

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2019

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## Responsabilità degli amministratori e patti di manleva\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. Natura giuridica del patto di mallevea ed interessi perseguiti dalle parti – 3. Rapporti con la rinuncia all'azione di responsabilità – 4. Possibili problemi applicativi: a) determinatezza dell'oggetto; b) il problema dell'importo massimo garantito; c) possibile copertura dei fatti dolosi o commessi con colpa grave.

### 1. Introduzione

In coerenza con le finalità proprie della Riforma in tema di riparto di competenze all'interno della società per azioni (: la gestione dell'impresa viene affidata esclusivamente all'organo amministrativo), lo strumento contrattuale viene ad assumere in sé rilievo determinante quale tecnica di protezione degli amministratori avverso i rischi patrimoniali cui sono esposti in dipendenza dell'ufficio<sup>1</sup>. Rischi che si manifestano vibranti col venir meno del legame fiduciario con la compagine sociale, soprattutto in conseguenza del trasferimento della titolarità della partecipazione di controllo.

Tant'è l'importanza dell'aspetto appena segnalato, del resto, che

---

\*Il contributo è anche destinato ad un Volume collettaneo sulle azioni di responsabilità contro gli amministratori edito da Pacini Editore.

<sup>1</sup> D'altra parte, la "contrattualizzazione" dei doveri fiduciari degli amministratori di società delineata dagli esponenti dell'analisi economica del diritto è da tempo oggetto di un vivace dibattito. *Ex multis*, si vedano M.A. EISENBERG, *The Structure of Corporation Law*, in 89 *Columbia L. Rev.*, 1989, p. 1461 ss.; R. COOTER - J.FREEDMAN, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, in 66 *New York University Law Review*, 1991, p. 1069; H. EASTERBROOK e D.R. FISCHER, *The economic structure of corporate law*, Harvard University Press, 1991; R. ROMANO, *Comment on Easterbrook and Fischel: Contract and Fiduciary Duty*, in 36 *Journ. of L. & Econ.*, 1993, p. 447 ss.; T. FRANKEL, *Fiduciary Duties as Default Rules*, in 74 *Or. L. Rev.*, 1995, p. 1209 ss.; A. DUGGAN, *Contracts, fiduciaries and the primacy of the deal*, in Bant e Harding, *Exploring Private Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 275-297; E. LIM, *Contracting Out Fiduciary Duties*, 44 *Common Law World Review*, 2015, p. 276-297; G. RAUTERBERG e E. TALLEY, *Contracting Out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers*, in *Colum. L. Rev.*, 2016. Per un'illustrazione del dibattito e ulteriori riferimenti bibliografici, v. T. FRANKEL, *Fiduciary Law*, New York, 2011, p. 229 ss.

nella pratica è di uso corrente affiancare agli strumenti tipici di natura puramente assicurativa (su tutti le polizze D & O): i così detti “patti di malleva”. Che, nella diversa latitudine funzionale, favoriscono i passaggi di titolarità e gestione societaria senza interferire – almeno non direttamente – con lo statuto della responsabilità degli amministratori.

Nell’ambito della gestione societaria il patto di manleva risalta per “concretezza” e “attualità”. Nel suo telaio essenziale, il negozio si sviluppa intorno all’impegno a tenere indenni gli organi apicali dalle conseguenze patrimoniali avanzate verso i mallevati (anche per il medio di azioni di responsabilità esercitate) dalla società, dai soci, dai creditori sociali o da terzi.

È noto che nell’operatività il patto viene a rilevare in occasione delle operazioni di trasferimento del controllo societario assumendo, sul piano strutturale, sia valore di specifica clausola dell’accordo sia di convenzione autonoma *a latere*.

L’inerenza al contratto di trasferimento e le conseguenti aperture alla meritevolezza affiorano tosto nelle motivazioni della giurisprudenza (cfr. *infra*)<sup>2</sup>.

La constatazione non è di poco conto. Da questo angolo visuale, infatti, la manleva non esaurisce la sua funzione nella protezione degli amministratori e sindaci, ma si immerge più in generale nel complesso economico dell’operazione: ne determina il contenuto e ne modifica gli equilibri.

In questa prospettiva – nel suo riflettersi sull’operazione di avvicendamento societario, cioè –, il patto assume valore di contrappeso alle garanzie (cd. *representations & warranties*) concesse dall’alienante. Peraltro, lo stesso evita che il cessionario si avvantaggi di una sopravvenienza già scontata nel prezzo di vendita<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> «[L’] impegno di cui si discute viene a collocarsi all’interno di una più ampia negoziazione che riguarda il trasferimento dell’intera partecipazione societaria, quale condizione di indubbio rilievo nello scambio negoziale voluto dai contraenti [...]. Sotto tale profilo va certamente tenuto conto dell’ampio favore con cui l’ordinamento guarda alle vicende di circolazione delle azioni e più in generale di avvicendamento nelle compagini di controllo societario quale fattore dinamico dell’attività d’impresa», così Trib. Milano, 16 giugno 2014, in *Giur. Comm.*, 2015, II, 1103 ss. e *Giur. It.*, 2015, 3, 677 ss.

<sup>3</sup> Per una disamina del dibattito in tema di trasferimento delle partecipazioni, senza pretesa di completezza, cfr. F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su*



Il discorso si mostra aperto, a questo punto, a diverse possibilità di sviluppo: tra loro anche lontane.

## 2. *Natura giuridica del patto di malleva ed interessi perseguiti dalle parti*

A livello di enunciazione, la malleva è un contratto atipico con cui un soggetto (mallevante o mallevadore) assume l'obbligazione di sollevarne un altro (mallevato) dalle conseguenze patrimoniali dannose che il garantito dovesse subire in conseguenza di una sua responsabilità – per fatto proprio, del mallevante stesso o di terzi – nei confronti di un terzo danneggiato o creditore.

