela il consumatore in caso acquisto di prodotti difettosi, che funzionano male o non rispondono all'uso dichiarato dal venditore o al quale quel bene è generalmente destinato. In tema cfr. S. POLIDORI, *Garanzia di*



Il contratto di appalto presenta però alcune specificità sia per la sua causa, sia per le clausole che tipicamente sono inserite in esso per volontà delle parti o dello stesso legislatore. Si tratta certamente di un contratto tipico della disciplina consumeristica perché è necessariamente concluso tra un imprenditore, nel ruolo di appaltatore, e un committente, che può essere un consumatore ovvero un ulteriore imprenditore. Proprio per la rilevanza e diffusione del tipo occorre quindi verificare come si declini la protezione del condominio-consumatore in questo specifico ambito.

Gli aspetti più sensibili del contratto qui esaminato, dove può più facilmente estrinsecarsi un potenziale abuso dell'appaltatore "forte" ai danni di un committente "debole", sono anzitutto tre profili caratteristici dello stesso: il tema delle garanzie e limitazioni di responsabilità; il tema delle varianti e delle modifiche al corrispettivo; il tema del recesso di entrambe le parti.

Anzitutto l'appaltatore potrebbe cercare di introdurre in contratto limitazioni alla propria responsabilità per danni e ritardo: la tematica si interseca con la possibile riduzione delle garanzie che il medesimo è tenuto a prestare ai sensi di legge. Un secondo profilo sensibile è dato dalla disciplina contrattuale delle varianti e dalle connesse previsioni di adeguamento del corrispettivo: l'appaltatore potrebbe infatti cercare di introdurre una disciplina a sé favorevole per addebitare il maggior numero possibile di extra costi al committente. Un terzo aspetto problematico è dato dalla disciplina del recesso che potrebbe essere contrattualmente stabilita: da un lato si potrebbe infatti legittimare un esercizio arbitrario di tale diritto potestativo da parte dell'appaltatore, dall'altro limitare eccessivamente – sul piano economico o giuridico – la possibilità di ricorso a questo strumento da parte del committente.

Con riferimento a questo triplice filone di criticità, occorre quindi analizzare l'impatto sul contratto di appalto della disciplina di cui al Codice di Consumo. Va osservato infatti che eventuali clausole limitative della possibilità di far valere vizi delle opere o ancora che limitino la responsabilità del professionista in caso di inadempimento potrebbero essere considerate vessatorie, con conseguente nullità parziale. A ben vedere alcune di esse potrebbero addirittura rientrare nel novero di quelle pattuizioni che si presumono vessatorie, salva la prova contraria. Il riferimento in particolare è alle lettere (a), (b), (r) di cui all'art. 33 c. cons.. Sotto un profilo diverso dall'inadempimento, anche la clausola che limiti l'operatività della compensazione si pone in contrasto con la lettera (c) dell'articolo qui richiamato, peraltro tutte le clausole che limitino la facoltà

---

*conformità e diritti del consumatore nell'appalto di beni di consumo*, in *Riv. di Diritto dell'Impresa*, 2010, fasc. 2, 267 ss.

del consumatore di porre eccezioni si pongono in contrasto con la lettera (t) della disposizione richiamata. La prassi contrattuale vede talora inserita in contratto una clausola che cerchi di addossare in modo esplicito all'appaltatore la responsabilità dei danni ulteriori conseguenti al ritardo nell'adempimento che determinino l'impossibilità di fruire dei bonus previsti dalla normativa. Orbene, una clausola speculare, eventualmente imposta dall'appaltatore – soggetto forte del rapporto, che vada ad escludere tale responsabilità, potrebbe essere ritenuta vessatoria, in quanto andrebbe a limitare la responsabilità dell'appaltatore per il proprio inadempimento, chiaramente nei soli casi in cui il ritardo fosse ad esso imputabile.

Rispetto al secondo dei profili sopra riferiti va osservato che clausole derogatorie rispetto al regime delle varianti previsto dal codice civile e più favorevoli all'appaltatore potrebbero essere ritenute vessatorie. La criticità è infatti legata all'aumento del prezzo che dette clausole possono comportare a danno del consumatore. Si richiamano qui tra le previsioni che si presumono vessatorie quelle di cui alle lettere (m), (n) e (o). A essere colpita è infatti la variazione ingiustificata e inaspettata del corrispettivo. Particolare cautela dovrà quindi essere osservata con riferimento a tale problematica, considerato che nel contratto di appalto il fenomeno della modificazione dei corrispettivi è assai frequente, e in qualche modo fisiologico, considerata l'attività che ne costituisce oggetto e le inevitabili variabili che possono presentarsi nel corso della esecuzione dell'opera<sup>30</sup>.

Anche la possibilità per il professionista di cedere il contratto ovvero, più frequentemente, di rivolgersi ad un subappaltatore dovrà essere attentamente vagliata e negoziata con il condominio consumatore ad evitare profili di potenziale illegittimità per violazione della lettera (s)<sup>31</sup>.

Sotto l'ultimo degli aspetti critici sopra riportati, va osservato che – mettendosi nell'ottica del condominio consumatore – l'esistenza di clausole penali potenzialmente vessatorie non pone particolari problemi. Essendo il condominio committente, assai più probabilmente la penale riguarderà l'adempimento delle prestazioni da parte dell'appaltatore. Uno spazio applicativo potrebbe residuare con riguardo ad eventuali penali per mancato pagamento dei corrispettivi, eventualmente previsti a "stato avanzamento lavori". In questo caso, interessi moratori eccessivi o penali di importo

---

<sup>30</sup> In argomento si veda G. MUSOLINO, *Appalto e sopravvivenza*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2009, fasc. 4, 761 ss.

<sup>31</sup> Si noti che, ai sensi dell'art. 33, secondo comma, c. cons., lett. s), "anche nel caso di preventivo consenso del consumatore" la clausola può essere considerata nulla "qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo".

spropositato potranno ugualmente essere colpiti attraverso la sanzione della nullità parziale, per contrasto con la lettera (f)<sup>32</sup>.

Se dunque la normativa protettiva riferita alla penale ben potrà essere suscettibile di applicazione, rilevanza assai più centrale assumono le regole previste in tema di recesso del committente e dell'appaltatore. Ai sensi dell'art. 33, secondo comma, c. cons. lett. (g) sarà necessario prevedere che il recesso spettante al committente non preveda la trattenuta da parte dell'appaltatore di somme anticipate per lavori non ancora svolti. Ancora dove sia previsto un recesso dell'appaltatore a seguito del versamento di una caparra da parte del committente, dovrà inderogabilmente essere introdotta la previsione della restituzione del doppio della caparra: il riferimento è alla lettera (e) della disposizione richiamata. In ogni caso il recesso del professionista dovrà prevedere un "ragionevole preavviso", salva la presenza di una giusta causa, ai sensi della lettera (h). L'esclusione del diritto di recesso previsto dalla legge in favore del committente è stata ritenuta una pattuizione vessatoria e dunque nulla<sup>33</sup>.

Dunque la disciplina protettiva che ispira il regime della clausola penale manifestamente eccessiva potrà applicarsi alle clausole penali atipiche come la caparra confirmatoria o la multa penitenziale, previste ed utilizzate al fine di rafforzare il vincolo contrattuale<sup>34</sup>.

Le previsioni di cui all'art. 34, lett. (a), (b), (c), (e), (f), (g), (h), (m), (n), (o), (r), (s) richiamate nel paragrafo che precede, ben potrebbero venire in rilievo di frequente nell'ambito dell'appalto, obbligando quindi le parti ad

<sup>32</sup> In tema di penale pecuniaria di importo manifestamente eccessivo e violazione dell'art. 33, comma 2, lett. f), cod. cons., cfr. C. BELLÌ, *Condominio "consumatore": nullità di protezione delle clausole vessatorie nei contratti di assicurazione e intervento integrativo del giudice*, in *Giur. Merito*, 2013, fasc. 2, pp. 282-283.

<sup>33</sup> Cfr. Trib. Foggia 2 agosto 2001, in *Corr. Giur.*, 2003, fasc. 4, 487 ss., con nota di R. CONTI, *Il potere di recesso del consumatore fra normativa comunitaria speciale e disciplina codicistica*. La regolamentazione del diritto di recesso è infatti centrale nell'appalto: cfr. G. MUSOLINO, *Il recesso nell'appalto. Dalla disciplina generale nel codice civile alla disciplina speciale del riformato codice degli appalti pubblici*, in *Riv. Trim. degli Appalti*, 2017, fasc. 3, 517 ss. Ancora sulle conseguenze patrimoniali del recesso del condominio-committente si veda Cass. 29 gennaio 2003, n. 1295, in *Rass. delle loc. e del cond.*, 2003, fasc. 3, 414 con nota di A. SCARPA, *Appalto di servizi condominiali, recesso unilaterale del condominio-committente e tutela del condominio-consumatore*. In tema si veda altresì: P. TAMANTI, *Il recesso del condominio e le penali contrattuali alla luce del codice del consumo*, in *Arch. Loc. Cond. Imm.*, 2017, fasc. 2, 166 ss.

<sup>34</sup> Sul punto si veda ancora M.N. BUGETTI, *op. cit.*, 429 e 431 per cui al di là del *nomen iuris* occorre infatti ricostruire la volontà delle parti, esaminando la funzione in concreto attribuita alla clausola inserita in contratto. È dunque possibile che la multa penitenziale assuma una "funzione in concreto eventualmente sanzionatoria", potendo così essere avvicinata anche alla clausola penale, segnatamente per quanto concerne il giudizio di vessatorietà.

una maggiore cautela in fase di negoziazione, ovvero legittimando il condominio a fare ricorso a strumenti più incisivi e finanche correttivi rispetto a quelli eventualmente inseriti in contratto.

La casistica ha già avuto modo di far emergere alcuni profili di specificità del condominio consumatore nei rapporti contrattuali, segnatamente con riferimento al contratto di appalto. Le considerazioni fin qui svolte hanno quindi trovato riscontri nella prassi, alla luce della valorizzazione del condominio come soggetto debole del rapporto, anche in epoca antecedente alla richiamata sentenza della Corte di Giustizia. Ad assumere particolare rilievo sono spesso i contratti legati al servizio di riscaldamento e di gestione del servizio di ascensore e relativa manutenzione, per loro natura estesi nella durata<sup>35</sup> o ancora del servizio di guardiania, ove dato in appalto ad una impresa esterna<sup>36</sup>. Profili problematici – e correlate esigenze di protezione – possono altresì manifestarsi in presenza di appalti per opere di manutenzione e

---

<sup>35</sup> Profili problematici emergono frequentemente con riferimento ai contratti di gestione del servizio di ascensore e sua manutenzione. Si tratta infatti assai spesso di contratti di lunga durata e che propongono clausole particolarmente onerose a carico del condominio. Tali contratti introducono spesso penali per cessazione anticipata del rapporto di importo rilevante. Sul punto cfr. indagine della AGCM, Bollettino Settimanale, Anno XXIII – n. 43, 4 novembre 2013, reperibile all'indirizzo: [www.agcm.it](http://www.agcm.it). I profili problematici affrontati dall'Autorità regolatrice riguardavano in particolare la deroga del foro del consumatore (cfr. lett. X); la previsione di un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione (cfr. lett. Y); l'imposizione al consumatore di penali o costi di recesso eccessivamente onerosi (cfr. lett. Z e K). Un caso affrontato di recente dalla giurisprudenza di merito riguardava un contratto di manutenzione ordinaria dell'impianto di ascensore per la durata di dieci anni che prevedeva a sua volta una proroga tacita decennale in caso di mancata disdetta da comunicarsi almeno sei mesi prima della scadenza del rapporto. La penale ivi prevista era significativamente pari "all'intero canone in vigore fino alla scadenza naturale del contratto" ed è stata ritenuta abusiva. Cfr. Trib. Napoli, 15 gennaio 2018, in *Condominio e Locazione*, 20 luglio 2018 con nota di V. AMENDOLAGINE, *La tutela del consumatore si applica ai contratti conclusi dal condominio*. In tema di manutenzione di una scala mobile all'interno di un centro commerciale cfr. Trib. Massa 26 giugno 2017, in *Condominio e Locazione*, 22 gennaio 2018, con nota di critica di G. GUIDA, *Il condominio di un centro commerciale e lo status di consumatore in tema di manutenzione conservativa dell'impianto di scala mobile*.

<sup>36</sup> In merito P.P. BOSSO, *I contratti del condominio e il condominio come consumatore, Introduzione e principi generali*, in *Arch. Loc. Cond. Imm.*, 2017, fasc. 1, 4 ss., evidenzia correttamente che "ai contratti di portierato, trattandosi di lavoro dipendente (regolato da apposito contratto collettivo) non si applicano le norme in tema di tutela del consumatore. Diverso è il caso dei contratti di guardiania o vigilanza [...] affidati non a lavoratori dipendenti ma ad imprese specializzate, dove il condominio o il committente potrebbe invocare la normativa a tutela del consumatore nei confronti del professionista".

miglioramento dell'edificio e in relazione alla stipulazione di polizze assicurative da parte del condominio<sup>37</sup>. Ulteriore ambito dotato di una propria specificità concerne i rapporti del condominio con le banche, in relazione ai quali, l'applicazione della normativa protettiva è suscettibile di avere un impatto notevole<sup>38</sup>.

Al di là dei tre profili specifici fin qui evidenziati, all'appalto stipulato dal condominio potrebbero riferirsi ulteriori potenziali criticità che, a ben vedere, non riguardano tanto il tipo contrattuale in oggetto, quanto, più in generale, la stipulazione di contratti tra professionista e consumatore. Anche nell'appalto vengono infatti in rilievo i doveri di informativa, trasparenza e protezione, la cui violazione potrà essere suscettibile di conseguenze anche sul piano risarcitorio<sup>39</sup>. Ancora in presenza di clausola formulata in modo poco chiaro, la stessa dovrà essere interpretata nel modo più favorevole per il consumatore.

---

<sup>37</sup> In tema di contratto di assicurazione si segnala Trib. Genova, 6 novembre 2007, per cui il condominio che stipuli una polizza assicurativa non può essere assimilato ad un professionista: la sua forza contrattuale è del tutto equiparabile a quella di un privato che non ha alcun potere di incidere sul contenuto del contratto. In argomento si veda altresì Cass. 24 luglio 2001, n.10086 in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1456. In tema cfr. anche C. BELLÌ, *Condominio "consumatore": nullità di protezione delle clausole vessatorie nei contratti di assicurazione e intervento integrativo del giudice*, in *Giur. Merito*, 2013, fasc. 2, 282-283, relativo ad un caso in cui la facoltà di recesso era stata prevista unicamente a beneficio dell'impresa.

<sup>38</sup> In tema di condominio consumatore e trasparenza bancaria si rinvia a R. GRISAFI, *Il condominio può essere classificato come "consumatore"? Note in tema con particolare riguardo alla disciplina in materia di trasparenza bancaria*, in *Studium Iuris*, 2014, fasc. 10, p. 1142 ss. Cfr. anche M. RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contr. e Impr.*, 2014, 201 ss.

<sup>39</sup> Il D.lgs. 21 febbraio 2014, in attuazione della direttiva 2011/83/UE ha regolato il diritto di informazione precontrattuale del consumatore. In particolare è stato rinnovato il Titolo III del Codice del Consumo, dagli art. 45 al 67. Il professionista è tenuto obbligatoriamente a fornire al consumatore una serie di informazioni in modo chiaro e comprensibile: cfr. art. 49 c. cons.. Le informazioni devono essere leggibili ed esposte in un linguaggio semplice e comprensibile. Sarà poi necessaria la predisposizione di un preventivo scritto da sottoporre all'amministratore: secondo l'interpretazione più rigorosa, forse eccessivamente restrittiva, su di esso occorrerebbe altresì l'approvazione e la modifica dell'assemblea, elementi ritenuti necessari alla configurazione in concreto di una effettiva trattativa. In questi termini P.P. BOSSO, *I contratti del condominio e il condominio come consumatore, Introduzione e principi generali*, in *Arch. Loc. Cond. Imm.*, 2017, fasc. 1, 4 ss. Si osserva per vero che il passaggio in assemblea – per quanto ad avviso di chi scrive non necessitato – costituisce indubbiamente uno strumento utile ad avvalorare l'effettiva sussistenza di una trattativa intercorsa con il condominio, ancorché la stessa possa essere svolta proficuamente anche da parte del solo amministratore.

Ulteriore pattuizione rilevante anche per il contratto di appalto stipulato dal condominio è quella relativa al foro territorialmente competente o all'eventuale competenza arbitrale: in questi casi, infatti, la relativa clausola si espone al rischio di "vessatorietà", in particolare ai sensi delle lettere (t e u), che andrà verificata valutando tutte le circostanze del caso concreto<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Sul foro del consumatore cfr. G. DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio e applicabilità delle disposizioni concernenti i contratti dei consumatori: il diritto italiano dopo la sentenza della Corte Giust. UE del 2 aprile 2020*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2021, 3, 586 ss. Con riferimento all'arbitrato, a venire in rilievo è in particolare, la lett. t), dell'art. 33, secondo comma, c. cons. che considera vessatorie le clausole che introducano "deroghe alla competenza". Particolarmente controversa è la questione della possibilità di riferire tale norma anche all'ipotesi in cui le parti inseriscano in contratto una clausola compromissoria che preveda un arbitrato irrituale: in tema si veda tra gli altri T. GALLETTI, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'"anatra zoppa"*, in *Riv. arb.*, 2011, 127 ss. Secondo una prima tesi, in questo caso, la disposizione non potrebbe trovare applicazione: in queste ipotesi, infatti, a rigore non si introducono "deroghe alla competenza". Inoltre, a seguito dell'introduzione dell'art. 808-ter c.p.c., relativo proprio all'arbitrato irrituale, pare venuto meno anche l'ulteriore profilo di contrasto che avrebbe potuto astrattamente porsi con la direttiva n. 93/13/CEE del 5 aprile 1993, da cui origina la tutela consumeristica oggi approdata nel Codice del Consumo. Essa, infatti, considera vessatoria la previsione dell'obbligo del consumatore "a rivolgersi ad una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche"; ad oggi, tuttavia, l'arbitrato irrituale non può più considerarsi privo di regolamentazione. Qualora si ritenesse di aderire a tale impostazione (sostenuta tra gli altri da L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 162), la clausola compromissoria per arbitrato irrituale non potrebbe automaticamente presumersi come vessatoria. Occorrerebbe quindi una valutazione da svolgersi caso per caso per fondare un giudizio di abusività della stessa alla luce dell'intero regolamento contrattuale. Un diverso approccio interpretativo predica invece l'abusività di siffatte clausole. Questo secondo orientamento pare convincente in quanto già "d'intuito si avverte che è più vessatoria una clausola di arbitrato irrituale di quella per arbitrato rituale" (in questi termini G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2011, 41). La previsione di un arbitrato irrituale appare poi particolarmente gravosa per il consumatore in quanto difficilmente bilanciabile sul piano dei contrapposti diritti e obblighi delle parti. Infine, a ben vedere, proprio l'esigenza di proteggere il consumatore giustifica una interpretazione estensiva della previsione normativa di cui alla citata lett. t), dell'art. 33, secondo comma, cod. cons., non limitata alla competenza in senso stretto. Per una panoramica circa le contrapposte tesi interpretative sul punto, ci si limita qui a richiamare l'attenta analisi di M. ZULBERTI, *La convenzione per arbitrato irrituale*, in L. SALVANESCHI – A. GRAZIOSI (a cura di), *L'Arbitrato*, Milano, 2020, 155-158, ed *ivi* ulteriori riferimenti. L'Autore aderisce a sua volta a tale ultimo orientamento e conclude evidenziando come, anche in presenza di clausola compromissoria per arbitrato irrituale, "il professionista che voglia avvalersi della clausola arbitrale dovrà dimostrare che essa è stata oggetto di specifica trattativa, sì che se ne possa escludere la vessatorietà in base a quanto stabilisce l'art. 34 cod. cons.". In argomento è interessante richiamare la peculiare casistica fatta

Ancora, a seguito di recenti modifiche della normativa, va segnalata l'illegittimità di individuare *a priori* un singolo organismo di ADR a cui il consumatore sia tenuto in via esclusiva a rivolgersi prima di avviare una controversia, ai sensi della lettera (v-bis). Infine, un ulteriore aspetto già accennato riguarda la previsione di interessi moratori eccessivi che può essere tacciata di abusività con conseguente caducazione della clausola.