Nonostante la scarsa attenzione prestata dalla dottrina classica<sup>4</sup>, la meritevolezza del patto è stata riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità con orientamento costante<sup>5</sup>.

---

*acquisizioni di società e pacchetti azionari di riferimento*, in F. BONELLI – M. DE ANDRÈ (a cura di) *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento* – Atti del convegno di Portofino, giugno 1989, Milano, 1990, 3 ss.; P. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. soc.*, 1991, 762 ss.; L.G. PICONE, *Contratti di acquisto e partecipazioni societarie*, Milano, 1995, 237 ss.; E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, in F. GALGANO (a cura di) *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1997, 247; G. IORIO, *Struttura e funziona della clausola di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006, *passim*. In giurisprudenza basti citare il notissimo *revirement*, Cass., 24 luglio 2014, n. 16963, con nota di A. TINA, *Il termine di prescrizione degli impegni di garanzia e indennizzo nel trasferimento di partecipazioni societarie*, in *Corr. Giur.*, 2015, 324 ss., alla cui bibliografia si rinvia per i precedenti. Più recenti, anche con riferimento ai patti di manleva, su tutti M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, 219 ss.; A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, 458 ss.; per spunti anche redazionali cfr. G. DE NOVA, *The sale and purchase agreement: un contratto commentato*, 2 ed., Torino, 2017.

<sup>4</sup> Per cenni solo al fine di distinguerla dalla fideiussione, cfr. F. MESSINEO, *Manuale*, 8 ed., Milano, 1950, 141; M. FRAGALI, sub *art. 1936*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, sub *art. 1936 – 1959*, Bologna-Roma, 1968, 9; G. TUCCI, voce «Garanzia», in *Digesto/civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, 595 s.

<sup>5</sup> Tra le altre, Cass., 18 maggio 1954, n. 1580; Cass., 21 maggio 1969, n. 1779; Cass., 13 maggio 1977, n. 1896; Cass., 08 marzo 1980, n. 1543; Cass., 21 novembre 1988, n. 6267; Cass., 30 maggio 2013, n. 13613. Il patto ha trovato la propria prima tipizzazione sociale nei contratti di appalto stipulati dalle Ferrovie dello Stato con le imprese appaltatrici per scaricare la responsabilità nei confronti dei dipendenti

Assunta questa prospettiva, occorre definire i confini della malleva rispetto alle posizioni *lato sensu* di garanzia tipizzate dal codice civile. Lungo questa linea, che ci consente di cogliere le differenze sul piano della disciplina, si è rilevato che il nucleo comune ai “contratti di rischio” (artt. 1882 c.c., 1381 c.c., 1736 c.c., 1267 c.c., 133 d. lgs. 205/2006) si identifichi nel trasferimento, per l’appunto, di un determinato rischio economico dal patrimonio di un soggetto a quello di un altro. Il che qualifica la fattispecie e consente, sul piano sistematico, di identificare la «causa di garanzia pura», di cui il negozio in esame costituisce forma espressiva atipica<sup>6</sup>.

Se quanto precede è corretto, il contratto di assicurazione sembra assumere valore di paradigma. Basta osservare – fermandosi alla struttura di base – che entrambi gli schemi negoziali realizzano l’immediata soddisfazione dell’interesse del garantito per effetto dell’assunzione di un rischio da parte del garante<sup>7</sup>. Ancora, verificata l’identità della relazione soggettiva fra garantito e garante nel rapporto aspettativa–soggezione, le due posizioni mutano in dipendenza di un evento esterno ed incerto<sup>8</sup>.

Per i fini concreti che qui interessano, queste osservazioni finiscono per convergere quanto a risultato: garanzia pura e assicurazione possono essere inquadrare nella categoria dei contratti aleatori al (mero) fine di un recupero sul piano delle lacune normative<sup>9</sup>.

Beninteso: si tratta di una finzione che non considera la complessità del fenomeno.

---

dell’appaltatore a carico dello stesso: nel contratto di appalto veniva cioè predisposta un’apposita clausola con cui l’appaltatore assumeva su di sé tutte le conseguenze patrimoniali dannose per i danni subiti dai suoi dipendenti in occasione dell’esecuzione dell’opera e di cui fosse chiamata a rispondere l’impresa appaltatrice, cfr. A. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, 202 ss.; G. CECCHERINI, sub art. (1228-1229), in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, 308 ss., poi anche nella collocazione di valori mobiliari, cfr. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1998, 10, 859 s. e nei contratti di cassette di sicurezze, seppure con maggiori resistenze da parte della giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 14 settembre, 1989, con nota di G. PONZANELLI, *La “sfortunata” circolazione delle clausole di esonero, il caso delle cassette di sicurezza*, in *Foro It.*, I, 1038 ss.

<sup>6</sup> Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 6 ss.

<sup>7</sup> Cfr. N. BUTTARO, *L’interesse nell’assicurazione*, Milano, 1954.

<sup>8</sup> Cfr. R. NICOLÒ, voce «Alea», in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, 1024 ss.

<sup>9</sup> Cfr. P. CORRIAS, *op. cit.*, 263 ss.

Il contratto assicurativo è per sua natura un contratto di impresa, esiste cioè in quanto esplicazione dell'attività assicurativa svolta da una parte qualificata (: l'assicuratore)<sup>10</sup>. L'assicurato trasferisce all'assicuratore il rischio (da intendersi come stato di incertezza oggettiva e assoluta in relazione al verificarsi di un fatto) a fronte del pagamento di un premio, il prezzo appunto per non sopportare gli oneri che l'esistenza obiettiva del rischio fanno gravare su di lui (prima e indipendentemente dal verificarsi dell'evento)<sup>11</sup>. L'assicuratore "contabilizza" i contratti e rimane dunque neutrale rispetto al verificarsi o meno del singolo evento, disperso nella massa dei rischi che assume con la globalità dei contratti in forza della probabilità statistica.

Nei fatti, insomma, sorge il dubbio, più che fondato, della correttezza della stessa qualificazione come "aleatorio" del contratto assicurativo<sup>12</sup>.

Nessuno dei tratti richiamati ricorre, almeno non necessariamente, se si va a guardare al patto di manleva. Del resto, è irrilevante la qualificazione soggettiva del garante; sul piano sistematico, il contratto non è necessariamente oneroso<sup>13</sup>; il garante è coinvolto personalmente nel complessivo assetto di interessi diviso dai contraenti<sup>14</sup>; ancora: nella manleva l'incertezza non riguarda l'evento dannoso (che ben potrebbe essere certo e già accaduto), quanto le possibili conseguenze pregiudizievoli per il manlevato in dipendenza di quello, eventualmente già certo nel suo accadere.

Per evitare ambiguità conviene dunque rimarcare che l'essere il

---

<sup>10</sup> Sia consentito un richiamo a F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il «criterio della sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 131 ss.

<sup>11</sup> Cfr. A. GAMBINO, *La neutralizzazione dei rischi nella struttura e nella funzione giuridica unitaria del contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, 209 ss.

<sup>12</sup> Contestano la natura aleatoria del contratto di assicurazione, tra gli altri, G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, V ed., Torino, 1980, 912 ss.; R. IPPOLITO, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, 531 ss.; G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, 173 ss.

<sup>13</sup> P. CORRIAS, *op. cit.*, 263 ss., il quale deduce che il *genus* è la garanzia pura, mentre l'assicurazione ne è declinazione speciale.

<sup>14</sup> Cfr. A. DONATO, *Clausola di manleva*, in M. CONFORTINI (a cura di) *Clausole negoziali*, Torino, 2017, 1184.

contratto assicurativo un atto inserito nell'attività di impresa determina innanzitutto una modificazione di disciplina del negozio stesso. Ciò spiega le resistenze che la letteratura mostra ad applicare ai patti di manleva tutte le norme del tipo. È poi conseguente ritenere, date le specificità segnalate, che sia al più l'assicurazione *species* del *genus* “garanzia pura”, e non viceversa.

Nella concretezza del riscontro, la dottrina ha individuato nella costellazione delle regole che ruotano intorno al principio indennitario la cifra normativa applicabile alla garanzia pura e, per l'effetto, alla manleva<sup>15</sup>.

Detto questo, occorre ancora precisare che la manleva origina un rapporto nuovo, autonomo e distinto rispetto a quello intercorrente fra creditore e debitore garantito. Nella sostanza non deriva alcuna interferenza fra i due rapporti: la relazione fra mallevadore e mallevato trasferisce le conseguenze economiche negative della responsabilità<sup>16</sup>.

Il punto non è di poco conto. L'estraneità della malleva rispetto al rapporto obbligatorio fra debitore e creditore consente, infatti, di sostenere l'irrelevanza del patto rispetto al divieto di cui all'art. 1229 c.c.<sup>17</sup>. A ben vedere, non sorge alcuna attenuazione della responsabilità del debitore rispetto al creditore, che rimane estraneo al rapporto di garanzia. In effetti, la manleva non solo non limita la responsabilità del debitore, ma la presuppone finendo per costituire – direttamente o indirettamente, a seconda della struttura assegnata dai contraenti – un vantaggio per il terzo.

Prendendo spunto da questa constatazione, appare evidente la distanza della malleva dalle diverse figure codicistiche di «assunzione del debito altrui» (artt. 1268, 1272, 1273 c.c.) che ruotano intorno alla regola della degradazione, nel rapporto obbligatorio “di valuta”, della responsabilità dell'obbligato originario nei confronti del creditore<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. P. CORRIAS, *op. cit.*, 266 ss.; sul punto si tornerà *infra*.

<sup>16</sup> Cfr. T. PASQUINO, *Clausola di limitazione di responsabilità*, in M. CONFORTINI (a cura di) *Clausole negoziali*, Torino, 2017, 491.

<sup>17</sup> Si veda la giurisprudenza di cui alla nota 7.

<sup>18</sup> Per una ricostruzione unitaria del negozio di assunzione del debito cfr. U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2009, 1 ss., già prima R. CICALA, (voce) «Accollo», in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 299 s.; ID., *Espromissione*, Napoli, 1995, 135.

Né può confondersi la manleva con l'accollo semplice (o interno) dove, senza l'attribuzione di alcun diritto al creditore, l'accollante assume con certezza il peso economico di un debito già definito nel suo ammontare, o comunque determinato e di certa esistenza, con conseguente estraneità ad ogni profilo aleatorio<sup>19</sup>. Ancora, più netta appare poi la lontananza dell'istituto dalla fideiussione e dalle altre forme di garanzia personale. Come è stato correttamente osservato in letteratura, difetta l'instaurazione di un vincolo di solidarietà (sia in forma disuguale sia paritaria); non consta alcun profilo di interesse rispetto al rafforzamento della posizione del creditore (cd. *causa cavendi*); non sussiste alcun collegamento in termini di accessorietà fra il rapporto garantito e quello di malleva (che restano, si è detto, indipendenti); si assiste al definitivo spostamento del peso economico sul patrimonio del manlevante senza la previsione di forme di regresso<sup>20</sup>.