4. – Il quadro anzi delineato pone in evidenza un dato incontrovertibile: si è distanti dal poter qualificare con certezza il condominio alla stregua di consumatore. Cionondimeno, l'analisi della giurisprudenza mette in rilievo la tendenza ad individuare possibili criteri di qualificazione del condominio come consumatore improntati ad un *favor* per l'estensione del regime consumeristico anche ai contratti in cui ne sia parte.

Tale tendenza, ancorché non univoca, ha ripercussioni di ordine pratico, oltre che sistematico, di non poco momento, suscettibile com'è di ripercuotersi sulla disciplina dei contratti stipulati dal condominio e di mutarne il regime. Le conseguenze di tale assunto non tardano ad evidenziarsi, solo se si consideri come al di là del tenore testuale del contratto di cui sia parte un condominio, allorché questi possa o sia qualificato come consumatore e gli si applichi la relativa disciplina, di natura inderogabile, muta considerevolmente la posizione dell'alta parte-professionista. Il che impone di valutare *ex ante* l'assetto obbligatorio del contratto, senza trascurare di prudentemente considerare la tenuta di tale assetto in applicazione dei criteri che, nell'attuale quadro giurisprudenziale, potrebbero condurre a far ritenere che il condominio sia, nella specie, destinatario della protezione offerta dalla disciplina consumeristica. Occorre quindi avere consapevolezza di questo dato perché, al di là di quello che le parti abbiano stabilito nel contratto, la disciplina sostanziale può trovare applicazioni, andando ad incidere sul contenuto stesso del contratto. In questo quadro è forse preferibile considerare sin da subito, nella fase di trattativa e predisposizione dell'accordo contrattuale, il condominio come un consumatore ad evitare i rischi e l'incertezza che un'applicazione

---

oggetto di decisione da Cass. 22 maggio 2015, n. 10679, in *Condominio e locazione*, 19 settembre 2017 con nota di E. DITTA, *Applicazione della disciplina di tutela del consumatore ai contratti condominiali ha affrontato invece il tema di Contratto di appalto e disciplina a tutela del consumatore*. Tale pronuncia ha riconosciuto la validità di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale che attribuisca al solo condominio committente la perdurante facoltà di escludere l'affidamento della controversia agli arbitri e di adire invece l'Autorità giudiziaria. La Corte Suprema ha infatti ritenuto che la derogabilità unilaterale di tale previsione non confligga con i margini di esercizio dell'autonomia privata, segnatamente in caso di arbitrato irrituale.

successiva dello statuto protettivo del medesimo potrebbe determinare in sede giudiziale.

Nell'attuale contesto economico in cui la concessione di importanti benefici fiscali ha sensibilmente alzato l'incidenza della contrattazione – specie in relazione all'appalto – da parte dei condòmini, peraltro ad alto impatto economico, sembra quantomai opportuno non trascurare di riflettere sul coordinamento tra la disciplina generale e quella consumeristica, nel tentativo di evitare di incorrere in una modifica del contenuto del contratto per l'applicazione di norme imperative. Tale tentativo risulta, tuttavia, più difficile nell'incerto quadro normativo e giurisprudenziale in materia di condominio, che richiede, nel silenzio del legislatore, una ancor maggiore prudenza da parte degli operatori.

-----

#### **Abstract**

#### **THE QUALIFICATION OF THE CONDOMINIUM AS A CONSUMER: IMPLICATIONS AND PROTECTIONS**

Da tempo si discute della applicabilità al condominio della disciplina protettiva del consumatore. Il tema è stato oggetto di una recente pronuncia della Corte di Giustizia (sentenza 2 aprile 2020, n 329) e trova oggi un rinnovato interesse in considerazione degli sgravi fiscali introdotti dal Decreto rilancio (c.d. Superbonus), che ha elevato al 110% l'aliquota di detrazione delle spese sostenute per specifici interventi di ristrutturazione ed efficientamento degli immobili. La massiccia contrattazione conseguente a tali interventi normativi induce a domandarsi se e a quali condizioni il condominio possa godere della tutela consumeristica, e, specie con riguardo al contratto di appalto, come influisca la qualità di consumatore sulla negoziazione, sulla determinazione del contenuto contrattuale e sulle tutele accordate al soggetto debole del rapporto.

\*\*\*

*The applicability of the consumer protective discipline to the condominium has long been discussed. The issue was the subject of a recent ruling by the Court of Justice (2 April 2020, n 329) and is today particularly interesting in consideration of the tax relief introduced by the Revival Decree (so-called Superbonus), which raised the rate up to 110% for the deduction of expenses incurred for specific restructuring and efficiency improvements of the buildings. The massive bargaining resulting from these regulatory interventions leads the jurist to wonder if and under what conditions the condominium can enjoy consumer protection, and, especially with regard to the "construction contract", how the quality of consumer affects the negotiation, the determination of the contractual content and on the protections granted to the weak party of the contractual relationship.*

-----



## I LAVORATORI RIGENERANO L'IMPRESA: IL WBO. UNA GESTIONE SOSTENIBILE DELLA CRISI

TANIA TOMASI

*Ricercatore*

*nell'Università di Ferrara*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il nuovo paradigma della crisi di impresa e la linea della sostenibilità. – 3. La valorizzazione del fattore lavoro tra direttiva *insolvency* e codice della crisi e dell'Insolvenza – 4. Il WBO: origine ed esperienze comparatistiche – 5. Il WBO in Italia: origine ed evoluzione – 6. Una riflessione conclusiva.

1. – La fase di grave crisi, prima finanziaria, poi pandemica, infine, derivante dal vicino scenario di guerra, ha determinato il legislatore nazionale, sulla spinta di quello unionale ed in linea con la tendenza mondiale, a ridisegnare l'ordinamento dell'insolvenza dell'impresa, al fine di diffondere una nuova cultura della gestione della crisi.

È infatti ben noto all'azione legislativa che nelle crisi di dimensione globale la competizione tra ordinamenti è rafforzata, poiché un intervento legislativo efficace conduce alla ripresa di un'economia, altrimenti determinandosi una retrocessione nello scacchiere internazionale<sup>1</sup>. Ciò sul presupposto che una moderna legislazione sull'insolvenza contribuisce significativamente alla crescita e allo sviluppo economico di un Paese e dei suoi mercati, favorendo la selezione delle imprese migliori, attraverso la fuoriuscita dal mercato di quelle incapaci di competere, e assicurando l'allocazione ottimale delle risorse produttive, che, celermente smobilizzate, vengono reimpiegate in modo più proficuo in nuove e diverse iniziative imprenditoriali<sup>2</sup>.

D'altra parte, una moderna ricostruzione del diritto dell'insolvenza deve spaziare al di là della sola definizione dei rapporti debitori all'interno dell'impresa in crisi, secondo la tradizionale visuale "microeconomica", per

---

<sup>1</sup> S. PACCHI, *Una possibile alternativa per la continuità indiretta: l'acquisto dell'azienda da parte dei lavoratori*, in S. AMBROSINI, *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, Torino, 2021, 23 ss.

<sup>2</sup> Per tutti, v. V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2022, 1 ss.

abbracciare, in un senso anche "macroeconomico", la trama complessiva delle relazioni che si dipanano intorno all'impresa in difficoltà<sup>3</sup>.

Questa nuova prospettiva, che vede nella progressiva apertura al mercato delle discipline dell'insolvenza uno dei suoi passaggi più significativi e qualificanti<sup>4</sup>, è stata accolta nell'impianto concettuale che caratterizza il nuovo codice. In particolare, essa diventa oggi ancor più evidente nella composizione negoziata della crisi (nel prosieguo anche CNC), la cui *ratio* si identifica nel tutelare l'impresa "meritevole" di accedere a tale strumento, in quanto valutata da un esperto indipendente come "effettivamente risanabile"<sup>5</sup>.

In questo approccio più moderno e di più ampio respiro, i risultati delle procedure di gestione delle crisi d'impresa vengono misurati non soltanto in termini di soddisfazione dei creditori (ciò che resta, evidentemente, prioritario, nella singola fattispecie considerata), ma anche (in una prospettiva d'insieme che trascende la singola vicenda di crisi e guarda al fenomeno in senso più ampio e globale) in termini di efficienza allocativa, secondo una visione che è, appunto, d'interesse anche generale<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> G. B. PORTALE, *Dalla "pietra del vituperio" al "bail-in"*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 21 ss.; J. PULGAR EZQUERRA, *"Holdout" degli azionisti, ristrutturazione di impresa e dovere di fedeltà del socio*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 13 ss.

<sup>4</sup> Tale approccio è del resto alla base di molte delle innovazioni apportate nell'ultimo ventennio alle nostre discipline concorsuali, v. G. SCOGNAMIGLIO, *Le trasformazioni del diritto fallimentare*, in F. AMATORI, M. D'ALBERTI (a cura di), *L'impresa italiana. Il contesto*, Roma, 2020, 565 ss.

<sup>5</sup> M. LIBERTINI, *Crisi d'impresa e diritto della concorrenza*, in *Merc. conc. Regole*, 2021, 9 ss.

<sup>6</sup> La direttiva impone oggi sul piano normativo questa chiave interpretativa. Essa è infatti uno strumento rivolto innanzitutto a garantire il corretto funzionamento del mercato interno e il pieno dispiegarsi delle libertà fondamentali garantite dal TFUE in tutti i Paesi dell'Unione, come chiarisce in esordio il considerando n. 1, e trova coerentemente la sua base giuridica negli articoli 53 e 114 del trattato; essa afferma altresì, ripetutamente e in modo esplicito, che lo sforzo di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di insolvenza, pur non ancora pienamente compiuto, intende garantire non solo i creditori, ma l'impresa in sé e tutti i diversi portatori di interesse (*shareholders* ma anche *stakeholders*) che intorno all'impresa gravitano, proteggendo i valori, anche immateriali, che all'impresa in funzionamento sono correlati; e che questo corrisponde anche a un preminente interesse generale, all'efficiente funzionamento del mercato e dei meccanismi allocativi e competitivi che ne costituiscono la base. Per una più ampia illustrazione del concetto v. V. MINERVINI, *Insolvenza e mercato. Itinerari per la modernizzazione delle discipline sulla crisi d'impresa*, Roma, 2018, 13 ss.

Una tale ricostruzione delle discipline concorsuali all'interno della teoria dell'impresa risulta peraltro coerente con i più recenti approdi normativi e dottrinari e può anzi osservarsi come la situazione odierna metta sotto gli occhi di tutti l'imprescindibilità di un tale quadro logico. A maggior ragione nei periodi di recessione, infatti, l'interesse della collettività non si esaurisce nella sistemazione dei

Sotto questo profilo, il sistema domestico, mediante il codice della crisi e dell'insolvenza già più volte rinnovato, pare tenere bene in considerazione l'obiettivo di efficienza che caratterizza la prospettiva economica, secondo cui è necessario riequilibrare i "costi" con i ricavi dell'impresa, e cioè fare in modo che l'impresa in crisi produca risorse sufficienti almeno a coprire i costi generati e correlati al procedimento di risanamento. Ciò può avvenire, secondo i risultati della teoria aziendalistica, attraverso una riorganizzazione dell'impresa che, tenendo conto degli interessi in gioco, delinea diverse aree di intervento.

In primo luogo, è necessario e fondamentale non recare pregiudizio al ceto creditorio ed anzi diviene opportuno instaurare un rapporto con i creditori nella gestione della crisi di impresa. Ciò sia per tutelare i creditori stessi, sia per salvaguardare l'impresa come valore aziendale, ovvero come attività<sup>7</sup>.

---

rapporti di dare e avere all'interno della singola impresa in crisi o insolvente, ma richiede anche l'individuazione di una risposta *adeguata* di tipo *sistemico*, in modo da temperare, per quanto possibile, le ricadute negative che una condizione di insolvenza generalizzata può determinare per il tessuto economico e sociale del Paese nel suo complesso. In argomento, con la consueta lucidità, cfr. M. FABIANI, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da emergenza COVID-19*, in *Fall.*, 2020, 589 ss: "pur nella emergenza, non si può fare a meno di avere una visione di sistema e, soprattutto, una visione prospettica e periferica: bisogna riattivare (...) i presidi che consentano da un lato di offrire ossigeno alle imprese, ma dall'altro lato riconvertano le imprese non salvabili ad un mercato delle crisi che non immobilizzi ricchezze"; N. ABRIANI, *Concordato preventivo e ristrutturazione dell'impresa dopo il D.L. n. 118/2021: Que reste-t-il?*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2022; D. GALLETI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *www.ilFallimentarista.it*.

<sup>7</sup> L. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 74 ss., che ha affermato che, a seguito della riforma della legge fallimentare, lo stesso dato positivo reclama una revisione concettuale, legittimando una diversa considerazione del diritto della crisi d'impresa a fini ricostruttivi. Il cambio di prospettiva rinvenibile nella legge è infatti drasticamente orientato a valorizzare gli aspetti privatistici a discapito non solamente di quelli pubblicistici, ma anche dei profili processualistici. La legge riformata percepisce l'impresa nella sua realtà dinamica, non più come patrimonio cristallizzato dell'imprenditore. Anche nel fallimento diviene essenziale la gestione dell'attività, sia pure agli esclusivi fini della liquidazione patrimoniale. L'A. ha inoltre evidenziato che nelle economie di mercato l'attività può convenientemente salvaguardarsi soltanto per operazioni di mercato, nelle quali il debitore e i creditori ridefiniscono i termini della relazione economica che li lega mediante l'autonomia negoziale e dando così origine ad accordi e concordati. L'oggetto del contratto e del procedimento di concordato, ossia una determinata attività di impresa (di riorganizzazione e risanamento o anche di mera liquidazione), e la loro funzione, ossia il superamento tramite quella specifica attività dello stato di crisi che connota l'impresa complessivamente considerata, legittimano la conclusione che queste soluzioni negoziali siano finalizzate non semplicemente alla composizione della debitoria, ma al superamento della crisi, valendo anche come modalità gestorie

Inoltre, tale rapporto è efficace se si instaura prima della manifestazione dello stato di insolvenza. Quindi, l'intervento, volto a gestire la situazione della crisi per il primario scopo di tutelare i soggetti creditori e non recare loro pregiudizio, deve essere tempestivo.

Infine, per assicurare questa tutela del credito occorre introdurre doveri e conseguenti responsabilità in capo agli attori che intervengono nella gestione dell'impresa in crisi<sup>8</sup>.

della crisi; cfr. inoltre G. ZANARONE, *Il finanziamento delle imprese in crisi nelle recenti misure per la crescita del Paese, con particolare riguardo ai finanziamenti dei soci*, in *Impresa e mercato. Studi in onore di Libertini*, 2015, III, 1652 ss., che ha ripercorso l'evoluzione normativa della legge fallimentare, in particolare richiamando l'art. 33 del d.l. 22.06.2012, n. 83 (come convertito in l. 7.08.2012, n. 134), rubricato "*Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*" che testualmente assegna alla progettata revisione della legge fallimentare l'obiettivo di "*favorire la continuità aziendale*". Per un approfondimento sul complessivo contenuto della richiamata disposizione, v. M. FABIANI, *Nuovi incentivi per la regolamentazione concordataria della crisi d'impresa*, in *Corriere giur.*, 2012, 1265 ss.; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano, 2012; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012; G. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento*, Bologna, 2013; G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fall.*, 2013, 19 ss.; ID., *Composizione concordataria della crisi e valore della continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 1037 ss.; E. BERTACCHINI, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza"*. *Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (D.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Contr. impr.*, 2013, 315 ss.; Circolare Assonime n. 4/2013, *Le nuove soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2013, 541 ss. Cfr. inoltre la relazione di accompagnamento allo schema d.lgs. "*la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*", che evidenzia la tendenza del legislatore nazionale, sulla scorta degli esempi degli altri stati membri dell'Unione europea, a considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi procurando alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali. Sul tema della continuità aziendale v. infine G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 3 ss.; F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, in *NLCC*, 2013, 1147 ss.