A guardare il panorama da questo angolo, affiora l'indipendenza della manleva, il cui effetto essenziale risiede nel semplice trasferimento di un rischio.

La chiusura concettuale del patto porta, in astratto, al riconoscimento di un'autonoma funzione di meritevolezza e alla conseguente emancipazione da un più articolato regolamento negoziale. Così l'assunzione del garante potrebbe trovare la propria corrispettività in una controprestazione forfettaria del garantito o, in corrispondenza di un interesse liberale del garante, costituire una donazione diretta (di natura obbligatoria)<sup>21</sup>.

La tesi lascia tuttavia assai perplessi. Per sua propria caratteristica, il patto si inserisce e si giustifica nell'ambito di una più ampia operazione negoziale, nel complessivo assetto di interessi diviso

---

<sup>19</sup> Ciò nemmeno nel caso in cui l'accollo interno abbia per oggetto debiti futuri cfr. P. CORRIAS, voce «Manleva» (*patto di*), in *Enc. Giur.*, Agg., Roma, 2007; A. FRANCHI, *Riflessioni sulla malleva*, in *Contr. Impr.*, 2017, 2, 150, *contra* L. G. PICONE, *L'assunzione del debito da parte della società nella disciplina delle nuove sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 27 ss.

<sup>20</sup> Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 392 ss.

<sup>21</sup> Invero, seppur in *obiter*, Trib. Milano 20 dicembre 2013 si è espresso negativamente rispetto al patto di manleva contratto per «uno spirito di liberalità impropriamente inteso» argomentando dalla nullità del preliminare di donazione (III.1.d.), ma la pronuncia è anteriore a Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Riv. not.*, 2016, II, 4, 521 ss., che ha chiarito la validità della donazione obbligatoria.

dalle parti, cioè<sup>22</sup>. La manleva svolge una funzione di riequilibrio economico delle reciproche attribuzioni patrimoniali: è in tale assetto complessivo insomma che va ricercata la sua concreta meritevolezza.

Se si va a guardare il raccolto delle fattispecie prodotte nella prassi, l'operazione economica di riferimento consiste nella cessione della partecipazione societaria di controllo e del trasferimento della gestione della società *target* ad amministratori di fiducia del cessionario<sup>23</sup>.

La cancellazione del rischio connesso all'eventuale responsabilità dei *managers* uscenti ne favorisce le dimissioni, rispondendo per tale via ad un interesse proprio dell'acquirente, determinato nel nominare gestori di propria fiducia. Parimenti, la clausola risponde ad un interesse dell'alienante, senz'altro quando ha ricoperto l'ufficio di amministratore. Viepiù, il rilascio di *business warranties* relative alla consistenza del patrimonio sociale si riflette nell'interesse dell'alienante ad evitare la duplicazione tra l'indennità pattuita contrattualmente con l'acquirente e il risarcimento conseguente all'azione di responsabilità<sup>24</sup>.

Queste notazioni ci conducono a identificare la sintesi degli interessi che il patto di manleva è concretamente diretto a realizzare.

La causa in concreto del negozio si coglie dunque al di fuori del modellino astratto utilizzato. L'analisi degli interessi effettivamente perseguiti dalle parti non può prescindere dalla complessità dell'affare che di per sé sorregge la meritevolezza del negozio. Un aspetto della convenzione che è opportuno ben delineare per evitare che si riscontri quella "inconcludente superfetazione" non sorretta da alcun interesse meritevole di tutela. In proposito, la cautela appare quanto mai

---

<sup>22</sup> Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, «[L'operazione economica] è espressione dell'unità strutturale dell'affare, naturalmente articolato secondo i ritmi e le scansioni dettate dai concreti interessi delle parti, rivolto ad esternare, al di là della sintesi formale offerta dal tipo contrattuale scelto dalle parti, il complesso delle determinazioni precettive, dei comportamenti attuativi, e della compresenza, in un medesimo regolamento, anche di più funzioni», *cit.* 98, ora *amplius* ID. *Operazione economica e teoria del contratto*, Milano, 2013.

<sup>23</sup> Cfr. A. MONTEVERDE, *Gli aspetti societari delle acquisizioni di partecipazioni; subentro dei nuovi organi e clausole liberatorie*, in M. IRRERA (a cura di) *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011, 512 ss.

<sup>24</sup> Cfr. G. DE NOVA, *Il carattere vincolante dei patti parasociali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, *supp.* 2, 10.

necessaria in assenza di una corrispettività in senso stretto e quando la convenzione rimane entità negoziale autonoma<sup>25</sup>.

Beninteso: il patto può strutturalmente articolarsi secondo una pluralità di schemi, fermo il requisito della necessaria non interferenza con la (limitazione della) responsabilità del debitore.

Le parti potranno così escludere dal rapporto il terzo creditore. Prevedendo, ad esempio, che il mallevante sia tenuto a fornire al mallevato i mezzi economici necessari per l'adempimento una volta accertata la sua responsabilità, ovvero che la malleva operi solamente in "seconda battuta", ossia successivamente al pagamento da parte del debitore<sup>26</sup>.

La malleva, per converso, può prevedere anche un diretto coinvolgimento del creditore, attribuendogli, per effetto della stipulazione, un diritto nei confronti del mallevante secondo lo schema del contratto a favore del terzo<sup>27</sup>.