<sup>8</sup> B. LIBONATI, *Crisi societarie e governo dei creditori*, in *Dir. giur.*, 2007, 10 ss.; A. NIGRO, "*Privatizzazione*" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Aa.Vv.*, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, 1 ss.; L. ROVELLI, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in L. DI MARZIO (a cura di), *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 38 ss. Sulla problematica compatibilità della cd. degiurisdizionalizzazione con il quadro costituzionale cfr. G. COSTANTINO, *Economia e processo. Contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 7 ss. Per una esaustiva ricostruzione v. M. FABIANI, *Contratto e*

Ciò tenendo conto che è proprio la prospettiva *law and economics* ad insegnare che in prossimità di una crisi di impresa il rapporto debitore-creditore subisce una distorsione, in quanto i portatori di capitale di credito divengono di fatto i *residual claimants*, posto che è su tale categoria di soggetti che vengono traslati i costi, ovvero i rischi, dell'impresa. Seguendo questa impostazione, i creditori, in veste di soggetti titolari in fatto di una concreta aspettativa a ricevere una soddisfazione patrimoniale, e titolari in diritto di interessi particolari e collettivi, devono sottostare a specifici doveri, anche al fine di partecipare al governo dell'impresa in crisi, per attuare gestioni più efficienti e, quindi, perseguire i nuovi, o per lo meno rimodellati, obiettivi che permeano i recenti interventi normativi nazionali<sup>9</sup>.

Questa prospettiva è stata confermata dal recepimento della direttiva europea sulla ristrutturazione e sull'insolvenza<sup>10</sup>, che eleva le soluzioni concordate a pilastro dell'ordinamento<sup>11</sup>.

Il riferimento è, in particolare, agli artt. 4 e 5 della richiamata direttiva che, diffondendo la cultura della prevenzione e del salvataggio dell'impresa in crisi, impegnano gli Stati membri, qualora sussista una probabilità di insolvenza, a fornire alle imprese in difficoltà l'accesso a uno o più quadri di ristrutturazione preventiva, "al fine di impedire l'insolvenza e di assicurare la loro sostenibilità economica, fatte salve altre soluzioni volte a evitare

---

*processo nel concordato fallimentare*, Roma, 2009, 60 ss.; N. SALANITRO, *Capitalizzazione e crisi economica*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, I, 125 ss.

<sup>9</sup> Con la premessa che, visto il particolare periodo storico e il susseguirsi di novelle, non mi pare opportuno analizzare le singole nuove disposizioni, quanto piuttosto spostare l'indagine sui principi generali.

<sup>10</sup> Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).

<sup>11</sup> Dopo che numerosi paesi europei hanno già varato specifiche misure per consentire alle aziende in difficoltà di fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia, arriva anche l'Italia ad apprestare strumenti negoziali pensati per rispondere alle esigenze impellenti delle imprese, dei creditori, dei lavoratori e del mercato in genere nel periodo in cui vengono a cessare le moratorie bancarie, i divieti di licenziamento e i plurimi sostegni o ristori concessi dal governo. Non v'è spazio per analizzare partitamente ciascuna recente riforma continentale (la *STARUG* in Germania, il *Traitement de sortie de crise* in Francia, il *CERP* in Olanda, e analoghe procedure in Spagna, Belgio, Irlanda) (Per una rassegna delle recenti legislazioni europee si rimanda alle pubblicazioni trimestrali dell'Osservatorio Internazionale sulla crisi di impresa, in *cndcec.it*. Mentre negli USA è in vigore lo *Small Business Reorganization Act* per le MPI (Chapter V - Chapter 11).

l'insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale"<sup>12</sup>.

Tali soluzioni pensate dal legislatore nazionale sono molteplici e consistono non soltanto (o non tanto) in procedure concorsuali, quanto soprattutto in misure negoziali<sup>13</sup>.

In questo scenario, vorrei porre l'attenzione su uno strumento già noto al nostro sistema ordinamentale, ma ancora poco esplorato, che è stato progressivamente potenziato nell'ultimo decennio attraverso plurimi interventi legislativi e che ritengo venga oggi rafforzato dai valori della nuova cornice normativa: il *Workers Buyout*, diffuso anche con l'acronimo "WBO".

Come avrò modo di precisare di seguito, infatti, a mio avviso, questo strumento può rappresentare una delle soluzioni adeguate ai nuovi principi di superamento della crisi.

Ciò in quanto, da un lato, il WBO garantisce la continuità aziendale; dall'altro, attribuisce un ruolo attivo ad una categoria di creditori: i lavoratori, soggetti interessati a risolvere la crisi dell'impresa datrice di

---

<sup>12</sup> La direttiva, vincolante per gli Stati membri, persegue l'obiettivo di escludere solo i debitori che non abbiano prospettive di sostenibilità economica, ed era stata preceduta dalla raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 (2014/135/UE) denominata "un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza", che aveva i medesimi oggetto e finalità ma non erano stati pienamente accolti nei singoli ordinamenti. Si è così resa necessaria la loro trasposizione nella Direttiva 1023. Sulla spinta delle raccomandazioni specifiche del Consiglio Europeo all'Italia sulla lentezza e inefficienza del sistema giudiziario, fra gli obiettivi del PNRR il Governo – per quanto qui interessa – si è impegnato ad apportare modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza attuando la direttiva UE n. 1023/2019 rivedendo gli accordi di risoluzione extragiudiziale al fine di incentivare le parti a farne un maggior uso; potenziando i meccanismi di allerta; specializzando gli uffici giudiziari e le autorità amministrative competenti per le procedure concorsuali; implementando la digitalizzazione delle procedure anche attraverso la creazione di una apposita piattaforma online

<sup>13</sup> Invero, risulta evidente che stiamo attraversando un periodo di rilevanti modifiche alle procedure concorsuali esistenti (cfr. la legge di delegazione europea n. 53/2021; per il recepimento della direttiva 1023 entro luglio 2022 è stata prorogata la durata in carica della Commissione di riforma istituita con d.m. 22.4.2021 e presieduta dalla Prof. I. Pagni) e la direttiva 1023, nell'affermare la volontà di salvaguardare anche i diritti dei lavoratori (in particolare nelle PMI) e dei principali *stakeholders* (fornitori, banche, consumatori e clienti, erario, enti previdenziali, soci)<sup>13</sup>, non trascura la tutela di tutti i creditori (v. gli artt. da 6 a 11 e i Considerando 35 ss.): con riguardo a questi ultimi è stato elaborato il principio di assenza di pregiudizio, ovverosia del *No creditor worse off* (NCWO)<sup>13</sup>, che declina la tutela del diritto di proprietà, qual è considerato ormai anche il diritto di credito a livello costituzionale ed europeo, nella materia della crisi d'impresa come diritto a non essere pregiudicati rispetto all'alternativa della liquidazione.

lavoro per conservare anzitutto la propria occupazione e, conseguentemente, dotati di una forte leva sociale, che il legislatore incentiva e valorizza.

In particolare, l'impresa rigenerata, come viene per lo più denominato il fenomeno in ambito domestico, è coerente con i quadri di ristrutturazione preventiva e, soprattutto e per quanto interessa in questa sede, trova terreno fertile nella nuova procedura di composizione negoziata della crisi (di seguito anche soltanto CNC)<sup>14</sup>.

Quest'ultima è, infatti, una soluzione di tipo negoziale e stragiudiziale non più imperniata sulla contrapposizione tra debitore e creditori, ma, piuttosto, sulla ricerca congiunta di una risposta adeguata al problema che affligge tutti, cercando di puntare alla conservazione della relazione economica.

In questo senso, come indicato nella relazione accompagnatoria "l'accordo si proietta oltre la soluzione del debito"<sup>15</sup>.

Più precisamente, la composizione negoziata della crisi si coniuga con i principi portati dalla direttiva in punto di predisposizione di quadri efficienti di ristrutturazione precoce delle imprese in difficoltà, fondate in prima istanza sulla volontarietà, sull'autonomia negoziale e sulla (tendenziale) stragiudizialità, nella convinzione che la situazione di crisi dell'impresa debba poter (emergere ed) essere affrontata – paradossalmente, ma perspicuamente – "quando ancora non c'è"<sup>16</sup>, quando cioè si è ancora in quella "twilight-zone" nella quale le possibilità di risanamento e di ristrutturazione sono certamente maggiori, a vantaggio di tutti gli attori, che possono acquisire un ruolo importante nel processo di risanamento.

---

<sup>14</sup> Il d.l. 24 agosto 2021 n. 118 ha introdotto numerose novità, tra le quali, in particolare, il nuovo strumento denominato "Composizione negoziata per la soluzione della crisi", con il corredo di supporti accessibili sulla piattaforma telematica, quali il test on line, la lista di controllo e il protocollo di conduzione della composizione negoziata. Con la legge di conversione 21 ottobre 2021 n. 147 il provvedimento dell'agosto scorso esce dunque nella sua veste definitiva. Tra le numerose novità, di grande rilievo, vi sono quelle del nuovo ruolo dell'esperto indipendente e dei diversi supporti a forte contenuto aziendalistico (test on line, lista di controllo, protocollo), mediante i quali è stata introdotta una assai articolata strumentazione tecnico-contabile composita, a contenuto consuntivo e preventivo, fortemente innovativa dal punto di vista terminologico, formale e concettuale, che dovrà trovare, nel tempo, innanzi tutto un'adeguata sistematizzazione per evitare di risultare un coacervo di dati di difficile integrazione; ma anche un doveroso raccordo con la dottrina aziendalistica ed anzi con le discipline specialistiche interessate e che sono assai numerose: dalla ragioneria alla pianificazione, dalla letteratura sulle crisi e i risanamenti aziendali a quelle strategica, manageriale e organizzativa.

<sup>15</sup> Il riferimento è alla relazione al d.l. 118 del 2021 (*sub* nt 15) che ha introdotto la CNC, poi confluita nell'attuale codice della crisi e dell'insolvenza.

<sup>16</sup> E. PAGANI, *Il Workers buyout quale possibile strumento di risoluzione della crisi della piccola e media impresa italiana*, in *www.ilcaso.it*, 1° ottobre 2020.

Questo istituto, introdotto con il d. l. 118 del 2021<sup>17</sup> e poi confluito nel codice della crisi, si propone di recepire la cosiddetta *rescue culture*<sup>18</sup>.

Questa cultura del risanamento si fonda sulla “anticipazione” e, quindi, sulla emersione anticipata della crisi e sulla “precocità” della fase di ristrutturazione.

Corollari di questa impostazione sono i principi di semplificazione, celerità, economicità e modernizzazione delle discipline e di prevalenza delle soluzioni negoziate, stante il *favor* per i meccanismi e le tecniche di conservazione delle strutture produttive<sup>19</sup>.

In questa prospettiva, con l’occasione della pandemia, il legislatore pare imprimere una svolta privatistica al sistema normativo, introducendo un accordo qualificato, cioè strutturato, con un apparato di principi, norme e procedimenti in funzione del suo adattamento alle particolari esigenze imposte dalla crisi di impresa<sup>20</sup>.

È dunque evidente che questo approccio va ad impattare sui diritti dei creditori, richiedendo la ricerca di un nuovo punto di equilibrio tra i diritti del debitore ad una ristrutturazione preventiva ed efficace, con conseguenze su tutta la catena di approvvigionamento (costellazione di interessi) e, quindi, sull’economia in generale, e quelli dei creditori alla soddisfazione della propria pretesa patrimoniale.

Si tratta di affermazioni che, anzitutto, vanno contestualizzate alla luce, da un lato, delle crisi economiche che hanno caratterizzato gli ultimi anni, imponendo una rivisitazione del concetto stesso di “fare impresa” che necessariamente ricomprende una nuova ed adeguata gestione del rischio e un sistema di prevenzione della crisi e dell’insolvenza; dall’altro lato, del quadro dei nuovi principi europei recepiti o di prossimo recepimento nell’ordinamento interno.

Il ruolo dell’interprete sta dunque nell’individuare il punto di equilibrio (o, più realisticamente, i punti di equilibrio) tra l’autonomia negoziale del

<sup>17</sup> V. d.l. 24 agosto 2021, n. 118, recante “Misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia” entrato in vigore il 25 agosto 2021 e convertito con modificazioni dalla L. 21 ottobre 2021, n. 147 (in G.U. 23/10/2021, n. 254).

<sup>18</sup> V. FINCH, *The Recasting of Insolvency Law*, in *The Modern Law Review*, 2005, Vol. 68, 713 ss.

<sup>19</sup> A. NIGRO, *I principi generali della nuova riforma “organica” delle procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. banca*, 2020, I, 12 ss.

<sup>20</sup> ROSSI: È peraltro singolare che, nel testo di legge che restituisce al contratto dignità di strumento di regolazione della crisi, nella disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, l’istituto più “negoziale” contenuto nella legge fallimentare, si ampli ulteriormente, con l’apertura dell’efficacia estesa degli accordi ex art. 182-septies l. fall. ad ogni creditore, anche diverso da banche e intermediari finanziari, il ricorso al principio maggioritario.



singolo creditore e l'interesse collettivo a non distruggere imprese ancora dotate di valore. Il tema è delicato e quanto mai attuale, perché mette in gioco il bilanciamento tra valori costituzionalmente tutelati e, peraltro, non può non collegarsi alla recente legge costituzionale di febbraio 2022 che ha introdotto, attraverso una modifica degli articoli 9 e 41, esplicitamente la tutela sociale ed ambientale<sup>21</sup>.

2. – La riforma dell'ordinamento della crisi, come si è anticipato, introduce, anzitutto, nuovi principi e valori, attribuendo importanza fondamentale alla creazione e conservazione di valore aziendale. Sono necessari nuovi o comunque vanno implementati quegli *standard* e strumenti già esistenti che misurano la creazione di valore sociale e ambientale per tutti gli *stakeholders*, oltre a modelli di *governance* aziendale che consentano di bilanciare profitto e impatto positivo. Ne consegue, per quanto in questa sede più interessa, una nuova identità per le procedure concorsuali.

Ciò ha necessariamente effetto sui soggetti, ripensandone i ruoli ed estendendo il perimetro delle parti coinvolte a tutte le *constituencies* dell'impresa.

Infatti, si delinea un nuovo modo di fare impresa che adotta un approccio *multi-stakeholders*, evolvendo verso modelli di business che creano valore, inteso non soltanto come profitto, ma come progresso<sup>22</sup>.

Il risultato è che queste "parti" dell'impresa sono rese partecipi e vengono portate a sistema, così contribuendo a delineare un nuovo impianto culturale e valoriale.

In questo paradigma non più conflittuale, ma collaborativo, una situazione di crisi o di insolvenza ben può essere compatibile con la prosecuzione dell'attività d'impresa per il <sup>23</sup>perseguimento di interessi di diversa natura, tra cui quello dei creditori, secondo un bilanciamento rispetto ad altri valori potenzialmente sovraordinati e confliggenti.

Tale nuovo approccio, di cui si rinviene traccia nel nostro ordinamento già nel diritto dell'impresa (art. 2086 c.c.)<sup>24</sup>, determina un cambiamento

<sup>21</sup> L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente" in GU serie generale 44 del 22.2.2022, entrata in vigore il 09.03.2022.

<sup>22</sup> Cfr. A. SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2006, 80 ss.

<sup>23</sup> Cfr. S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1278; P. VELLA, *L'impatto della Direttiva (UE) 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, in *Fallimento*, 2019, 756.

<sup>24</sup> S. AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 2019, 2 ss., in *www.ilcaso.it.*; Cfr. A. PANIZZA, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti teorici ed operativi*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2021,

epocale della *governance* d'impresa. Questa, infatti, non può (più) essere improntata al soddisfacimento delle sole esigenze di profitto dei soci, bensì alla salvaguardia del valore dell'impresa in sé, funzionale alla protezione di valori di alto rango (lavoratori dipendenti, stabilità economico-finanziaria di comparti locali o nazionali, la salute pubblica) e di interessi diffusi. In questo senso, l'obbligo di dotazione di adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi costituisce pilastro su cui poggia la preservazione della continuità aziendale quale valore dell'impresa sostenibile.

Corollario è che nella gestione dell'impresa assume valore centrale la pianificazione delle scelte gestorie che, a sua volta, presuppone organizzazione e pianificazione della crisi, nonché l'informazione, per lo più finanziaria.

Queste sono le basi per una gestione sostenibile della crisi di impresa, intendendo in tal senso una tendenza a privilegiare soluzioni che salvaguardino e consentano di riportare in continuità l'azienda con un coinvolgimento di tutte le parti e, quindi, certamente anche i creditori, in un paradigma tutto nuovo, che delinea per questi ultimi una condotta (gestoria) non più soltanto conseguente al ruolo di parte del rapporto con l'impresa debitrice, ma funzionale all'obiettivo della sostenibilità.

Il ruolo di perno logico assunto nella CNC dal concetto di risanabilità dell'impresa in senso oggettivo, intesa, come detto, in termini di "organizzazione produttiva", conferma un ulteriore elemento chiave, nitidamente desumibile dall'evoluzione delle discipline della crisi: la progressiva oggettivizzazione di queste ultime, a superamento del tradizionale "rapporto duale creditore-debitore", di natura soggettiva ed esecutiva<sup>25</sup>.

In piena coerenza con i principi della direttiva, la composizione sottende infatti un'impostazione di stampo prettamente oggettivo, che considera l'impresa come valore giuridico a sé stante, collocato al centro del sistema, intorno al quale gravita la pluralità di interessi eterogenei portati anche dagli altri *stakeholders*.

---

reperibile in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); P. BASTIA, E. RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, in *Banca impresa soc.*, 2020, 359 ss.; P. BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2021, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>25</sup> M. FABIANI, *Imprese in crisi e complessità degli interessi tutelabili*, in *Dir. crisi*, 27 agosto 2021; G. SCOGNAMIGLIO, *Le trasformazioni del diritto fallimentare*, in Amatori-D'Alberti (a cura di), *L'impresa italiana. Il contesto*, Roma, 2020, 565 ss.; F. Di Marzio, *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018, 32 ss.

È sull'impresa in senso obiettivo, intesa dunque come *organizzazione* (e non sul *soggetto-imprenditore*) che va espresso il giudizio di risanabilità e vanno dunque ponderate le possibilità di successo dell'azione di salvataggio, volta a sottrarre l'impresa obiettivamente considerata alla possibile disgregazione.

In questo senso, la composizione è un "percorso"<sup>26</sup> ontologicamente preordinato a commisurare, attraverso il (para)metro della risanabilità, le esigenze di protezione del valore-*impresa* con tutti gli "altri" interessi coinvolti e, pure, potenzialmente meritevoli di tutela, ivi compresi, naturalmente, quelli dei creditori, ai quali è rimessa, in ogni caso, l'ultima parola<sup>27</sup>.

Questa funzione di considerazione e bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti nella vicenda di crisi legata ad un'impresa – intesa appunto in senso obiettivo, come organizzazione e dunque come titolare di contratti, relazioni commerciali, *know-how* specifico, capitale umano, ecc. – risulta perfettamente consequenziale non soltanto con le previsioni della direttiva e del codice civile, ma anche con la linea della responsabilità sociale, mantenendo – anche nella fase di gestione della crisi – una considerazione bilanciata anche degli interessi "altri": dalla tutela del mercato a quella dell'occupazione, passando per quelle del territorio, dell'ambiente, della salute<sup>28</sup>.

La priorità al salvataggio dell'impresa nel senso sopra precisato, tutelando cioè in via diretta la continuità aziendale, trova riscontro in diversi indici normativi.

Per tutti, basti pensare all'approccio della CNC, che attribuisce all'imprenditore il dovere di "gestire il patrimonio e l'impresa senza

<sup>26</sup> Si esprime in questi termini la relazione di accompagnamento al d. l. 118 del 2021 già richiamata.

<sup>27</sup> Non si tratta, certo, di una novità assoluta, se è vero che l'impresa come organizzazione produttiva è certamente al centro della disciplina (*speciale*, perché non armonizzata a quella del Codice e portatrice di scelte valoriali diversificate) dell'amministrazione straordinaria (funzionalizzata però soprattutto verso la salvaguardia dei posti di lavoro); e tuttavia questo profilo diviene ora patrimonio comune di tutte le discipline concorsuali e di tutte le imprese, indipendentemente da fattori di tipo quantitativo, legati al numero dei posti di lavoro da tutelare.

<sup>28</sup> G. D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2021, 60 ss.; ID., *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d'impresa*, in *Dir. crisi*, 13 aprile 2021. L'A. rileva che la situazione di crisi dell'impresa, quale fase del suo ciclo vitale, non dovrebbe alterare "il quadro di valori" cui la stessa deve confermarsi quando si trova in bonis; cfr. S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023*, cit., secondo la quale "la Direttiva, sensibile alla dimensione sociale dell'impresa, pur non abbandonando l'obiettivo che tradizionalmente ha plasmato le nostre leggi concorsuali – la tutela dei creditori – non lo pone come condizione assoluta per la ristrutturazione".

pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori”, mentre, nel contesto delle soluzioni di regolamentazione della crisi, il codice tra i propri principi generali annovera il dovere del debitore di “assumere tempestivamente le iniziative” più opportune a fronteggiare la crisi, “anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori” (art. 4).

È evidente che la diversa locuzione – e così la presenza (nel Decreto) o l’assenza (nel Codice) dell’avverbio “ingiustamente” – non è affatto casuale, ma risponde all’esigenza, qui avvertita chiaramente come prioritaria, di dare il maggior spazio di manovra possibile all’operazione di salvataggio e risanamento aziendale.

Il *focus* sulla gestione sostenibile della crisi si traduce anche nel verificare se le regole dell’ordinamento della crisi possano consentire l’utilizzo di strumenti, talvolta non sufficientemente sviluppati fino ad oggi, ma tuttavia, almeno potenzialmente, idonei a conciliare gli interessi dei vari *stakeholders* – creditori finanziari, fornitori, lavoratori e collettività – con quello del complesso aziendale alla continuità.

Ciò in quanto è ormai largamente condiviso che, per realizzare una sostenibilità dell’impresa nel lungo periodo, è necessario evitare “la veduta corta”, esplorando percorsi che recuperino e valorizzino – secondo canoni raccomandati recentemente dal legislatore unionale – l’apporto degli *stakeholders*<sup>29</sup>.

Tra questi strumenti, i *Workers buyout* presentano diversi profili a ciò funzionali<sup>30</sup>.

Attraverso il WBO, infatti, i lavoratori, da una parte, creano un’alternativa occupazionale, salvaguardano il *know how* acquisito, e, d’altro canto, garantiscono la continuazione delle attività e la valorizzazione degli *asset* aziendali, talvolta tutelando una produzione tipica che potrebbe andare perduta, altre volte ancora assicurando la proprietà di un’impresa tradizionalmente o strutturalmente legata a un certo territorio<sup>31</sup>.

3. – Riprendendo la prospettiva poc’anzi delineata, si è detto che il fattore lavoro, sul quale per primo ricadono gli effetti della crisi

<sup>29</sup> T. PADOA SCHIOPPA, *La veduta corta*, Bologna, 2009, che, commentando la crisi di quegli anni si dichiarava convinto che “la radice più profonda della crisi in atto sia ‘la veduta corta di una spanna’ l’accorciarsi dell’orizzonte temporale dei mercati, dei governi, della comunicazione, delle imprese, delle stesse famiglie”.

<sup>30</sup> R. GENCO, P. L. MORARA, F. VELLA, *Lavoratori che” si ricomprano” l’azienda, modello per la crisi*, in [www.lavoce.it](http://www.lavoce.it), 23 luglio 2020, se pur critici nei confronti della governance della cooperativa, vedono nei WBO strumenti adatti al particolare momento.

<sup>31</sup> F. VELLA, *Introduzione a Fondazione Unipolis, La partecipazione dei lavoratori nelle imprese*, Bologna, 2017, 9 ss.

dell'impresa<sup>32</sup>, può costituire un riferimento per disegnare una soluzione che concili l'istanza di continuità sia rispetto all'occupazione, sia al complesso aziendale nell'ottica della tutela dei rapporti economici costituzionalmente protetti dal titolo III della Costituzione.

In questo senso, l'apparato produttivo rilevato dai dipendenti per continuare l'attività nella quale erano impiegati e che di seguito vorrei approfondire, può diventare la soluzione sostenibile per comporre alcune crisi d'impresa. Si tratta, appunto, del WBO, strumento, peraltro, idoneo ad affrontare anche ulteriori scenari: quello in cui manca l'individuazione (da parte dell'imprenditore) di un successore alla guida dell'azienda oppure quello di aziende confiscate.

La linea tratteggiata dal WBO è coerente con quanto preannunciato dalla raccomandazione della Commissione europea del 14 marzo 2014<sup>33</sup> e affermato dalla direttiva *insolvency* 1023/2019<sup>34</sup> recepita dall'ordinamento

---

<sup>32</sup> Cfr. S. PACCHI, *ult. op. cit.*, che ricorda che "siamo in un momento in cui diventano sempre più forti le istanze di un ripensamento dell'impresa secondo canoni comunitari, innervati su una ricomposizione dei rapporti con tutti gli stakeholders; ed è evidente il ruolo di inevitabile protagonista ricoperto dal fattore lavoro, da un lato principale destinatario dei tristemente noti effetti della crisi, e dall'altro prioritario riferimento per uscirne il prima possibile".

<sup>33</sup> Sulla raccomandazione, S. PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015*, in *Giust. civ.*, 2015, 537; U. MACRÌ, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza. Un commento a prima lettura*, in *Fall.*, 2014, 398; G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fall.*, 2014, 734; G. CORNO, *Un altro (significativo) passo avanti a livello comunitario verso l'armonizzazione di alcuni aspetti della normativa in materia di crisi d'impresa. La Raccomandazione della Commissione Europea 12 marzo 2014 e il possibile impatto sulla normativa italiana*, in *www.ilfallimentarista.it*, 20 giugno 2014; F. DI MARZIO, *Su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*, in *Giustiziacivile.com*, 28 aprile 2014.

<sup>34</sup> Sulla Direttiva *Insolvency*, *ex multis*, L. PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *www.ilcaso.it*, ottobre 2019; A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 201 ss.; S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1259 ss.; L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fall.*, 2017, 873 ss.; P. VELLA, *I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 2019/1023 e nel diritto nazionale*, *ivi*, 2020, 1033 ss. Per un commento puntuale articolo per articolo, C. G. PAULUS – R. DAMMAN, *European Preventive Restructuring: Directive (EU) 2019/1023*, Oxford, 2021. Il termine per il recepimento della direttiva era fissato al 17 luglio 2021 (art. 34 della Direttiva 1023/2019). L'Italia (come Irlanda, Cipro, Finlandia, Danimarca, Repubblica Ceca, Lettonia, Lussemburgo, Slovenia, Spagna) ha presentato alla Commissione Europea domanda motivata per differire di un anno

italiano nel codice della crisi e dell'insolvenza, dove risalta il rimando continuo ai lavoratori, ai posti di lavoro e, in generale, agli *stakeholders*, in nome e a vantaggio dei quali la ristrutturazione dovrebbe essere operata, in quanto strumento per tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale<sup>35</sup>.

Si tratta di richiami che aprono a modalità di coinvolgimento dei dipendenti nell'interesse della stessa attività che nell'attuale situazione post pandemica devono essere oggetto di attenta valutazione per gli orizzonti che possono aprire.

È in gioco, difatti, non soltanto il diritto dei lavoratori al trattamento economico, agli orari, all'organizzazione del lavoro, ma, soprattutto, l'imperativo di favorire la sopravvivenza delle imprese stesse e, di conseguenza, l'occupazione.

In altri termini, mediante questo processo di valorizzazione della forza lavoro, la categoria dei lavoratori può costituire una solida garanzia per una sostenibilità di lungo periodo.

A dimostrazione della centralità ricoperta dai prestatori di lavoro, la direttiva suggerisce lo schema dell'allerta in funzione del loro interesse all'informazione<sup>36</sup>.

In particolare, prendendo le mosse dalle situazioni di fatto che emergono in tutti i Paesi e che evidenziano una tardiva adozione dello strumento per risolvere la crisi, l'Unione Europea, facendo propri gli standard elaborati da organismi internazionali – quali il *Financial stability Forum*, l'*Uncitral*, il Fondo monetario internazionale e la Banca Mondiale – pone l'allerta come meccanismo sul quale costruire una rinnovata cultura

detto termine. Non hanno utilizzato la facoltà di proroga: Austria, Francia, Grecia e Portogallo.

<sup>35</sup> Sul tema cfr. il considerando 10 della direttiva: "Tutte le operazioni di ristrutturazione, in particolare quelle di grandi dimensioni che generano un impatto significativo, dovrebbero basarsi su un dialogo con i portatori di interessi. Tale dialogo dovrebbe riguardare la scelta delle misure previste in relazione agli obiettivi dell'operazione di ristrutturazione, come pure sulle opzioni alternative, e dovrebbero garantire l'adeguata partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori come previsto dal diritto dell'Unione e nazionale".

<sup>36</sup> Le disposizioni cui faccio riferimento sono contenute nei paragrafi 3, 4 e 5 dell'art. 3 della Direttiva che prevedono: "Gli Stati membri provvedono affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione. Gli Stati membri provvedono affinché le informazioni sull'accesso agli strumenti di allerta precoce siano pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione. Gli Stati membri possono fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore".

della crisi che, se deve privilegiare, ove possibile e attraverso rapide e poco costose soluzioni stragiudiziali, la continuità, – non però finalizzata alla conservazione della titolarità dell'imprenditore ma come strumento per il benessere di tutti gli *stakeholders* – consenta, nei restanti casi, un accesso rapido alla procedura liquidativa che può, grazie a meccanismi di conservazione "attiva" dei valori aziendali, sfociare in una trasmissione unitaria dell'unità produttiva o di suoi rami.

In ogni caso, è determinante il tempestivo accesso per incrementare la *recovery* per i creditori e velocizzare (nelle procedure di ristrutturazione) il ritorno all'equilibrio finanziario dell'impresa. L'allerta precoce costituisce, quindi, il punto di snodo della direttiva (art. 3), imprescindibile per impostare un efficace percorso per la continuità e costituisce la piattaforma sulla quale la direttiva dipana le linee per armonizzare all'interno dell'Unione Europea le procedure di ristrutturazione preventiva.

Implementato secondo le esigenze di ciascun Stato, il sistema di allerta concepito dalla direttiva è declinato in meccanismi che si attivano al momento del verificarsi di inadempimenti; con consulenza fornita da organizzazioni pubbliche e private; con incentivi per i creditori che collaborino; con strutture informative accessibili, soprattutto a tutela dei lavoratori per i quali gli Stati possono creare supporti per valutare la situazione economica del debitore.

Gli interessi in gioco sono numerosi e non sempre coincidenti: l'interesse dell'impresa alla riservatezza di notizie che possono nuocerle; l'interesse/diritto dell'imprenditore a scegliere quando e come affrontare la crisi; l'interesse degli *stakeholders* a non vedersi appesantiti oltre misura dai riflessi negativi della crisi.

Dinanzi a queste opzioni, appare chiara la scelta della direttiva che pone in primo piano "l'approccio propositivo e collaborativo, rispetto a quello impositivo e sanzionatorio, adottando una visione 'sociale' dell'impresa in crisi, nella quale si stagliano, accanto ai ruoli tradizionali del debitore e dei creditori (sia pure in una progressione di tutele decrescenti) le figure dei lavoratori, degli altri stakeholders e degli stessi soci (...)"<sup>37</sup>.

Il sistema si immagina composito e multilivello.

---

<sup>37</sup> Il legislatore europeo vuole mettere dinanzi alle proprie responsabilità i principali protagonisti di una crisi – gestori, controllori e creditori – e a tal fine utilizza strumenti diversamente affilati, collocati all'interno della fucina del sistema di allerta. Nell'intento di agevolare la composizione della crisi, il legislatore, inoltre, prevede "servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private" (art. 3, par. 2, lett. b). Per quanto riguarda i segnali interni, la direttiva pare voler affermare che questi non devono costituire un piano inclinato verso la pubblicità negativa dell'impresa, bensì un momento in cui raccogliere informazioni consigliando o inducendo a comportamenti necessari/dovuti. Cfr. F. VELLA, *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, in *Fall.*, 2020, 756.

L'informazione è la pietra angolare della direttiva, la quale ripartisce, per quanto riguarda l'allerta, gli oneri di comunicazione tra debitore-contabili-autorità fiscali e di sicurezza sociale.

Destinatari delle informazioni devono essere soprattutto il debitore e i rappresentanti dei lavoratori. Questi ultimi – e la possibilità conferma la visione sociale dell'impresa – possono essere anche supportati, probabilmente dagli stessi organismi che forniscono consulenza, nella valutazione dello stato dell'impresa al fine di una più consapevole e informata contrattazione.

Dalla lettura dell'art. 3 della direttiva si percepisce un approccio quasi di *soft law*: un invito ad un'assunzione tempestiva di consapevolezza "attiva" non soltanto da parte dell'impresa, ma anche dei lavoratori, che possono concorrere a spingere i gestori a programmare immediatamente una soluzione della crisi.

A tal fine, la direttiva (art. 4, par. 8) prevede che "gli Stati membri possono altresì prevedere che il quadro di ristrutturazione preventiva previsto a norma della presente direttiva sia disponibile su richiesta dei creditori e dei rappresentanti dei lavoratori, previo accordo del debitore".

Il legislatore nazionale, scegliendo, almeno per ora, di non adottare i sistemi di allerta e prevenzione pregnanti previsti originariamente<sup>38</sup>, ha recepito il principio della *discovery* quale fulcro per una tempestiva emersione della crisi da un lato e, dall'altro, per garantire un dialogo con lavoratori e altri stakeholders finalizzato alla prosecuzione dell'attività se pure con una discontinuità gestionale che possa valorizzare skills e conoscenze.

Così l'art. 4, comma 3, codice della crisi, introduce, per le imprese che occupano più di 15 dipendenti, una informativa e una conseguente consultazione, con vincolo di riservatezza, destinata alle rappresentanze sindacali di lavoratori sulle rilevanti determinazioni assunte nel corso delle trattative della CNC e sul contenuto del piano nell'ambito di uno strumento di regolamentazione della crisi o dell'insolvenza.

4. – Seguendo la linea dell'approccio precoce alle ristrutturazioni nelle quali i lavoratori-consumatori possono farsi parte attiva, si pone la riflessione qui proposta su quel modello per la continuità che vede i lavoratori impegnati nell'acquisizione dell'azienda dell'impresa in crisi

---

<sup>38</sup> Il riferimento è agli indicatori e al sistema di allerta e prevenzione inizialmente introdotto con il codice della crisi, di cui prima si è posticipata l'entrata in vigore. Oggi tali disposizioni sono state abrogate. Al loro posto si trova la disciplina della CNC.



attraverso la costituzione di una cooperativa di lavoro: appunto il *Workers buyout*<sup>39</sup>.

Con questa operazione di acquisizione siamo all'interno dello strumento del buy out che può variamente declinarsi a seconda del soggetto che porta a compimento l'operazione.

Così si può configurare un *management buy out* quando è il gruppo dei manager che acquista l'azienda in cui lavora. Ha successo perché i soggetti conoscono a fondo l'impresa. Può invece presentarsi come *leveraged buy out* quando un gruppo di investitori professionali (un fondo di venture capital e private equity) acquista la società con lo scopo di rivenderla dopo averne incrementato il valore. Possono essere amichevoli o ostili a seconda che la società approvi o meno l'acquisizione.

Può poi trattarsi di *family buyout* a cui si ricorre nel passaggio intergenerazionale in aziende a conduzione familiare. Infine, i WBO in cui i soggetti promotori sono i dipendenti.

Con questa espressione si definisce, dunque, un'operazione di acquisizione del capitale di un'impresa da parte dei lavoratori.

Questi ultimi, grazie ad una serie di strumenti e al sostegno di attori sociali ed economici, decidono di acquistare l'azienda o rami di essa – quando questa è in crisi e la proprietà non sia in grado di formulare un piano di continuità – trasformandola in cooperativa e divenendo essi stessi imprenditori.

L'operazione di acquisizione dell'azienda in esame si distingue, quindi, sia per le parti che vi partecipano (da una parte l'imprenditore e dall'altra coloro che fino a quel momento erano alle sue dipendenze in quanto lavoratori), sia per la forma organizzativa dell'attività (la cooperativa) che subentra alla precedente e che consente si possa sommare nei partecipanti la qualifica di socio con quella di lavoratore, venendo così ciascuno ad essere nel contempo datore di lavoro di tutti, gestore dell'impresa e lavoratore.

Con i WBO non si configura soltanto il processo per cui i lavoratori diventano imprenditori per rilevare il complesso aziendale nel quale prestavano la propria attività, bensì anche l'assunzione di un ruolo da parte del modello societario cooperativo nel percorso di conservazione di imprese in crisi.

---

<sup>39</sup> E. PAGANI, *Il Workers buyout quale possibile strumento di risoluzione della crisi della piccola e media impresa italiana*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 1° ottobre 2020; M. C. CATAUDELLA, *Workers buyout e soci lavoratori di cooperativa*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, Padova, 2016, 437 ss.; A. BERNARDI, M. MONNI, *The co-operative firm. Keywords*, Roma, 2016; M. VIETA, *The Italian Road to Creating Worker Cooperatives from Worker Buyouts: Italy's Worker-Recuperated Enterprises and the Legge Marcora Framework*, Euricse Working Paper n. 78, 2015.