### 3. Rapporti con la rinuncia all'azione di responsabilità

Per dare fondo all'illustrazione del tema, conviene fermarsi sul rapporto tra manleva e c.d. "patto di rinuncia all'azione di responsabilità". La casistica delle fattispecie di acquisizione di partecipazioni societarie vede infatti convivere le convenzioni di rinuncia all'azione (: con cui si stabilisce che l'acquirente si impegna a non votare a favore dell'azione di responsabilità *ex art.* 2393 c.c. e a non promuovere azioni di responsabilità *ex artt.* 2393-*bis* o 2395 c.c. nei confronti degli amministratori e/o dei sindaci uscenti) con il patto

---

<sup>25</sup> Cfr. A. DONATO, *op. cit.*, 1189; A. FRANCHI, *Il contratto di manleva e la manleva verso gli amministratori*, in *Contr. Impr.*, 2007, I, 197; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 133 ss.

<sup>26</sup> È questa una delle ipotesi di cui si è occupato il Tribunale di Milano nella sentenza del 20 dicembre 2013, ove il mallevante si è impegnato a tenere indenni gli amministratori e i sindaci «dagli importi che essi stessi dovessero effettivamente pagare a titolo di danno», con la conseguenza che «in caso di mancato pagamento del debito risarcitorio da parte dei terzi beneficiari UGF non ha l'obbligo di manlearli: del resto, siccome la manleva non è una fideiussione e non determina un obbligo verso il creditore, in mancanza del pagamento da parte del debitore, manca l'oggetto della manleva».

<sup>27</sup> È lasciata all'autonomia delle parti stabilire le forme e i modi in cui il creditore potrà rivolgersi al garante per l'adempimento di quanto dovuto dal garantito.

di manleva, avvertito come strumento di salvaguardia nel caso di invalidità del negozio di rinuncia<sup>28</sup>.

Il che trova concretezza nello scetticismo mostrato dalla giurisprudenza verso siffatte clausole, in un contesto di vertice che si muove intorno al tema dell'interesse sociale<sup>29</sup> e dei sindacati di voto<sup>30</sup>.

Nel sistema attuale, quello cioè successivo alla riforma, la giurisprudenza (pratica e teorica) si è orientata a dare cittadinanza ai patti di voto, posto che si collocano sul piano (privato e disponibile) del parasociale e non incidono direttamente con il contratto di società.

A livello di enunciazione, i sindacati di voto sono quindi da considerarsi legittimi (artt. 2341-*bis*-2341-*ter* c.c., artt. 122-123 t.u.f.). Nondimeno, le molteplici interferenze con norme indisponibili ne minano di frequente la stabilità<sup>31</sup>. Da questo angolo visuale, proprio il territorio della rinuncia all'azione di responsabilità si è dimostrato fertile, consegnando all'interprete numerosi precedenti di nullità dei sindacati per contrasto del vincolo assunto con l'interesse sociale, con la pleora di norme relative alla responsabilità degli amministratori e con il disposto dell'art. 1229 c.c.<sup>32</sup>. Scendendo un poco più nel

---

<sup>28</sup> G. DE NOVA, *op. cit.*, 12.

<sup>29</sup> Per tutti, D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi nella società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. III, Torino, 1993, 3 ss.

<sup>30</sup> Cfr. G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. III, Torino, 1994, 485 ss.

<sup>31</sup> Cass., 20 novembre 1995, n. 9975, in *Corr. Giur.*, 1996, 193 ss.; nonché *Società*, 1996, 37 ss.; *Giur. Comm.*, 2007, II, 50 ss.; Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, in *Guida dir.*, 2002, 6 37 ss. e *Diritto e pratica delle società.*, 2002, 58 ss.; Cass., 18 luglio 2007, n. 15963, in *Società*, 2007, 1462 ss. e *Foro It.*, 2009, I, 2195.

<sup>32</sup> Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, con nota di F. CAMILLETI, *Convenzioni di voto e conflitto di interessi*, in *Giur. Comm.*, 1997, II, 99 ss.; Cass., 28 aprile 2010, n. 10215, con nota di N. CIOCCA, *Patti parasociali e rinuncia all'azione di responsabilità contro gli amministratori uscenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 141 ss.; con note di A. TINA, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori di società*, C. FIENGO, *Convenzioni parasociali di rinuncia all'azione di responsabilità* e C. DI DONATO, *Convenzione di voto e azione di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 2011, II, 802 ss.; Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2013, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it); Trib. Milano 16 giugno 2014, con nota di B. PETRAZZINI, *Patti parasociali e impegno a non esercitare l'azione di responsabilità*, in *Giur. It.*, 2015, 3, 677 ss. e con nota di A. TINA, *Patti parasociali e rinuncia all'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2015, II, 1103 ss. Sull'inderogabilità della "forma" assembleare per la rinuncia o la transazione all'azione di responsabilità, Cass. 7 luglio 2011, n. 14963, con nota di A.



dettaglio, gli argomenti a fondamento della tesi muovono dal presupposto che con la convenzione i soci si fanno portatori di un interesse in conflitto con quello sociale all'esercizio dell'azione. Inoltre, si discorre sul contrasto tra l'esclusione della responsabilità degli amministratori e l'interesse alla conservazione del patrimonio sociale. Trapela anche il tema della violazione della competenza assembleare per la rinuncia all'azione ex art. 2393 c.c.

La nullità del “patto di rinuncia” discende insomma dal contrasto con l'interesse generale della società e dalla inderogabilità delle norme in tema di responsabilità degli amministratori<sup>33</sup>.