In questa direzione, il tema del WBO apre la via ad una nuova “soggettività d’impresa” e ad un nuovo soggetto, il lavoratore, che per il mercato è un consumatore, associato, socio della cooperativa di lavoro.

Sul piano comparato si registra la presenza di tre differenti forme di acquisto e conversione aziendale in capo ai lavoratori<sup>40</sup>.

La prima fattispecie, di carattere “conflittuale”<sup>41</sup>, ha trovato larga diffusione in America Latina, nella forma delle *Empresas Recuperadas por sus Trabajadores*, sviluppatesi in Argentina in seguito alla crisi economica del 2001, ove in una situazione di aperto conflitto tra imprenditori, autorità locali e lavoratori, questi ultimi hanno occupato sine titulo le fabbriche per poi costituire società cooperative di lavoro volte alla conservazione del complesso produttivo<sup>42</sup>.

Ciò, anche grazie alle previsioni del Capitolo IV, Sezione II della *Ley Nacional de Concursos y Quiebras*<sup>43</sup>, che prevede il diritto della cooperativa di lavoro costituita da almeno i due terzi dei lavoratori dell’impresa in crisi di chiedere all’organo giudiziario l’autorizzazione alla continuazione dell’attività d’impresa per conservare i posti di lavoro<sup>44</sup>.

Negli Stati Uniti, invece, la realizzazione di workers buyout avviene per il tramite di Employee Stock Ownership Plans (ESOP)<sup>45</sup>, istituti di carattere

<sup>40</sup> Alcuni autori parlano di tre forme di WBO; così per tutti, v. E. PAGANI, *Il Workers Buyout quale possibile strumento di risoluzione della crisi della piccola e media impresa italiana*, cit.

<sup>41</sup> M. VIETA, *Workers’ buyout*, in A. BERNARDI, S. MONNI (a cura di), *The cooperative firm. Keywords*, Roma, 2016.

<sup>42</sup> In relazione al fenomeno delle “*empresas recuperadas*” argentine, v. M. VIETA, op. cit.; DI CECCO, *Il diritto di “prelazione” previsto dalla disciplina italiana del “workers buyout” a favore delle cooperative costituite dai lavoratori delle imprese in crisi*, in *Fall.*, 2016, 633 ss.; M. HOWARTH, *Worker Co-operatives and the Phenomenon of Empresas Recuperadas in Argentina: An Analysis of Their Potential for Replication*, Manchester, 2007; E. MAGNANI, *The Silent Change: Recovered Businesses in Argentina*, Buenos Aires, 2009.

<sup>43</sup> L. 24.522 del 1995, da ultimo riformata ad opera della Ley 26.684 del 2011.

<sup>44</sup> Artt. 189 – 190 – 191 – 191 bis L. 24.522 del 1995.

<sup>45</sup> *Ex multis*, A. ALAIMO, *La partecipazione azionaria dei lavoratori. Retribuzione, rischio e controllo*, Milano, 1998, 59 ss.; H. C. BLACKISTON, L. E. RAPPAPORT, L. A. PASINI, *ESOPs: what they are and how they work*, in *The Business Lawyer*, nov. 1989, 85; R. CARAGNANO, *Il Codice della partecipazione. Contributo allo studio della partecipazione dei lavoratori*, Milano, 2013; R. CARAGNANO, G. CARUSO (a cura di), *L’ESOP, uno strumento per l’impresa minore*, Dossier Adapt, 2010, n. 1, 3 ss.; H. HANSMANN, *When does worker ownership work? ESOPs, Law firms, codetermination and economic democracy*, in *Yale Law Journal*, 1990, 1797 ss.; C. S. MISHKIND, D. E. KHOREY, *Employee stock ownership plans: fables and facts*, in *Employee Relations Law Journal*, summer 1985, 89 ss.; A. PENDLETON, *Employee Ownership, Participation and Governance: A Study of ESOPs in the UK*, Routledge, 2000; R. RUSSO, *La partecipazione azionaria dei dipendenti: valutazioni comparative*, in A. V. IZAR, *La partecipazione azionaria dei dipendenti*, Torino, 2003.

previdenziale riconosciuti ufficialmente solo con l'emanazione nel 1974 dell'*Employee Retirement Income Security Act* (ERISA), che vedono la presenza di una società, *Society Sponsor* o *Sponsoring Employer*, la quale apporta nuove azioni o conferisce denaro, in una quantità solitamente rapportata ai profitti, ad una società fiduciaria, *Employee Share Ownership Trust*, dalla stessa costituita a tale scopo e con personalità giuridica autonoma. Il trust utilizza quindi i contributi per acquistare azioni della *Society Sponsor* e amministrarle in nome e per conto dei dipendenti<sup>46</sup>, può inoltre ottenere prestiti esterni da banche o intermediari finanziari per comprare azioni della società di nuova emissione o già in circolazione, con l'impegno della società a rendersi garante del prestito e versare periodicamente al fondo somme (generalmente rapportate ai profitti) per ripagarlo (c.d. *Leveraged ESOP*)<sup>47</sup>.

Il modello dei *Leveraged ESOP* ha dunque svolto negli Stati Uniti una funzione fondamentale nelle operazioni di *employee buyout*, consentendo il passaggio del controllo della società in crisi nelle mani dei lavoratori. In Europa è, infine, diffuso il c.d. "WBO negoziato", che scaturisce da un processo di confronto tra autorità, lavoratori e proprietari dell'impresa e gode molto spesso di una legislazione di sostegno<sup>48</sup>.

È quanto avviene in Spagna, ove si consente al lavoratore disoccupato di richiedere la corresponsione in un'unica soluzione di tre anni di sussidio di disoccupazione (c.d. "*pago único*") e di utilizzare detta somma per la realizzazione di workers buyout in forma cooperativa, ovvero in Francia, ove la legge 856/2014 ha riconosciuto ai lavoratori il diritto di essere informati in caso di cessione d'azienda o di un suo ramo e ha garantito loro la possibilità di costituire "società cooperative di transizione" ("*scop d'amorçage*"), che superano l'obbligo di detenere ab origine almeno il 51% del capitale sociale imposto ai lavoratori dalla disciplina delle *société coopérative ouvrière de production*, consentendo a questi ultimi di acquisire la maggioranza delle partecipazioni sociali nell'arco di sette anni, durante i quali i lavoratori hanno comunque la maggioranza dei diritti di voto, grazie

---

<sup>46</sup> I quali ne ottengono la disponibilità solo alla cessazione del rapporto di lavoro (per dimissioni, licenziamento, raggiungimento dell'età pensionabile), momento in cui possono venderle allo stesso modo degli altri azionisti, cfr. R. CARAGNANO, *Il Codice della partecipazione. Contributo allo studio della partecipazione dei lavoratori*, Milano, 2013, 232.

<sup>47</sup> Soltanto una volta ripagato il prestito, le azioni sono gratuitamente assegnate ai dipendenti in conti individuali e i relativi dividendi possono essere utilizzati per l'estinzione del debito.

<sup>48</sup> M. VIETA, *The Italian Road to Creating Worker Cooperatives from Worker Buyouts: Italy's Worker-Recuperated Enterprises and the Legge Marcora Framework*, Euricse Working Paper n. 78, 2015; S. MONNI, G. NOVELLI, L. PERA, A. REALINI, *Workers' buyout: definizioni e caratteristiche*, in P. DE MARTINI, S. MONNI (a cura di), *Workers buyout corporate governance e sistemi di controllo*, 2017, 11 ss.

alla presenza di soci investitori che sottoscrivono quote di capitale prive di diritto di voto e con l'impegno di venderle ai lavoratori decorsi i sette anni<sup>49</sup>.

Il fenomeno ha peraltro ricevuto in diverse occasioni il sostegno delle Istituzioni Europee: la Commissione europea ha invero sottolineato che "i dipendenti sono particolarmente interessati alla sopravvivenza della loro impresa e hanno spesso una buona conoscenza del settore in cui lavorano. Spesso, però, non dispongono di mezzi finanziari adeguati e dell'assistenza necessaria per riprendere e gestire un'impresa. Una preparazione attenta e graduale dei trasferimenti ai lavoratori, organizzati in forma di cooperativa, può migliorare i tassi di sopravvivenza"<sup>50</sup>, mentre il Parlamento europeo con la risoluzione del 2 luglio 2013 sul contributo delle cooperative al superamento della crisi ha rimarcato come "il trasferimento di un'impresa ai dipendenti mediante la creazione di una cooperativa e altre forme di azionariato dei dipendenti possano essere la soluzione migliore per garantire la continuità aziendale"<sup>51</sup>, identificando specialmente nei modelli spagnolo, francese e italiano alcuni esempi di buone prassi meritevoli di incentivo.

5. – In Italia il fenomeno può essere fatto risalire al 1874 quando il proprietario di una fabbrica di stoviglie e maioliche dona l'impresa ai lavoratori che la trasformano nella Cooperativa ceramica d'Imola, diventando così la più antica cooperativa italiana di produzione e lavoro<sup>52</sup>.

Per quanto riguarda il contesto giuridico, il riconoscimento della possibilità da parte dei lavoratori di acquisire la proprietà di un'impresa preesistente e il sostegno economico alla conversione sono stati istituiti solo negli anni Ottanta dello scorso secolo. La vicenda del Wbo è legata sia all'andamento dei cicli economici – vi si ricorre quando scarse sono le soluzioni all'interno della stessa impresa o delle imprese del settore – sia all'evoluzione dell'ordinamento della crisi da una parte che della cooperativa dall'altra.

---

<sup>49</sup> C. DI STEFANO, *The Business Transfer through the Cooperative Model. A Comparative Analysis Italy-France*, in *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity*, Vol. 7, Issue 2 (2018), 62-86, disponibile anche in [www.euricse.eu](http://www.euricse.eu).

<sup>50</sup> COM(2004) 18. Sulla promozione delle società cooperative in Europa, v. anche COM(2006) 117, attuazione del programma comunitario di Lisbona per la crescita e l'occupazione. Sul punto si sofferma pure il parere del comitato economico e sociale europeo sul tema "Cooperative e ristrutturazione" del 25 aprile 2012 (2012/C 191/05).

<sup>51</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 2 luglio 2013 sul contributo delle cooperative al superamento della crisi (2012/2321(INI)), clausola 25.

<sup>52</sup> S. MONNI, G. NOVELLI, L. PERA, A. REALINI, *Workers' buyout: definizioni e caratteristiche*, in P. DEMARTINI, S. MONNI, *Workers' buyout Corporate Governance e sistemi di controllo*, Roma, 2017, 8 ss.

È del 1985 – siamo in piena crisi petrolifera – la legge Marcora (legge n. 49/1985) che ha promosso la costituzione di cooperative da parte di lavoratori licenziati, cassaintegrati o dipendenti di aziende in crisi o in procedure concorsuali attraverso un fondo di rotazione per il finanziamento di progetti presentati da società cooperative (fondo gestito principalmente da Cooperazione Finanza Industria – CFI, società cooperativa partecipata e vigilata dal MISE, investitore istituzionale), nonché attraverso un fondo statale speciale per gli interventi a salvaguardia dei livelli occupazionali tramite l'assunzione da parte dei lavoratori di opportune iniziative imprenditoriali in forma cooperativa.

Con questa legge veniva riconosciuta la possibilità di costituire società finanziarie che avrebbero ricevuto contributi pubblici a fondo perduto per intervenire nel capitale di rischio di nuove cooperative costituite da lavoratori in cassa integrazione o comunque espulsi dal circuito produttivo.

A questo scopo le associazioni cooperative ed i sindacati dettero vita ad una sola società, CFI, che poteva sottoscrivere capitale sociale della nuova cooperativa pari a tre volte il capitale sottoscritto dai soci. Con questa operazione lo Stato sostituiva un costo certo (la cassa integrazione) con una scommessa sui lavoratori, che, se vinta, avrebbe trasformato l'intervento dello Stato in una partecipazione.

Nel dettaglio, la legge favoriva la creazione di nuovi strumenti di finanziamento per le imprese cooperative e prevedeva l'erogazione di contributi secondo un rapporto di 3:1 fra quanto versato dallo Stato e quanto versato dai lavoratori. A questa previsione si aggiunge nel 1991 la L. 223 che prevedeva la possibilità di anticipare l'indennità di mobilità per versarla a titolo di capitale sociale della cooperativa.

Alla fine degli anni '90, il quadro normativo della Legge Marcora veniva temporaneamente sospeso a causa di una pronuncia dell'Unione europea secondo la quale il regime messo in atto dalla legge italiana violava le regole di concorrenza.

Una rivitalizzazione della Legge Marcora fu determinata, nel 1992, dalla L. 59 che – introducendo nuove norme in materia di società cooperativa – disciplinò la figura del socio sovventore quale socio a tutti gli effetti della cooperativa (ispirandosi appunto al modello che di questa categoria di soci si incontrava nelle società finanziarie previste dalla legge n. 49/1985) e dell'azionista di partecipazione cooperativa. Inoltre, la legge n. 59/1992, all'art. 11, fornisce la possibilità alle associazioni cooperative di dare vita a strumenti finanziari per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, le cui risorse sono fornite dalle stesse cooperative tenute a versare ai fondi mutualistici il 3% degli utili annuali.

Il 5 marzo 2001, poi, giunge una riforma della Legge Marcora, la legge n. 57/2001, basata sull'aggiunta di due nuovi articoli. Con questo intervento

veniva modificata la mission della Legge Marcora che aveva rappresentato una forte innovazione nel Nostro Ordinamento. L'art. 7, comma 1, limita il finanziamento di un WBO da parte dello Stato portandolo entro il limite del rapporto 1:1. Tale finanziamento deve essere restituito dai dipendenti entro un periodo di 7/10 anni.

L'art. 17, comma 5, consente poi al WBO di avere un socio finanziatore come membro della cooperativa per l'intera durata dell'investimento. Il socio finanziatore può essere una persona giuridica, una cooperativa o una qualsiasi altra entità avente "interessi finanziari", anziché mutualistici. La quota di voto di un socio finanziatore in assemblea non può superare un terzo del totale. Questa figura di socio permette, così, anche ai consorzi finanziari di partecipare al processo decisionale e alla gestione delle cooperative finanziate<sup>53</sup>.

Poiché il processo di WBO è anche frutto di un meccanismo negoziato tra lavoratori, Stato e settore cooperativo, lo Stato ha messo a disposizione due fondi per le operazioni di WBO, al fine di promuovere e assicurare i livelli di occupazione e di favorire la conversione di aziende in cooperative, soprattutto in tempi di crisi: (a) Foncooper, un fondo di rotazione costituito da prestiti a basso interesse (controllato dalla Banca Nazionale del Lavoro), e (b) il "Fondo Speciale per la salvaguardia dei livelli occupazionali" ("Fondo Speciale") per lo sviluppo di nuove cooperative, messo a disposizione delle istituzioni finanziarie che hanno il compito di gestire il fondo per conto dello Stato. Questi fondi hanno contribuito alla capitalizzazione delle nuove cooperative sotto forma di capitale sociale o di debito<sup>54</sup>.

L'investitore istituzionale principale e storico per il sostegno e il finanziamento di WBO in Italia è, comunque, Cooperazione Finanza Impresa (CFI), che è stata gestore del Fondo Speciale, ad oggi l'unica cooperativa finanziaria per la gestione degli interventi previsti dalla legge Marcora. Numerose sono state le collaborazioni tra CFI e istituzioni, sindacati, autorità locali e operatori nazionali e regionali.

La lega nazionale delle cooperative e mutue (Legacoop), la confederazione cooperative italiane (Confcooperative) ed altre federazioni hanno messo a disposizione finanziamenti in capitale sociale o di debito soprattutto attraverso i fondi mutualistici del movimento cooperativo, ma

---

<sup>53</sup> A. FICI, *La riforma del diritto societario e l'identità delle cooperative sociali*, in *Impresa sociale*, n. 68, 2013; ID., *Italy*, in D. CARCOGNA, A. FICI, H. HENRY (a cura di), *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, 479 ss.; M. VIETA, *Workers Buyout*, in A. BERNARDI, S. MONNI (a cura di), *Impresa cooperativa: Parole chiave*, Roma, 2015.

<sup>54</sup> M. VIETA, *The Italian Road to Creating Worker Cooperatives from Worker Buyouts: Italy's Worker-Recuperated Enterprises*, cit.

anche assistenza tecnica e accesso al know-how, spesso in sinergia con CFI ed altre organizzazioni.

Lo strumento dei WBO è quindi strettamente legato a quello della cooperativa valorizzato anche dagli organi dell'Unione europea riprendendo le linee della Legge Marcora. Così, nel parere reso il 12 aprile 2012<sup>55</sup> dal Comitato economico e sociale europeo (CESE) sul tema "Cooperative e ristrutturazione"<sup>56</sup> viene posto l'accento sulla resistenza delle cooperative "alle 'turbolenze' della crisi rispetto alle imprese convenzionali attive negli stessi settori e sugli stessi territori" e sulla capacità delle cooperative sociali di adottare un approccio a lungo termine per conseguire la sostenibilità economica e sociale per i membri delle cooperative, pronte a sacrificare la remunerazione del capitale pur di mantenere l'occupazione e gli investimenti. Sulla stessa linea già si era posta la Commissione Europea<sup>57</sup> protesa a favorire la ristrutturazione responsabile dell'impresa grazie alla partecipazione e al coinvolgimento dei lavoratori e che sfociava nella

---

<sup>55</sup> Parere 2012/C 191/05 del quale relatrice era Zvolská e correlatore Olsson. Faceva seguito una proposta di risoluzione del Parlamento Europeo (2012/2321 INI) "Sul contributo delle cooperative al superamento della crisi", che esorta gli Stati membri, da una parte, a rivedere la normativa sulle cooperative per adottare una politica organica atta a sostenere il modello imprenditoriale cooperativo e, dall'altra, ad assumere una politica organica atta a sostenere il modello imprenditoriale cooperativo.

<sup>56</sup> Pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Ue del 29 giugno 2012.

<sup>57</sup> COM (2001) 366 "Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese", dove si osservava che "I dipendenti sono particolarmente interessati alla sopravvivenza della loro impresa e hanno spesso una buona conoscenza del settore in cui lavorano. Spesso, però, non dispongono di mezzi finanziari adeguati e dell'assistenza necessaria per riprendere e gestire un'impresa. Una preparazione attenta e graduale dei trasferimenti ai lavoratori, organizzati in forma di cooperativa, può migliorare i tassi di sopravvivenza". Successivamente la Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia della Commissione europea elaborava la relazione sul "contributo delle cooperative al superamento della crisi" discussa e approvata nella seduta del 12 giugno 2013 n. A7-0222/2013. In tale relazione si rileva che le cooperative, unitamente alle altre imprese dell'economia sociale, svolgono un ruolo essenziale nell'economia europea, specie in tempi di crisi, in quanto coniugano redditività e solidarietà, creano posti di lavoro di alta qualità, rafforzano la coesione sociale, economica e regionale e generano capitale sociale. Si osserva che nell'UE le cooperative stanno acquisendo sempre maggiore importanza e che si contano ca. 160.000 imprese cooperative di proprietà di 123 milioni di soci che danno lavoro a 5,4 milioni di persone; che ca. 50.000 di esse operano nell'industria e nei servizi e occupano 1,4 milioni di persone; che le cooperative contribuiscono in media per il 5% circa al PIL di ciascuno Stato membro; inoltre, si constata che negli ultimi anni sono state costituite diverse centinaia di imprese cooperative industriali e di servizi come conseguenza della ristrutturazione delle imprese in crisi o senza successori, salvando e riqualificando così le attività economiche e i posti di lavoro locali.

Risoluzione del Parlamento europeo del 2 luglio 2013 sul contributo delle cooperative al superamento della crisi dove viene sottolineato come il modello cooperativo “promuova l’esistenza di cooperative caratterizzate da un approccio intergenerazionale a lungo termine e radicate nell’economia locale, che aiutino lo sviluppo sostenibile locale ed evitino le delocalizzazioni”.

A tal fine la risoluzione del Parlamento Europeo promuoveva il sostegno alle cooperative di lavoro e ai worker buyout, di linea di bilancio dell’UE che prevedesse opportuni strumenti finanziari e la creazione, con la partecipazione della Banca europea per gli investimenti (BEI), delle parti sociali e degli stakeholder del movimento cooperativo, di un meccanismo europeo volto a promuovere lo sviluppo delle cooperative e, in particolare, le riconversioni di imprese in cooperative anche, ad esempio, attraverso lo strumento dei fondi mutualistici.

Quasi in contemporanea con le spinte unionali, il nostro legislatore, nel 2013, interveniva con il d. l. 145 – il c.d. Decreto Destinazione Italia – (conv. nella legge n. 9/2014) che prevedeva “Misure per favorire la risoluzione di crisi aziendali e difendere l’occupazione”, all’interno delle quali istituiva la prelazione per l’affitto d’azienda o vendita di aziende o rami di imprese in crisi.

Per favorire lo sviluppo economico e la crescita dei livelli di occupazione nel Paese, con decreto del Ministro dello sviluppo economico 4 dicembre 2014 è stato istituito, ai sensi di quanto previsto all’art. 1, comma 845, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e ss.mm.ii., un apposito regime di aiuto finalizzato a promuovere la nascita e lo sviluppo di società cooperative di piccola e media dimensione.

A favore delle cooperative costituite dai lavoratori è stato inoltre previsto il diritto di “prelazione” per l’affitto o l’acquisto di aziende in fallimento o altra procedura concorsuale, ed è stato anche riconosciuto il diritto di ottenere, “all’atto dell’aggiudicazione dell’affitto o della vendita”, l’anticipazione in unica soluzione delle somme altrimenti riconosciute per il loro trattamento di disoccupazione nel caso di interruzione del rapporto di lavoro (Naspi), con vincolo di destinarle alla capitalizzazione della cooperativa<sup>58</sup>. Durante la pandemia sono poi intervenute due importanti disposizioni: l’art. 39, comma 5-bis, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 – cosiddetto “decreto Rilancio” (convertito con modificazioni nella legge 17 luglio 2020, n. 77) – che ha ampliato le risorse pubbliche con un ulteriore stanziamento di 15 milioni di euro destinati al sostegno di queste iniziative

---

<sup>58</sup> Sul tema della costituzione della cooperativa dopo l’apertura della procedura concorsuale e della partecipazione esclusiva in essa dei soli dipendenti, F. LAMANNA, *Las prelazione a favore delle cooperative di ex dipendenti*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 9 giugno 2017.



e, poco dopo, il decreto del Ministero dello sviluppo economico 4 gennaio 2021 (Nuova Marcora), che ha istituito un nuovo regime di aiuto volto a rafforzare il sostegno alla nascita, allo sviluppo e al consolidamento delle società cooperative.

Questo intervento prevede che la procedura di concessione del finanziamento agevolato a favore delle società cooperative continui ad essere gestita dalle società finanziarie partecipate dal Ministero a cui è affidata l'attuazione degli interventi ai sensi della citata legge n. 49/1985, al fine di assicurare al "piano d'impresa" delle società cooperative un'adeguata ed equilibrata copertura finanziaria, sia in termini di mezzi propri sia di indebitamento a medio lungo termine.

Da ultimo, la L. n. 234/2022 (cosiddetta Legge bilancio 2022) ha introdotto un ulteriore incentivo allo strumento del WBO, garantendo un esonero contributivo rilevante<sup>59</sup>.

Tale agevolazione consiste, in particolare, nell'esonero dal versamento del 100% dei contributi a carico dei datori di lavoro, con esclusione dei premi e contributi dovuti all'Inail, nel limite massimo d'importo pari a 6.000 euro su base annua per lavoratore, riparametrato e applicato su base mensile. L'esonero è riconosciuto per un massimo di 24 mesi dalla costituzione della cooperativa.

Il diritto alla fruizione dell'esonero è subordinato al rispetto, da un lato, delle norme poste a tutela delle condizioni di lavoro e dell'assicurazione obbligatoria dei lavoratori; e, dall'altro, da taluni presupposti specificamente previsti dalla norma che ha introdotto l'incentivo. Sul primo versante, l'esonero, sostanziandosi in un beneficio contributivo, è subordinato al rispetto di quanto previsto dall'art. 1, comma 1175, della legge n. 296/2006, ossia:- regolarità degli obblighi di contribuzione previdenziale, ai sensi della normativa in materia di documento unico di regolarità contributiva (Durc);- assenza di violazioni delle norme fondamentali a tutela delle condizioni di lavoro e rispetto degli altri obblighi di legge;- rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali, nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori più rappresentative sul piano nazionale. Con riferimento ai presupposti specificamente previsti dall'art. 1, comma 254, della legge di bilancio 2022, l'esonero non può trovare applicazione qualora il datore di lavoro dell'impresa oggetto di trasferimento, affitto ovvero cessione ai lavoratori non abbia corrisposto ai propri dipendenti, nell'ultimo periodo d'imposta, retribuzioni almeno pari al 50% dell'ammontare

---

<sup>59</sup> Già avallato dalla decisione della Commissione europea C (2022) 4054 9 giugno 2022.

complessivo dei costi sostenuti, con esclusione di quelli relativi alle materie prime e sussidiarie.

Parallelamente ai suddetti interventi di normazione primaria, si è registrata una dinamica attività a livello di normazione secondaria.

In particolare, in data 12 dicembre 2018 è stato concluso il primo accordo interconfederale tra Confcooperative, Legacoop, Agci, insieme a CGIL, CISL e UIL che ha espressamente evidenziato il fenomeno del WBO come nuovo ambito di lavoro comune delle Relazioni Industriali Cooperative. Le tre centrali cooperative e le suddette organizzazioni sindacali hanno poi stipulato in data 21 gennaio 2021 un successivo accordo per la promozione e lo sviluppo del WBO<sup>60</sup>, a cui hanno fatto seguito una serie di protocolli di intesa tra le stesse parti a livello regionale<sup>61</sup>, tutti volti a riconoscere il valore sociale dello strumento e a promuoverlo come possibile risposta ai bisogni del lavoro, incentrata sui principi della partecipazione e della democrazia economica.

Infine, anche grazie al mutato quadro normativo favorevole alla diffusione del WBO, sono stati avviati diversi progetti europei, ai quali le rappresentanze sindacali hanno partecipato con successo, con il proposito di trovare e analizzare casi reali in cui i diritti di informazione, consultazione e partecipazione, nonché i principi di trasparenza, hanno svolto un ruolo significativo nei processi di successione e ristrutturazione aziendale che hanno portato alla nascita di workers buyout e ad un migliore dialogo sociale a livello aziendale. Poiché soltanto alcuni Paesi UE hanno sviluppato strumenti in questo campo, il progetto ha anche l'obiettivo di diffondere le migliori pratiche identificate e di trasferire il know-how verso i Paesi con meno esperienza e che non hanno ancora familiarità con questi strumenti, ma che potrebbero ampiamente trarne vantaggio<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Per una consultazione degli accordi interconfederali sopra menzionati, v. il sito del Centro Studi Ricerca e Formazione Cisl: [www.centrostudi.cisl.it](http://www.centrostudi.cisl.it); v. anche il sito del Centro Studi Ricerche e Formazione Fondazione Ezio Tarantelli: [www.fondazionetarantelli.it](http://www.fondazionetarantelli.it) e materiale ivi richiamato.

<sup>61</sup> In questo senso è esemplare la regione Emilia Romagna, dove in data 17 maggio 2021 è stato concluso un protocollo di intesa che prevede che vengano individuati precisi referenti da formare. In esecuzione dell'accordo è stato costituito un Osservatorio con il compito di svolgere periodicamente un'azione di monitoraggio delle crisi in atto nel territorio romagnolo anche al fine di individuare possibili casi di WBO che saranno poi oggetto di analisi di fattibilità. Tra le ulteriori attività previste c'è la produzione di materiale informativo per i lavoratori, la promozione di iniziative di sensibilizzazione e la di percorsi formativi. Per il testo dell'accordo e per un approfondimento, v. il sito: [www.imprese.regione.emilia-romagna.it](http://www.imprese.regione.emilia-romagna.it).

<sup>62</sup> A questo proposito, v. per tutti i progetti *Ristart*, *In4Bte* e *Wins*, i cui materiali sono reperibili on line, che analizzano casi reali nei quali è determinante il coinvolgimento e la partecipazione dei lavoratori delle imprese dell'economia sociale

In conclusione, anche con questi molteplici interventi normativi e alla luce dei riscontri empirici, nel quadro di una rinnovata gestione democratica dell'impresa, si rimarca la potenzialità dello strumento WBO.

6. – Dopo avere delineato l'origine e la portata dello strumento di rigenerazione aziendale, è possibile fare un ulteriore passo avanti calando il WBO nell'ordinamento della crisi attuale, in particolare facendo riferimento al contesto della Composizione negoziata della crisi (CNC).

Sotto questo profilo, è facile constatare che il WBO è compatibile con ogni scenario di ristrutturazione aziendale che consenta di trasferire l'azienda o un ramo di essa.

In questo senso, gli autori hanno già rilevato come i WBO possano essere realizzati o all'interno di una liquidazione giudiziale o di un concordato preventivo, entrambe procedure concorsuali che consentono, se del caso avvalendosi di strumenti che possono facilitare l'operazione, il trasferimento del complesso aziendale o di suoi rami in funzione della conservazione dei valori produttivi<sup>63</sup>.

Così, nel fallimento prima, ora nella liquidazione giudiziale, i WBO possono essere preparati/agevolati, mantenendo interinalmente attiva l'azienda, con l'esercizio provvisorio o con l'affitto d'azienda.

Nel concordato preventivo, invece, il percorso può estrinsecarsi o in una proposta concorrente o nella partecipazione alla gara di acquisto.

In queste procedure concorsuali l'acquisizione vede come interlocutore – a seconda della procedura in cui ci si muova – o il liquidatore o il curatore fallimentare o lo stesso proprietario.

Aggiungo che la strada del WBO è preferibilmente percorribile anche prima, appunto, nell'ambito delle trattative della Composizione negoziata della crisi.

Quest'ultima opzione assume particolare rilevanza, poiché la CNC garantisce maggiore celerità rispetto alle procedure giudiziali, mette attorno a un tavolo tutti i soggetti, compresi i lavoratori, e permette di attivare competenze di trattativa e negoziazione che possono e devono far pesare i vari interessi in gioco.

La prassi ha dimostrato che nei processi di WBO la lentezza e il difetto di informazione hanno rappresentato un enorme ostacolo ed in certi casi sono stati decisivi per fare naufragare tali progetti.

Negli ultimi 30 anni i *Workers buyout* hanno permesso il salvataggio di 15mila posti di lavoro. Il modello cooperativo con la sua dinamicità, la sua

---

e cooperativa e rafforzano la cooperazione transnazionale tra i rappresentanti delle parti sociali, sostenendo l'applicazione dei diritti di informazione, consultazione e partecipazione.

<sup>63</sup> S. PACCHI, *ult.op cit.*

capacità di adattarsi al cambiamento per flessibilità e sostegno di reti locali, è quanto mai interessante per l'intera economia europea ed è naturalmente nella visione dell'economia sociale di mercato, che l'Europa lo rivendica come suo modello.

Restano, lo si ripete, soluzioni ancora poco conosciute, anche se istituzionalizzate dalla legge Marcora e sebbene rappresentino "modelli sostenibili" per risolvere una crisi d'impresa.

I WBO impongono una doverosa, attenta e ponderata, valutazione delle reali possibilità di rigenerazione dell'impresa. I professionisti sono messi alla prova in termini di tempo che devono dedicare a questa operazione e di formazione perché i lavoratori si aprono a nuove forme di rischio e responsabilità mettendoci proprie risorse ed è importante che questo avvenga alla luce di una seria e rigorosa valutazione prognostica delle condizioni dell'impresa, operative e di mercato.

Quell'analisi sull'azienda e sull'impresa che deve guidare il professionista nella selezione dello strumento per risolvere la crisi diventa, è in questo caso e a maggior ragione, imprescindibile e propedeutica a qualsiasi ipotesi di un piano di WBO.

In questo quadro, ritengo che la Composizione negoziata della crisi rappresenti un ulteriore incentivo per potenziare e valorizzare lo strumento.

Nell'ambito delle trattative di questa negoziazione, infatti, sorge un immediato obbligo di *discovery*, in capo all'impresa e a favore senz'altro dei lavoratori (loro rappresentanze)<sup>64</sup>.

Questi, dunque, sono onerati a partecipare alla valutazione sulla esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, sotto la supervisione dell'esperto negoziatore.

Costui incontra le parti interessate al processo di risanamento e, pertanto, deve farsi interprete della prospettiva di un WBO, quale possibile strategia di intervento sostenibile per garantire la continuità aziendale e preservare i valori occupazionali e sociali.

La difficoltà a divenire uno strumento condiviso di politica economica e sindacale a mio avviso può essere superata mediante un'attenta condivisione di informazioni e un ruolo attivo di questo esperto negoziatore, che deve essere dotato anche di una formazione sul versante giuslavoristico.

-----

#### **Abstract**

#### **HOW WORKERS CAN REGENERATE BUSINESS: THE WBO, OR SUSTAINABLE CRISIS MANAGEMENT**

La tendenza UE a ridisegnare l'ordinamento della crisi d'impresa, recepita nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza domestico, sta diffondendo una

---

<sup>64</sup> Il riferimento è all'art. 17, comma 5, codice della crisi e dell'insolvenza.

nuova cultura della gestione della crisi, nella quale, in particolare, il fattore lavoro e la sua tutela è fortemente preso in considerazione.

In questo nuovo scenario, diviene opportuno riprendere e leggere con nuovi occhi lo strumento del WBO o impresa rigenerata.

Si tratta, infatti, di un istituto che, da un lato, garantisce la tutela occupazionale e, dall'altro, consente di preservare in modo efficiente la continuità aziendale, così attuando una gestione sostenibile della crisi d'impresa.

\*\*\*

*The EU trend to redesign the corporate crisis order, reflected in the new Corporate Crisis and Domestic Insolvency Code, is spreading a new crisis management culture, in which, in particular, the labour factor and its protection is strongly taken into account.*

*In this new scenario, it becomes appropriate to resume and read with new eyes the tool of the WBO or regenerated enterprise.*

*It is, in fact, an institution that, on the one hand, guarantees employment protection and, on the other, allows to efficiently preserve business continuity, thus implementing a sustainable management of the business crisis.*

-----

Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna,

Sez. I, 22 novembre 2021, n. 955

Pres. A. Migliozi, Rel. P. Amovilli

*La qualitas culturale di filari di vite maritata, ai fini dell'imposizione del relativo vincolo, deve avere ad oggetto l'immobile o il sito nel suo aspetto "corporale", ma non può essere imposta dall'amministrazione preposta alla tutela del vincolo in relazione all'attività o meglio alla tecnica di lavorazione utilizzata, quando il terreno vede coltivazioni del tutto eterogenee ed in particolare contrassegnate da vegetazione spontanea.*

(Omissis) FATTO

1. – Espone l'odierna ricorrente di esser divenuta proprietaria "iure hereditatis" di podere agricolo ubicato nella campagna del Comune di Ravenna in località Mezzano, iscritto al catasto terreni al foglio 109, sezione B (Sant'Alberto) alle particelle 317, 43, 130, 208 e 207, meglio noto come Podere Baruzzi. Con comunicazione del 18 agosto 2018 ai sensi dell'art. 14 d.lgs. 42/2004 la locale Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio avviava il procedimento per l'apposizione del vincolo di interesse culturale, motivato dall'essere il terreno vitato del podere Baruzzi "uno dei più importanti relitti del paesaggio agrario storico della provincia ravennate e una tangibile testimonianza del sistema a piantata diffusamente adottato in Romagna per molti secoli e oggi quasi totalmente sostituito dalla agricoltura estensiva". Seguiva la presentazione di osservazioni da parte della sig.ra Merendi ed un sopralluogo congiunto in data 14 novembre 2018.

Con provvedimento del 16 aprile 2019 la Commissione Regionale per il Patrimonio Culturale dichiarava l'interesse culturale, ai sensi dell'art. 15 d.lgs. 42/2004, sull'immobile in questione denominato "Filari di vite maritata del Podere Baruzzi" limitatamente ai mappali 43 e 130 per le ragioni già indicate nella comunicazione di avvio del procedimento.

Con il ricorso in esame la ricorrente ha impugnato il suddetto provvedimento, deducendo motivi così riassumibili:

I) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, 14 e 15 del d. lgs. 42/2004 – eccesso di potere – proporzionalità – erroneità nei presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà, lacunosità, perplessità e manifesta ingiustizia*: l'interesse culturale ex art. 10 del Codice dei beni culturali deve riferirsi a bene mobile o immobile e non ad una tecnica di coltivazione agricola; sussisterebbe il difetto di proporzionalità essendo il vincolo esteso all'intero immobile pur rilevandosi come la vigna corrisponde soltanto ad alcune fasce.