Il punto sembra chiaro. Non è, però, l'unica opinione che corre in letteratura. Secondo una diversa tesi, che non pare di traino, le cose starebbero in modo alquanto diverso. La convenzione, anche se in contrasto con l'interesse sociale, dovrebbe considerarsi valida, ponendosi esclusivamente un problema di annullabilità della specifica delibera assembleare espressione del voto di sindacato. Secondo questo argomentare è da escludere, poi, che la disciplina sul conflitto di interessi in assemblea e la stessa disciplina dell'art. 2393 c.c. abbiano natura imperativa, in quanto a presidio dell'interesse dei soci<sup>34</sup>. Come del resto starebbe a confermare il potere di rinuncia e

---

TINA, *La rinuncia e la transazione all'azione sociale di responsabilità in mancanza della preventiva delibera assembleare*, in *Giur. Comm.*, 2013, II, 19 ss.

<sup>33</sup> Per l'esame del dibattito sia sufficiente rinviare a A. TINA, *I patti parasociali sull'azione sociale di responsabilità nella recente giurisprudenza di merito*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, Milano, 2015, 2999 ss.

<sup>34</sup> Le argomentazioni sono le seguenti. Posto che la delibera assembleare è per definizione espressione di autonomia individuale, sede in cui si forma l'interesse sociale per la convergenza degli interessi dei singoli soci (sul punto cfr. G. ZANARONE, *Norme imperative e invalidità delle delibere assembleari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 455 ss.), la norma sul conflitto di interessi (art. 2373 c.c.) non può avere natura imperativa. La disposizione risponderebbe in realtà solo a ragioni di tutela delle minoranze, ma nemmeno questo aspetto ne conferma la natura imperativa. Se le regole d'impugnazione delle delibere nella S.p.A. richiedono determinate percentuali di capitale (comma 3), la reazione dell'ordinamento non può darsi come incondizionata. Anche la disciplina dell'azione di responsabilità avrebbe natura dispositiva: la compresenza della legittimazione dei creditori (art. 2394 c.c.) e dei singoli terzi (art. 2395 c.c.) assicura la permanenza di una “forma di pressione” sull'organo amministrativo, garantendo la funzione deterrente della responsabilità e la protezione delle esigenze di tutela dei terzi. Infine nemmeno è frustrata la competenza assembleare a disporre dell'azione, posto che – si ripete – il nudo patto

transazione.

La rigida soluzione (prevalente) di chiusura al patto di rinuncia all'azione sembra trovare un bilanciamento con le aperture della giurisprudenza più recente in tema di esonero non preventivo<sup>35</sup>. La ricostruzione finisce per identificare il momento della conclusione del patto quale discriminante di validità. Gli è che non può darsi una rinuncia preventiva all'esercizio dell'azione di responsabilità, rispetto cioè a condotte assunte dall'amministratore successivamente alla conclusione dell'accordo. Per converso, la pattuizione stipulata al termine del rapporto amministrativo e relativa ad attività pregresse deve considerarsi valida. Al riguardo, si è osservato che la rinuncia rispetto ad attività pregresse non sarebbe "in contrasto con nessuna delle norme imperative ricavabili dagli artt. 2392 e 2393 c.c.". Va pure detto, nel contesto di una lettura complessiva, che l'autodeterminazione dei soci in tal senso non andrebbe ad incidere sulla funzione di *deterrence* indubbiamente svolta dall'istituto della responsabilità civile degli amministratori. Nei fatti questo indirizzo, che a me pare condivisibile, riduce la distanza del nostro diritto vivente con altri ordinamenti, in cui la possibilità di escludere o limitare la responsabilità dei componenti dell'organo gestorio è da tempo consentita, anche espressamente per via legislativa<sup>36</sup>.

---

di per sé non esclude in alcun modo la delibera assembleare sulla responsabilità. La tesi è più compiutamente espressa in cfr. A. PICCIAU, *Sulla validità dei patti parasociali di rinuncia all'azione di responsabilità e di manleva nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2016, 2-3, 282 ss.; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, 87 ss.

<sup>35</sup> Notissimo il precedente del Trib. Roma, sez. III, 28 settembre 2015, n. 19193 con nota di M. CARLIZZI, *I patti parasociali di rinuncia all'azione di responsabilità: una sentenza innovativa ma con qualche ombra*, in *Corr. Giur.*, 10, 2016, 1261 ss.; con nota di A. TINA, *Clausole di garanzia, patti parasociali ed esonero da responsabilità degli amministratori nel trasferimento di partecipazioni societarie*, in *Giur. Comm.*, 2017, II, 904 ss., in dottrina già cfr. G.A. RESCIO, *Convenzioni di voto: note a margine di recenti provvedimenti*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 122 ss.

<sup>36</sup> Si fa riferimento in particolare all'ordinamento statunitense, là dove sia la sec. 102(b)(7) *Delaware General Corporation Law*, sia la sec. 2.02(b)(4) *Revised Model Business Corporation Act* consentono di prevedere nel *certificate of incorporation* l'esonero degli amministratori da responsabilità, con alcune eccezioni, come il dolo e la consapevole negligenza delle proprie responsabilità (equiparabile alla colpa grave). E la maggior parte delle società approfitta di tale opportunità (cfr. KRAAKMAN ET AL., *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006, p. 111). In

Le incertezze rimangono. Sta di fatto, peraltro, che in questo contesto variegato il patto di manleva assuma un rilievo progressivamente crescente. Del resto, i dubbi sulla validità della convenzione di rinuncia non si estendono con la stessa intensità alla manleva. Non è dato riscontrare alcun vincolo diretto all'esercizio del voto in assemblea. Il manlevante non assume un obbligo di votare *contro* l'interesse sociale, ma rimane libero nelle sue scelte. Di conseguenza, come è stato correttamente osservato, il voto contrario all'azione di responsabilità da parte del socio sindacato rimane sempre espressione di una scelta libera e consapevole<sup>37</sup>.