II) *Violazione di legge art. 10 d. lgs. 42/2004 e art. 3 l. n. 241/1990) violazione dell'art. 97 cost. (buon andamento, trasparenza) violazione del principio di proporzionalità – eccesso di potere (errore di fatto e di diritto – carenza dei presupposti – contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza, abnormità, arbitrarietà, sviamento, ingiustizia manifesta, difetto di motivazione, difetto d'istruttoria)*: non vi sarebbe più alcuna traccia della

struttura originariamente insediata per la lunga assenza di pratiche agronomiche e l'abbandono delle coltivazioni, risultando i caratteri distinti della coltivazione (vite maritata) allo stato attuale del tutto cancellati, rimanendo soltanto una vegetazione incolta non idonea a consentire anche solo una vaga percezione dell'attività un tempo praticata.

III) *Violazione di legge art. 3 della l. 241/1990 – eccesso di potere per contraddittorietà, sviamento, difetto di motivazione*: se il terreno in questione è caratterizzato da un bosco planiziale, termine che caratterizza la foresta nelle pianure, non è dato comprendere come possa convivere questa condizione, sicuramente presente, con l'esistenza di una vigna che non vi è più perché sopraffatta dalle essenze arboree ed arbustive che hanno preso il sopravvento e che caratterizzano il bosco planiziale.

Ha altresì presentato domanda risarcitoria riservandosi di quantificare in corso di causa i danni subiti e subendi.

Si è costituito in giudizio il Ministero per i Beni e le Attività Culturali eccependo l'infondatezza di tutti i motivi *"ex adverso"* dedotti, poiché in sintesi: – la compresenza dei relitti di coltura a vite maritata e il fenomeno della rinaturalizzazione, ormai tra loro inscindibili rendevano e rendono questo insieme di eccezionale interesse culturale: – non vi sarebbe difetto di proporzionalità anche in relazione all'avvenuta riduzione dell'estensione del vincolo dal momento che nel più recente sopralluogo si è valutato di ridurre sensibilmente rispetto a quanto proposto nell'avvio del procedimento l'area da sottoporre a tutela, limitandola ai soli mappali 43 e 130 del foglio 109 sezione B (Sant'Alberto); – diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente in base alle relazioni fornite dal Corpo Forestale della Stazione di Ravenna (doc. nn. 3 e 10), il podere Baruzzi si trova *"in eccellente stato di conservazione e con potenzialità funzionali integre"*.

Con memoria la difesa di parte ricorrente ha rappresentato come l'area ove è ubicato il podere in questione è posta all'interno di sito di interesse naturalistico per il quale sono già state assunte dalla Regione Emilia Romagna le misure di tutela coerenti ed adeguate alle caratteristiche del sito, a conferma dell'uso distorto dello strumento di tutela culturale. Ha chiesto disporsi eventuale verifica al fine di accertare l'effettivo stato dei luoghi. Con ulteriore memoria ha insistito per l'accoglimento del gravame citando a supporto delle proprie tesi difensive sentenza del Tribunale Amministrativo regionale del Lazio (sez. II-quater, n. 5864/2021) secondo cui quel che può essere vincolato è soltanto l'immobile, ove sussistano le condizioni, diverse ed ulteriori, prescritte dall'art. 10 e 13 del Codice per dichiararlo *"bene culturale"*, non l'attività ivi svolta. (*Omissis*)

#### DIRITTO

1. – È materia del contendere la legittimità del provvedimento del 16 aprile 2019 con cui la Commissione Regionale per il patrimonio culturale ha effettuato la dichiarazione di interesse culturale, *ex art. 15 D. Lgs 42/2004*, sull'immobile di proprietà della ricorrente denominato *"Filari di vite maritata del Podere Baruzzi"* nel Comune di Ravenna.

Lamenta in buona sintesi parte ricorrente l'uso distorto dello strumento di tutela in violazione e falsa applicazione del Codice dei beni culturali, non potendo l'autorità tutoria pretendere di vincolare non già un immobile quanto una tecnica di

coltivazione della vite (maritata) da tempo abbandonata di cui non vi sarebbe più alcuna traccia in loco.

2. – Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

3. – In punto di fatto va osservato che in base alla dettagliata documentazione fotografica depositata dalle parti (doc. n. 3 allegato al ricorso e doc. n. 11 del Ministero) nonché al sopralluogo effettuato dalla Forestale di Ravenna risultano visibili una serie di filari di lunghezza di c.a. 140 metri distanti tra loro c.a. 35 metri.

In particolare parte ricorrente ha depositato anche foto di struttura a piantata esistente ancora a tutore vivo, al fine di confutare le valutazioni espresse dall'Amministrazione in sede di sopralluogo ed evidenziare le differenze rispetto a quanto rimasto nel proprio podere.

Non può non notarsi, ad avviso del Collegio, l'evidente diffusione della vegetazione spontanea che pervade l'area del podere un tempo destinata a vigneto con il sistema della vite maritata, non avendo sul punto le divergenti osservazioni della Forestale di Ravenna valore di fede privilegiata, riguardando esse, più che fatti privi di margine di apprezzamento, valutazioni del tutto opinabili (*ex multis* Cassazione civile sez. lav., 22 luglio 2020, n. 15638; Consiglio di Stato sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7129).

Da tale stato dei luoghi trae comunque la locale Soprintendenza il convincimento dell'essere l'area de qua testimonianza del sistema a piantata diffusamente adottato in Romagna per molti secoli e dunque la "*qualitas*" culturale.

4. – Ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. 42/2004 se è vero che la nozione di bene culturale è di tipo aperto e non strettamente tipizzata (cfr. T.A.R. Sardegna sez. II, 2 maggio 2012, n. 421) è altrettanto vero che è necessaria la c.d. corporalità del bene culturale nel senso che l'attività espletata attraverso il bene può rilevare unicamente ove il valore culturale per così dire pervada il bene immobile o mobile, non essendo altrimenti possibile desumerlo dalle sole attività svolte (in questo senso T.A.R. Lazio sez. II-*quater*, 19 maggio 2021, n. 5864; Consiglio di Stato sez. VI, 10 ottobre 1993, n. 741).

L'ampia discrezionalità tecnica alla base del giudizio che presiede all'imposizione di una dichiarazione di interesse culturale ovvero della "*qualitas*" culturale (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. VI, 4 settembre 2020, n. 5357) è dunque delimitata da ciò che può essere per scelta legislativa vincolato, non avendo l'ordinamento (per scelta legislativa) esteso il vincolo alle mere attività espletate attraverso il bene ove non ve ne sia significativa traccia.

Non può pertanto vincolarsi un'attività economica o ricreativa ove l'attività non si sia compenetrata negli arredi o nelle strutture del locale (ancora Consiglio di Stato sez. VI, 10 ottobre 1993, n. 741).

5. – Nel caso di specie l'evidente abbandono delle coltivazioni e la diffusione della vegetazione spontanea rende quantomai ardua la sostenuta presenza di una traccia identitaria che consenta di associare le condizioni del sito ad un impianto di vite maritata a piantata romagnola ovvero ad una particolare tecnica di coltivazione oramai scomparsa.

6. – Giova poi rilevare come le esigenze di tutela quantomeno sotto il profilo ambientale siano state già adeguatamente tenute in considerazione mediante



l'inserimento del sito nella Rete ecologica europea Natura 2000 con la conseguente sottoposizione alle prescritte misure di conservazione.

7. – Ne consegue la fondatezza dei dedotti motivi di violazione dell'art. 10 d.lgs. 42/2004 e 3 L.241/90 oltre che di eccesso di potere per sviamento e difetto di istruttoria.

8. – Per i suesposti motivi il ricorso è fondato e va accolto con l'effetto dell'annullamento del provvedimento impugnato. (*Omissis*).

## VITE MARITATA E TUTELA DEI BENI CULTURALI

ALESSANDRO PIAZZAI

*Dottorando di ricerca*

*nell'Università di Roma "La Sapienza"*

1. – Con comunicazione del 18 agosto 2018, adottata ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, la competente Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio, notificava alla ricorrente, proprietaria di un podere agricolo – c.d. "Baruzzi" – situato nella campagna del Comune di Ravenna (e pervenutole *iure hereditatis*), l'avvio del procedimento per l'apposizione del vincolo di interesse culturale. Quest'ultimo veniva motivato con argomentazioni del seguente tenore: "uno dei più importanti relitti del paesaggio agrario storico della provincia ravennate e una tangibile testimonianza del sistema a piantata diffusamente adottato in Romagna per molti secoli e oggi quasi totalmente sostituito dalla agricoltura estensiva".

A seguito delle osservazioni della ricorrente e di un sopralluogo congiunto, la Commissione Regionale per il Patrimonio Culturale dichiarava – con provvedimento del 16 aprile 2019 – l'interesse culturale *ex art.* 15 d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 sull'immobile sopra indicato, denominato "Filari di vite maritata del Podere Baruzzi" ma limitatamente a due "mappali" di quest'ultimo.

La proprietaria impugnava il ridetto provvedimento deducendo le pedissequae motivazioni. In primo luogo, si doleva che l'interesse culturale avrebbe dovuto riferirsi ad un bene mobile o immobile e non ad una tecnica di coltivazione agricola (sarebbe stato presente peraltro anche il difetto di proporzionalità stante l'estensione del vincolo all'intero immobile, mentre la vigna presenza solo in alcune parti di esso).

In secondo luogo, la ricorrente lamentava che non sussisteva più alcuna traccia delle pratiche agronomiche ivi esercitate; ciò lo si evinceva dallo stato dei luoghi caratterizzato da abbandono delle coltivazioni e vegetazione incolta. In terzo luogo, la proprietaria del fondo rappresentava che, essendo presente nel terreno un bosco planiziale<sup>1</sup>, non era dato comprendere come

---

<sup>1</sup> Da intendersi che insiste su una superficie piana.

potessero coesistere quest'ultimo – connotato dall'esistenza di molteplici essenze arboree e arbustive – e le viti maritate stesse.

La ricorrente, contestualmente alla tutela demolitoria, proponeva anche domanda di risarcimento del danno. Alle doglianze di quest'ultima rispondeva il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, sostenendo l'infondatezza di tutti i motivi dedotti dalla proprietaria del terreno. Anzitutto, per l'Amministrazione, "i relitti di cultura a vite maritata ed il fenomeno della rinaturalizzazione" palesavano un eccezionale interesse culturale; in aggiunta, il difetto di proporzionalità veniva scongiurato dalla circostanza che il vincolo riguardava solo due "mappali" del terreno; da ultimo, in virtù della relazione fornita dal Corpo Forestale di Ravenna, veniva affermato che il podere c.d. "Baruzzi" si trovava "in eccellente stato di conservazione e con potenzialità funzionali integre".

A quanto sopra, la ricorrente contrapponeva da un lato, l'esistenza – sopra il fondo – di misure di tutela scaturenti dal rientro di quest'ultimo in un sito di interesse naturalistico (con conseguente "uso distorto dello strumento di tutela culturale"); e dall'altro lato, rammentava la presa di posizione del T.A.R. Lazio Sez. II quater n. 5864 del 2021, secondo cui può essere vincolato – in ossequio agli artt. 10 e 13 del Codice dei beni culturali e del paesaggio – solo l'immobile e non l'attività ivi svolta.

2. – Il Collegio emiliano romagnolo ha accolto la domanda di annullamento dedotta dalla ricorrente, seguendo un percorso motivazionale basato su quattro linee direttrici.

Sul primo versante e con precipuo riguardo alle circostanze di fatto, la Sezione Prima, pur riconoscendo l'esistenza di una serie di filari nel fondo ("di lunghezza di c.a. 140 metri distanti tra loro c.a. 35 metri"), sottolineava la presenza di una diffusa vegetazione spontanea, rievocando comunque l'opinabilità delle osservazioni effettuate dal Corpo Forestale di Ravenna.

In seconda battuta ed in merito alla principale questione giuridica sottesa, dato atto che la nozione di bene culturale è di tipo aperto e non strettamente tipizzata, il Collegio affermava la necessità della corporalità del bene culturale "nel senso che l'attività espletata attraverso il bene può rilevare unicamente ove il valore culturale per così dire pervada il bene immobile o mobile, non essendo altrimenti possibile desumerlo dalle attività svolte". Per il T.A.R. Emilia Romagna, l'ampia discrezionalità tecnica alla base del giudizio che connota l'imposizione di una dichiarazione di interesse culturale trovava dunque un limite nella legge. Ne discendeva che non poteva vincolarsi un'attività espletata attraverso il bene "ove non ve ne sia significativa traccia".

In terzo luogo, stante l'evidente abbandono delle coltivazioni e la diffusione della vegetazione spontanea, per il Collegio era arduo sostenere la

presenza “di una traccia identitaria” che potesse associare le condizioni del sito ad un impianto di vite maritata (o ad una tecnica di coltivazione).

Da ultimo, il T.A.R. Emilia Romagna rilevava l’esistenza di misure di tutela del terreno – seppur sotto il profilo ambientale – in quanto inserito nella Rete ecologica europea Natura 2000.

3. – Quando si parla delle viti maritate si fa riferimento ad una pratica agricola ideata dagli Etruschi quasi tremila anni fa: si tratta di “un sistema di allevamento della vite che [...] nelle terre più fresche e più grasse dell’Italia centro-settentrionale, dall’agro di Capua alla Valpadana, lascia più libero sfogo al rigoglio dei tralci, che si lasciano correre lungo i festoni, alti sul terreno, ed eventualmente appoggiati ad un sostegno vivo”<sup>2</sup>.

Negli ultimi lustri, ed in seguito ai mutamenti economici riguardanti il settore agricolo (si pensi all’impiego dei mezzi meccanici che ormai ha raggiunto livelli inimmaginabili), la ridetta tecnica di coltivazione ha lasciato spazio all’agricoltura “estensiva”, senza dubbio meno dispendiosa e più redditizia. Ciò tuttavia pone la questione della scarsa efficacia degli strumenti in capo ai pubblici poteri per apprestare tutela al paesaggio agrario che – come è stato osservato – “è storia”<sup>3</sup>. Il problema di fondo consiste infatti nella circostanza che “non tutti apprezzano la differenza fra una coltura promiscua ed una monocultura industriale”<sup>4</sup>.

Sul crinale diacronico, mentre la dimensione giuridica del paesaggio principia all’inizi del Novecento con la legge “provvedimento” sulla pineta di Ravenna (l. 16 luglio 1905 n. 411) – poi proseguita con la normativa ispirata da Benedetto Croce (l. 24 giugno 1922 n. 778) fino ad arrivare alla legge Bottai (l. 29 giugno 1939 n. 1497) –, quella del paesaggio agrario<sup>5</sup> è una parabola relativamente recente, che assume connotati emancipativi alla fine degli anni Settanta del XX secolo, grazie peraltro – e per assurdo – alla “fine della società contadina”<sup>6</sup> (ed in particolare al tramonto della mezzadria<sup>7</sup>).

<sup>2</sup> E. SERENI, *Storia del paesaggio agrario*, Bari, 1979, 40.

<sup>3</sup> P. PASSANITI, *Il diritto cangiante, Il lungo novecento giuridico del paesaggio italiano*, 2019, 205.

<sup>4</sup> M. AGNOLETTI, *Il patrimonio intangibile agroforestale. L’esperienza del catalogo nazionale del paesaggio rurale*, in T. SCOVAZZI – B. UBERTAZZI – L. ZAGATO, *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Milano, 2012, 243.

<sup>5</sup> Per un’autorevole analisi del connubio tra agricoltura e paesaggio, si rimanda a F. BASILE – S. CARMIGNANI – N. LUCIFERO, *Strutture agrarie e metamorfosi del paesaggio, Dalla natura delle cose alla natura dei fatti*, Milano, 2010.

<sup>6</sup> Così P. PASSANITI, *La tutela del paesaggio agrario tra conservazione e mutevolezza. Le premesse storiche di un problema attuale*, in *Diritto agroalimentare*, n. 1/2018, 205.

<sup>7</sup> Sulla mezzadria come paesaggio agrario si noti P. PASSANITI, *Mezzadria, Persistenza e tramonto di un archetipo contrattuale*, Torino, 2017.

L'ulteriore spinta propulsiva alla tutela del paesaggio agrario deriva da un lato, in virtù di una nuova ed evolutiva interpretazione dell'art. 9 Cost., decantata anche in alcune pronunce della Corte costituzionale<sup>8</sup>; dall'altro lato, per merito delle discipline normative contigue, come l'urbanistica (l. 8 agosto 1985 n. 431) e l'ambiente (l. 6 dicembre 1991 n. 394).

L'opera del legislatore sulla tematica in esame si cristallizza – in guisa più marcata – dopo l'anno 2000; segnatamente destano interesse i seguenti provvedimenti: la l. 24 dicembre 2003 n. 378, recante Disposizioni per la tutela e la valorizzazione dell'architettura rurale; il d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio, [art. 135 comma 4° lettera d)]; la l. 9 gennaio 2006 n. 14, che ha recepito la Convenzione europea del paesaggio; ed infine, per quanto riguarda nel dettaglio il caso di specie, la l. 12 dicembre 2016 n. 238, concernente la disciplina organica della coltivazione della vite e della produzione e del commercio del vino<sup>9</sup>.

Nonostante gli approdi normativi richiamati e come dimostra la vicenda oggetto di commento – che rievoca anche la possibile “sovrapposizione” tra paesaggio e cultura<sup>10</sup> –, gli interpreti hanno lamentato a più riprese la “frammentarietà e lacunosità”<sup>11</sup> della disciplina, sia in una fase più risalente che di recente<sup>12</sup>.

4. – Tenendo conto delle esigue considerazioni appena svolte, si evidenzia come – in forza di quanto statuito dalla Soprintendenza nella motivazione a suffragio del “vincolo culturale”<sup>13</sup> – l'Amministrazione avrebbe potuto (forse) optare per quello “paesaggistico”<sup>14</sup>, ai sensi dell'art.

<sup>8</sup> Si veda Corte costituzionale 29 marzo 1985, n. 94.

<sup>9</sup> Si segnala anche il d.m. 30 giugno 2020 concernente la salvaguardia dei vigneti eroici o storici. Per una puntuale disamina del ridetto d.m., si rinvia a S. CARMIGNANI, *La salvaguardia dei vigneti eroici e storici nel d.m. 30 giugno 2020*, in *Diritto agroalimentare*, n. 1/2021.

<sup>10</sup> Sui concetti di culturalità del paesaggio e paesaggi culturali si rimanda a G. SEVERINI, *Culturalità del paesaggio e paesaggi culturali*, in *Giust. amm.*, 2020.

<sup>11</sup> Si confronti, N. FERRUCCI, *Il paesaggio agrario tra Convenzione europea del paesaggio, Codice Urbani e normativa agraristica*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 2011, 240-244.

<sup>12</sup> In tal senso anche P. PASSANITI, *Il diritto cangiante*, op. cit., 207.

<sup>13</sup> Si rammenta di seguito la motivazione della Soprintendenza a supporto del vincolo culturale “uno dei più importanti relitti del paesaggio agrario storico della provincia ravennate e una tangibile testimonianza del sistema a piantata diffusamente adottato in Romagna per molti secoli e oggi quasi totalmente sostituito dalla agricoltura estensiva”.

<sup>14</sup> Si ricorda che, ai sensi dell'art. 131 comma 1° del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, il legislatore ha definito il paesaggio come “il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni”. Nella definizione del concetto giuridico di paesaggio fondamentale è stato il

136 comma 1° lett. a) del Codice dei beni culturali e del paesaggio, ponendo l'accento sulla memoria storica che tramanda il fondo, caratterizzato dalla pratica agricola ivi perpetuata. A tal proposito, giova rimembrare una recente pronuncia del T.A.R. Veneto, Sez. II, 2 gennaio 2019, n. 9 (concernente la [il]legittimità del diniego della Soprintendenza su un'autorizzazione paesaggistica), nella quale si scorge l'esistenza di un vincolo paesaggistico su un fondo proprio "per salvaguardare una specifica presenza di piantagioni, quali elementi costitutivi essenziali della tipicità di un certo e qualificato paesaggio agrario" (paragrafo n. 2 della parte in diritto).

In alternativa, la p.a. avrebbe potuto ricorrere all'art. 7 bis del d.lgs n. 42/2004, con il quale sono state recepite le due Convenzioni U.n.e.s.c.o. rispettivamente per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (Parigi, 17 ottobre 2003) e sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali (Parigi, 20 ottobre 2005), facendo leva sull'identità culturale collettiva sottesa alla pratica delle viti maritate. Si pensi, ad esempio, alla coltivazione della vite ad alberello di Pantelleria, entrata a far parte del patrimonio immateriale U.n.e.s.c.o. nel 2014.

Non è tuttavia questa la sede adatta per sindacare "l'ampia discrezionalità tecnica" (per riportare la dicitura del T.a.r. Emilia Romagna, paragrafo 4 della parte in diritto) in capo all'Amministrazione sulla dichiarazione di un bene come paesaggistico o culturale.

5. – Merita inoltre un approfondimento la seconda linea direttrice dell'iter motivazionale del Collegio, in forza della quale si propugna che la nozione di bene culturale è di tipo aperto e non strettamente tipizzata ma – alla stessa stregua – si sottolinea come nell'ordinamento prevalga la c.d. "concezione realistica", ancorata al paradigma della materialità. Ne discende il precipitato – secondo il T.A.R. Emilia Romagna – che non può essere oggetto di "vincolo culturale" un'attività a meno che la stessa non connoti strenuamente il bene (immobile o mobile che sia).

Ebbene, il percorso argomentativo del giudice amministrativo risulta coerente con l'impianto normativo vigente che, salvo alcune rare eccezioni (peraltro individuate in parte da iniziative legislative regionali), non lascia spazio alla "tutela" (o per meglio dire alla "promozione") delle attività culturali e dei beni culturali immateriali.

---

contributo di Alberto Predieri: "paesaggio, [...], non significa solamente le bellezze naturali o anche quelle che ad opera dell'uomo sono inserite nel territorio, né la sola natura, ma la forma del territorio, o dell'ambiente, creata dalla comunità umana che vi è insediata, con una continua interazione della natura e dell'uomo". Si confronti A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, 506.

Tuttavia, quanto affermato dal T.A.R. Emilia Romagna conduce – in prima battuta – a riflettere sulla portata della clausola di cui all’art. 2 comma 2° del Codice dei beni culturali e del paesaggio, secondo la quale sono da considerarsi beni culturali quei beni che costituiscono in base alla legge “testimonianza avente valore di civiltà” (formula a suo tempo plasmata dalla Commissione Franceschini con la l. 26 aprile 1964 n. 310 nella Dichiarazione I<sup>15</sup>).

Ed invero, quanto all’esistenza di altre norme di legge che potrebbero comprendere la pratica agricola della vite maritata, si possono rammentare quelle previste dall’art. 10 comma° 3 lettera a) [cose immobili o mobili che presentano interesse storico o etnoantropologico<sup>16</sup>] e quelle previste dal medesimo articolo sempre comma° 3 lettera d) [cose immobili o mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia della tecnica].

Un’ulteriore considerazione richiede il concetto di “pervasività”, utilizzato dal T.A.R. Emilia Romagna nell’evidenziare che l’unica ipotesi in cui l’attività espletata attraverso il bene possa essere vincolata è, per l’appunto, quando il valore culturale della medesima pervada il bene (immobile o mobile): la domanda che sorge spontanea è dunque perché non debba considerarsi una pratica agricola (ed il suo valore culturale sicuramente discutibile) come elemento caratterizzante di un fondo (o di un Podere)? La risposta sta chiaramente nell’abbandono della pratica delle viti maritate.

Quest’ultimo spunto – quello più importante sotto il profilo sistematico – conduce a soffermarsi sulle altalenanti posizioni della giurisprudenza amministrativa qualora si tratti di “tutelare” altre tipologie di attività (ristoranti o farmacie storiche) strettamente legate al bene. In alcune pronunce, prendendo le mosse dal fatto che l’attività si compenetra “negli arredi e nelle strutture del locale”, si è sostenuto la legittimità di un vincolo culturale direzionato ad incidere sulla “destinazione d’uso”, come nei casi della fiaschetteria Beltrame di Roma (Consiglio di Stato 10 ottobre 1983, n.723, Sez. VI) e dell’antica farmacia di Piazza del Campo a Siena (Consiglio di Stato 18 ottobre 1993, n. 741, Sez. VI). In altre sentenze, invece, questa

---

<sup>15</sup> Si rinvia a *Per la salvezza dei beni culturali in Italia, Atti e documenti della Commissione d’indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, Roma, 1967, 22.

<sup>16</sup> Si fa riferimento a quanto è accaduto per il vigneto Baver di Pianzano di Godega Sant’Urbano (Treviso), oggetto per l’appunto di un “vincolo” culturale per l’interesse etnoantropologico particolarmente rilevante. Secondo G. Severini si tratta di un caso di “paesaggio culturale”. Si rinvia a G. SEVERINI, *Culturalità del paesaggio e paesaggi culturali*, op. cit., 22.

forma di “escamotage”<sup>17</sup> adottato dalla Pubblica Amministrazione non ha trovato seguito, come nei casi della Libreria Croce (Consiglio di Stato 5 maggio 1986, n. 359, Sez. VI) e ultimamente del ristorante “Il vero Alfredo” di Roma (T.A.R. Lazio, Sez. II Quater, 19 maggio 2021, n. 5864).

Si sottolinea peraltro che alcuni decenni orsono la questione era arrivata addirittura innanzi alla Corte Costituzionale<sup>18</sup>, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità (costituzionale) degli allora vigenti artt. 1 e 2 l. 1° giugno 1939 n. 1089, nella parte in cui non prevedevano la possibilità di estendere il vincolo di tutela anche alle attività culturali. Come è noto, nel dichiarare infondata la questione, il giudice delle leggi statuí testualmente: “il vincolo non può assolutamente riguardare l’attività culturale in sé e per sé, cioè, considerata separatamente dal bene, la quale attività, invece, deve essere libera, secondo i precetti costituzionali (artt. 2, 9, 33)” [paragrafo n. 4 del considerando in diritto].

Nonostante l’autorevole posizione intrapresa dalla Corte costituzionale il tema della “destinazione d’uso” di determinati beni culturali o della “vincolatività” delle attività culturali persiste (come dimostra la vicenda delle viti maritate, anche se di riflesso) e proprio recentemente la VI Sez. del Consiglio di Stato<sup>19</sup> – chiamata a pronunciarsi sul prosieguo della controversia riguardante il ristorante “Il vero Alfredo” – ha sottoposto all’Adunanza Plenaria due quesiti<sup>20</sup> di particolare importanza che possono condensarsi come segue: se il potere ministeriale di tutela – con riferimento ai beni culturali di cui all’art. 10 comma 3°, lett. d) del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 – possa estrinsecarsi nell’imposizione di un vincolo di destinazione d’uso del bene culturale o no.

<sup>17</sup> A. CROSETTI – D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2018, 40.

<sup>18</sup> Corte costituzionale 6 marzo 1990, n. 118.

<sup>19</sup> Consiglio di Stato 28 giugno 2022, n. 5357.

<sup>20</sup> Di seguito i quesiti sottoposti all’esame dell’Adunanza Plenaria: “1) se, in presenza di beni culturali per riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell’arte, della scienza, della tecnica, dell’industria e della cultura in genere *ex* art. 10 comma 3°, lett. d), d.lgs. n. 42/2004, il potere ministeriale di tutela *ex* artt. 18, comma 1°, 20, comma 1°, 21, comma 4°, e 29, comma 2°, d.lgs. n. 42/04, possa estrinsecarsi nell’imposizione di un vincolo di destinazione d’uso del bene culturale, funzionale alla conservazione dell’integrità materiale della cosa o dei suoi caratteri storici o artistici...; 2) se, in presenza di beni culturali *ex* art. 10, comma 3°, lett. d), d.lgs. n. 42/2004 che rappresentino (altresì) una testimonianza di espressioni di identità culturale collettiva *ex* art. 7 bis d.lgs. 42/04, il potere ministeriale di tutela *ex* artt. 18, comma 1°, 20, comma 1°, 21, comma 4°, e 29, comma 2°, d.lgs. n. 42/04, possa estrinsecarsi nell’imposizione di un vincolo di destinazione d’uso della res a garanzia non solo della sua conservazione, ma pure della continua ricreazione, condivisione e trasmissione della manifestazione culturale immateriale di cui la cosa costituisce testimonianza”. Si confronti il par. 49 della pronuncia.

6. – La quarta linea direttrice del percorso argomentativo del Collegio emiliano-romagnolo pone un’ultima questione dal punto di vista dell’intersecazione tra settori speciali del diritto amministrativo. Secondo la Sezione prima del T.A.R. infatti un’ulteriore ragione a sostegno dell’illegittimità del provvedimento di “vincolo culturale” impugnato risiede nella circostanza che sul terreno (ove si perpetuano le viti maritate) già esiste una particolare tutela ambientale, dato atto che il medesimo è inserito nella Rete ecologica europea Natura 2000.

In considerazione di quanto appena affermato, risulta dunque evidente l’affastellarsi di più tipologie di tutela su un fondo – come quello del caso di specie – che presenta peculiarità naturalistiche, culturali e paesaggistiche (ripercorrendo la motivazione collegiale al contrario).

La normativa richiamata si riferisce ovviamente alla direttiva 92/43/Cee del 21 maggio 1992 (c.d. *habitat*) – che precede peraltro la Convenzione di Rio de Janeiro sottoscritta il 5 giugno 1992 (sulla diversità biologica) – relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatica, successivamente recepita dall’Italia con la l. 11 febbraio 1992 n. 157 e con il pedissequo d.p.r. 8 settembre 1997 n. 357.

L’aspetto veramente intrigante è che una pratica agricola (dal destino praticamente segnato) si collochi a cavallo<sup>21</sup> tra paesaggio, cultura (come si è già visto) e biodiversità, solleticando in maniera predittiva la futura riforma<sup>22</sup> degli artt. 9 e 41 Cost.; in altri termini, la ridetta tecnica di produzione agricola “pizzica” (quasi) tutte le corde del vigente art. 9 Cost. (al tempo dell’emissione della sentenza la revisione delle suddette norme non era ancora intervenuta) e rievoca al contempo quel filone di pensiero che propugna un approccio olistico allo studio del patrimonio culturale e naturale<sup>23</sup>.

7. – Alla luce di quanto sopra esposto, si può concludere che due sono gli aspetti problematici della pronuncia in commento: una prima questione riguarda la funzionalità degli strumenti in capo alla p.a. per la tutela del paesaggio agrario ed il relativo ambito di operatività, con particolare riguardo agli annessi limiti, in specie in relazione all’art. 41 Cost. (di recente

---

<sup>21</sup> Sulla connessione tra il paesaggio agrario e i profili ambientali si noti E. TRIGGIANI, *Beni culturali per l’integrazione europea*, in E. CATANI – G. CONTALDI – F. MARONGIU BONAIUTI, *La tutela dei beni culturali nell’ordinamento internazionale e nell’Unione Europea*, Macerata, 2020, 53.

<sup>22</sup> Si segnalano alcuni recenti contributi sulla riforma del dettato costituzionale: M. MELI, *I nuovi principi costituzionali in materia di ambiente e sostenibilità*, in *AmbienteDiritto.it*, Fascicolo n. 3/2022; G. MONTEDORO, *Paesaggio, ambiente, territorio: il binomio tutela-fruizione dopo la riforma costituzionale*, in *giustiziainsieme.it*, 2022.

<sup>23</sup> Si confronti A.F. VRDOLJAK – F. FRANCIONI, *Introduction*, in F. FRANCIONI – A.F. VRDOLJAK, *The Oxford Handbook of international cultural heritage Law*, Oxford, 2020, 4.



novellato assieme all'art. 9 Cost.<sup>24</sup>); la seconda questione (strettamente connessa alla prima) concerne invece l'irrisolto problema della "tutela" (o della "promozione") delle attività culturali, tematica che è sprovvista di una apposita disciplina e che, pertanto, ha condotto la giurisprudenza amministrativa – seppur in maniera altalenante – a suggellare alcuni provvedimenti di vincolo culturale adottati dall'Amministrazione nei confronti non tanto del bene ma dell'attività che lo connota. Su quest'ultimo profilo critico è senza dubbio commendevole la recente ordinanza del Consiglio di Stato che rimette all'Adunanza Plenaria l'ammissibilità o no del "c.d. vincolo di destinazione d'uso"; quanto alla (inefficace) tutela del paesaggio agrario e alla (assenza di una) disciplina delle attività culturali, sarebbe auspicabile un intervento organico del legislatore che ponga fine alle carenze di sistema stigmatizzate.

-----

### Abstract

#### "MARRIED VINE" AND PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE

Con la sentenza oggetto di commento, il T.A.R. Emilia Romagna (Sezione Prima) ritorna – in coerenza con l'assetto normativo vigente - sulla necessaria materialità del bene culturale, affermando che non può vincolarsi un'attività (pratica della vite maritata) espletata attraverso il bene (un fondo) laddove non ve ne sia una significativa traccia. Il contributo – che spazia anche su altri fronti dell'iter motivazionale della pronuncia – individua in particolare due questioni problematiche: da un lato, la funzionalità degli strumenti in capo alla p.a. per apprestare tutela al paesaggio agrario; dall'altro, l'assenza di una disciplina sulle attività culturali, che ha sospinto la giurisprudenza amministrativa a suggellare "singolari" provvedimenti (di vincolo culturale) della p.a.

\*\*\*

*The judgement issued by the T.A.R. Emilia Romagna (Sezione Prima) reverse to the necessary materiality of the cultural asset, saying that it cannot bind an activity ("married vine" practice) performed towards the asset (a field) where there is not a significant trace of it. The paper – which reflects also on other parts of the T.A.R. motivation – focuses in particular on two critical issues: on the one hand, the functionality of the instruments of Public Administration to guarantee protection to agricultural landscape; on the other hand, the missing legislation concerning cultural activities, which brings the jurisprudence to support "atypical" measures of Public Administration.*

---

<sup>24</sup> Si rinvia alla l. Cost. n. 1 dell'11 febbraio 2022.

**Corte di Cassazione, Sez. VI pen., 15 giugno 2022, n. 23401 (Pres. Fidelbo, Est. Rosati)**

**Responsabilità da reato degli enti – Idoneità del modello organizzativo – Delitti di comunicazione – Aggiotaggio – Valutazione giudiziale del modello organizzativo – Caratteri – Ragioni – Fattispecie**

Normativa di riferimento: art. 39 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231

*Ove il delitto presupposto della persona fisica posta al vertice aziendale sia quello di aggio, l'ideità del modello organizzativo a prevenire la commissione di "delitti di comunicazione" deve essere verificata dal giudice con valutazione ex ante, effettuata conformemente ai principi generali della "colpa di organizzazione" e tenendo conto, inoltre, delle peculiarità di tale genere di delitti, sicché non può essere ritenuto inidoneo un modello organizzativo aziendale che non contempli forme di controllo preventivo sul testo dei comunicati e delle informazioni divulgate dagli organi di vertice, in quanto tali comunicazioni sono espressione dell'autonomo potere gestionale di questi ultimi.*

**Corte d'appello di Milano 15 marzo 2022 (Pres. Vigorelli, Est. Brena)**

**Estinzione di debiti non scaduti e inesigibili – revocatoria fallimentare – ammissibilità**

Normativa di riferimento: art. 67 l.fall.

*Sono soggetti a revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2 l.fall. anche gli atti estintivi di debiti pecuniari non scaduti e inesigibili.*

**Tribunale di Velletri 16 giugno 2022 (Pres. Buscema, Est. Nardi)**

**Titolo esecutivo europeo – Certificazione – Decreto ingiuntivo – Informazione sull'indirizzo dell'istituzione deputata a riceverla – Informazione sulla necessità di difesa tecnica – assenza – necessità**

Normativa di riferimento: art. 17 Reg. (CE) n. 805/2004; art. 641 c.p.c.

*Non può essere certificato come titolo esecutivo europeo un decreto ingiuntivo non opposto in quanto il solo avvertimento al debitore che della possibilità di proporre opposizione entro quaranta giorni dalla notificazione non soddisfa il contenuto informativo dei cui all'art. 17 Reg. (CE) n. 805/04, non indicando né*

*l'“indirizzo” dell'istituzione alla quale la contestazione del credito va formulata né la necessità di avvalersi di una difesa tecnica.*

Hanno contribuito al fascicolo:

Bugetti, Maria Novella – Professore associato nell'Università di Ferrara

Castagnola, Angelo – Professore ordinario nell'Università di Milano

Ferrari, Mariangela – Professore associato nell'Università di Brescia

Maisto, Filippo – Professore ordinario nell'Università della Calabria

Parentoni, Leonardo – Professore nell'Università di Minas Gerais (Brasile)

Pellegatta, Stefano – Professore a contratto nell'Università di Milano

Piazzai, Alessandro – Dottorando di ricerca nell'Università di Roma "La Sapienza"

Tomasi, Tania – Ricercatore nell'Università di Ferrara