Ancor meno pertinente, poi, si manifesta l'idea di sovrapporre i due istituti dalla prospettiva del risultato perseguito. La manleva realizza una protezione dell'amministratore "a tutto tondo". L'obiettivo è tenere indenne l'amministratore dalle conseguenze patrimoniali connesse all'esercizio di azioni di responsabilità, da chiunque e a qualsiasi titolo esercitate per l'operato pregresso. Compresi i casi – i più frequenti nella prassi – in cui l'azione sia esperita dai creditori, dai sindaci o dal curatore. Molto diverso il perimetro applicativo del patto di rinuncia che, nel concreto, riguarda le sole azioni di titolarità dei futuri soci.

Il vero è che il punto di distanza si coglie, netto, nella sintesi degli interessi che i negozi sono diretti a realizzare, nella diversa essenza

---

dottrina si vedano almeno F. H. EASTERBROOK e D. R. FISCHER, *The economic structure of corporate law*, cit., p. 105: "Corporate law provides firms with flexibility in deciding whether to provide indemnification or insurance to managers for expenses incurred in litigation. Firms commonly indemnify or insure corporate officers against litigation expenses and certain type of judgements. This contractual response, which many have criticized, can be explained along the lines we have suggested. Indemnification and insurance allow firms to contract around liability rules when markets are cheaper than courts". Anche se è opportuno evidenziare che l'autonomia statutaria nella delimitazione dei *fiduciary duties* degli amministratori è tornata recentemente al centro del dibattito dottrinale negli Stati Uniti in riferimento alle *limited partnerships* e alle *limited liability companies*. Per la ricostruzione del dibattito, M. MANESH, *Contractual Freedom under Delaware Alternative Entity Law: Evidence from Publicly Traded LPs and LLCs*, *Journal of Corporation Law*, Vol. 37, No. 3, 2012, pp. 555-619.

<sup>37</sup> L. D'AMBROSIO, *Variazioni sul patto atipico di manleva*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 1, 118, ove con le medesime argomentazioni si distingue anche rispetto ai "patti di rinuncia" fra patti con cui ci si impegna "a non votare l'azione" (leciti) e patti con cui ci si impegna "a votare contro l'azione" (illeciti).

dell'operazione economica. La manleva, si è visto, si colloca al di fuori del rapporto amministrativo, investe fatti pregressi, realizza una funzione indennitaria, non interferisce con la responsabilità degli amministratori. Che le obiezioni che si oppongono al patto di rinuncia si manifestano, in specie, del tutto inconferenti. D'altronde, la manleva non impedisce l'esercizio dell'azione nei confronti dei soggetti manlevati, né li esonera da responsabilità. L'essenza della manleva, in sintesi, si coglie nel trasferimento del rischio connesso alle conseguenze negative derivanti dall'accertamento della responsabilità.

Le conseguenze sono immediate. L'eventuale invalidità del patto di rinuncia non si riflette su quello di manleva, dotato di meritevolezza propria. Né è ipotizzabile un fenomeno di nullità derivata in caso di collegamento, dovendosi propendere per la conservazione contrattuale e il conseguente regime d'invalidità parziale.

Il tema ci conduce, più in generale, a quello delle patologie della manleva che si viene a declinare, nell'esperienza del formante giurisprudenziale, con riferimento alla determinabilità dell'oggetto e al rispetto di talune regole di applicazione generale dettate in tema di assicurazione e fideiussione<sup>38</sup>. Profili questi che meritano qualche breve considerazione.

---

<sup>38</sup> Pur venendo citate autonomamente possibili cause di nullità del patto di manleva, l'impressione è che comunque non ne venga colta la distanza con il patto di rinuncia all'azione di responsabilità: «la validità in generale degli accordi di manleva riguardanti il risarcimento dei danni da illecito esercizio, da parte degli amministratori di società, dei poteri gestori merita l'ampia analisi (...) dedicata soprattutto considerando i loro effetti su uno strumento – l'azione di responsabilità – che notoriamente non è particolarmente efficace e che il legislatore della riforma ha voluto amplificare (...) ma anche il rapporto con la competenza assembleare nella deliberazione dell'azione e con la rinuncia all'azione», Trib. Milano, 20 dicembre 2013, *cit.*, cfr. anche App. Torino, 27 luglio 2009, in *Dejure*, nonché Trib. Milano, 19 dicembre 1994, in *Gius.*, 1995, 649 ss., con nota di A. CHINÉ, *Promessa di manleva e responsabilità dell'amministratore di società di capitali*, ove l'annotatore conferma la sensazione che la decisione si fondi in realtà sulla presunta inderogabilità della disciplina di responsabilità degli amministratori.

#### 4. Possibili problemi applicativi

##### a) determinatezza dell'oggetto

La prassi redazionale della contrattualistica offre numerosi esempi di clausole di manleva formulate in modo ampio e generico. E così riecheggia che l'amministratore sarà garantito "rispetto ad ogni onere, responsabilità o conseguenza che dovesse derivare per fatti futuri o pregressi dall'esercizio dell'attività di amministrazione", "rispetto a tutte le conseguenze relative all'assunzione della carica di amministratore", "da ogni responsabilità verso la società i soci o i terzi, per aver il manlevante conosciuto e approvato l'operato dell'amministratore".

La mancata indicazione della condotta imputabile all'amministratore ha sollevato dubbi sulla determinatezza dell'oggetto del contratto.

La prospettiva dell'invalidità della manleva per violazione dell'art. 1346 c.c. risente, senza dubbio, degli orientamenti che si sono consolidati con riguardo al patto di rinuncia all'azione. In effetti, tale convenzione deve determinare in maniera specifica e puntuale le condotte amministrative che costituiscono il presupposto dell'eventuale pretesa risarcitoria oggetto di rinuncia<sup>39</sup>.

Questa impostazione presenta, marcato, un vizio di fondo. Si tratta, ancora, della tendenza a sovrapporre la cornice contrattuale dei due modelli. Se si accoglie però l'assunto del ragionamento qui proposto, il tema della determinatezza dell'oggetto assume nel contratto di manleva un significato diverso. Ciò che deve essere determinabile è l'attività potenzialmente dannosa e non l'evento in quanto tale<sup>40</sup>. Beninteso: essa va descritta con precisione e circoscritta nel tempo così da consentire all'interprete di determinare l'oggetto *per relationem* e identificare i rischi che le parti hanno inteso trasferire.

---

<sup>39</sup> Trib. Milano, 10 febbraio 2000, con nota di A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali e rinuncia all'azione sociale di responsabilità*, in *Giur. Comm.*, 2001, II, pp. 334 ss.; in dottrina cfr. A. BENAZZO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità*, Padova, 1992, 272 ss.

<sup>40</sup> Come è stato correttamente osservato, la richiesta della determinazione dello specifico fatto oggetto di copertura implica una sovrapposizione tra il piano della determinabilità e quello dell'aleatorietà. Così, A. PICCIAU, *ult. op. cit.*, 324.

*b) il problema dell'importo massimo garantito*

Intimamente connessa la questione del tetto massimo garantito. In quest'ambito viene, in particolare, a rilevare il precetto dell'art. 1938 c.c. la cui portata applicativa, secondo un indirizzo prevalente, fuoriesce dal confine della fideiussione. Si tratterebbe cioè di un «principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico» applicabile in tutti i casi, tipici o atipici, di garanzia per rapporti futuri<sup>41</sup>.

Dubbi peraltro permangono sull'applicazione del precetto alla manleva. D'altra parte, neppure risulta che la disposizione sia a presidio dell'ordine pubblico economico, limitandosi ad ostacolare un possibile comportamento abusivo del creditore che, facendo affidamento sul patrimonio del fideiussore, perseveri nella concessione del credito al debitore principale.

A ben vedere, la manleva non pone un rischio di abuso, là dove si consideri che gli eventi suscettibili di generare l'obbligo risarcitorio si sono già verificati, non potendo così aggravarsi la posizione del mallevante<sup>42</sup>.

*c) fatti dolosi o commessi con colpa grave*

Un ultimo punto richiede attenzione. Si tratta di definire se la

---

<sup>41</sup> Noto il caso della lettera di *patronage*. Si veda Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520, fra le altre, con nota di A. NIGRO, *La regola dell'“importo massimo garantito” e la svalutazione della peculiarità del patronage*, in *Nuova giur. comm.*, 2010, 762 ss.; con nota di P. CORRIAS, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*, in *Rivista giuridica sarda*, 2010, 2, 249 ss., cfr. anche R. CALVO, *Lettere di patronage e abuso: un intervento chiarificatore della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 2, 713 ss.

<sup>42</sup> Di rilievo le riflessioni sul tema di C. ROBUSTELLA, *Lettere di patronage e importo massimo garantito*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 4, 611 ss. che va alle radici della disposizione introdotta per ragioni di trasparenza bancaria. Cfr. anche A. FRANCHI, *Riflessioni sulla manleva*, in *Contratto e Impresa*, 2017, 158 e ss. che distingue tra manleva in forma generica e specifica, escludendo il regime dell'art. 1938 c.c. “nell'ipotesi – pur di difficile applicazione concreta – in cui i rapporti dai quali possa nascere la posizione debitoria siano ben circoscritti o circoscrivibili (o comunque noti al mallevadore)”.

manleva operi anche nelle ipotesi in cui la responsabilità del mallevato sia a lui imputabile a titolo di dolo o colpa grave.

In proposito, il riferimento va alla disciplina dell'assicurazione danni e, in particolare, al principio indennitario. Gli esercizi di qualificazione operati in letteratura (: la manleva è una *species* del *genus* contratto di garanzia, governato dalle regole elaborate in materia assicurativa, cfr. *supra*) portano ad escludere un'estensione della garanzia per fatti dolosi e, salvo patto contrario, commessi con colpa grave. Il riferimento corre all'art. 1917 c.c.<sup>43</sup>.

Un simile procedere, tuttavia, non può convincere. La ricerca dell'identità del patto esclude un'applicazione meccanicistica dell'articolo richiamato. La copertura assicurativa esclude i fatti dolosi per non inquinare il funzionamento dell'attività, che si basa sulla neutralità dell'evento. Da qui la necessità di non rendere l'evento desiderabile per l'assicurato (dolo) o disincentivarlo dal prendere precauzioni basilari<sup>44</sup>.

È da escludere che questi argomenti possano, di regola, interessare lo schema della manleva. Il patto si riferisce, in linea generale, a fatti pregressi. Il tutto nella piena consapevolezza del manlevante che, nei casi di acquisto della partecipazione di controllo, avrà effettuato una scrupolosa attività di *due diligence*<sup>45</sup>. Posta questa linea, è poi semplice conseguenza, che l'eventuale manleva per un'attività futura sia partecipe alla funzione indennitaria e quindi soggetta all'applicazione del disposto normativo.

---

<sup>43</sup> P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio.*, cit., 267.

<sup>44</sup> Cfr. M. MAZZOLA, *Sul concetto di interesse nel contratto di assicurazione: inquadramento teorico e profili applicativi*, in corso di pubblicazione su *Riv. dir. civ.*

<sup>45</sup> A. PICCIAU, *ult. op. cit.*, 330 s.

