

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2020

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 ABBAIA 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

SOMMARIO

ROBERTO CARATOZZOLO, La personalizzazione dell'offerta di prodotti e servizi finanziari: alcune considerazioni sugli effetti nei rapporti tra intermediari e clienti..... 1

GABRIELLA CAZZETTA, Linee di credito c.dd. autoliquidanti e (malinteso) contrasto tra funzione del contratto e tutela della *par condicio creditorum* 27

SOMMARIO

LUCA SERAFINO LENTINI, Sui presupposti della revocatoria ordinaria della scissione: la prima pronuncia della Cassazione..... 1

FRANCESCA NANJI, Concessione di vendita: recesso del produttore e tutela del concessionario 17

La personalizzazione dell'offerta di prodotti e servizi finanziari: alcune considerazioni sugli effetti nei rapporti tra intermediari e clienti.¹

SOMMARIO. 1. Inquadramento generale del tema ed obiettivi dell'analisi - 2. L'offerta personalizzata ed il suo riconoscimento legislativo - 3. Tra vantaggi e svantaggi nello svolgimento dei rapporti contrattuali - 4. La ricerca di un possibile equilibrio tra le diverse esigenze coinvolte - 5. Note conclusive.

1. Inquadramento generale del tema ed obiettivi dell'analisi

Gli sviluppi della tecnologia informatica nel mercato finanziario, parte di una più ampia trasformazione che sta interessando interi settori economici destinati ad assumere progressivamente caratteri digitali (c.d. *digital economy*), stanno modificando profondamente le relazioni negoziali ridefinendone contorni, assetti, modalità operative, equilibri, in un contesto generale che offre inedite opportunità per imprese e clienti ma altrettante sfide per regolatori e legislatori, intenti a ricercare le migliori soluzioni capaci di bilanciare opportunamente tutti gli interessi coinvolti, dall'incentivazione dell'innovazione e dello sviluppo tecnologico al mantenimento della stabilità finanziaria e della protezione dei clienti². Utilizzate in un primo momento come semplice supporto di attività umane, le applicazioni tecnologiche tendono a

¹ Il presente contributo riproduce, ampliandolo e con l'aggiunta di note bibliografiche di riferimento, il testo del paper dal titolo "La personalizzazione dell'offerta di prodotti e servizi finanziari ai clienti: pro e contro.", selezionato e presentato al V convegno associativo ADDE, "Mercati regolati e nuove filiere di valore", svoltosi presso l'Università di Bari, il 29 e 30 novembre 2019.

² La digitalizzazione dell'economia è caratterizzata dalla diffusione di tecnologie innovative, dall'organizzazione digitale dei fattori produttivi, dalla velocità di circolazione delle informazioni e dalla facilità di trasmissione della conoscenza che "innescano un processo di apprendimento continuo attraverso la sperimentazione di nuovi servizi da parte di nuovi operatori, basati su relazioni dinamiche con gli intermediari finanziari tradizionali, le imprese, le istituzioni, il mondo accademico, gli individui e altre organizzazioni". Così espressamente C. SCHENA, A. TANDA, C. ARLOTTA, G. POTENZA, *Lo sviluppo del FinTech Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in *Quaderni Fintech*, Consob, N. 1/2018, reperibile sul sito istituzionale di Consob.

sostituirne, in maniera sempre più diffusa, funzioni e ruoli, proponendosi quale alternativa ad esse, in una prospettiva in cui l'automatizzazione di procedure, di meccanismi e di sistemi operativi caratterizzeranno una vasta serie di rapporti economici³. Questa "rivoluzione digitale", che rappresenta un forte elemento di discontinuità rispetto al passato⁴, comporta, tra gli altri, rilevanti effetti sia sull'organizzazione dell'impresa che sulle sue modalità operative, ripercuotendosi direttamente nell'ambito delle relazioni contrattuali con la clientela.

Proprio con riguardo a queste ultime va sottolineato come le nuove tecnologie consentano di affidare a sofisticati strumenti automatizzati gran parte della vicenda negoziale, coinvolgendo non solo la fase finale relativa alla sua conclusione ma anche quelle precedenti connesse all'attività di predisposizione dell'assetto negoziale, di individuazione dell'oggetto, di selezione della controparte con cui negoziare. In particolare esse sono in grado di modificare le modalità tradizionali di produzione e di distribuzione di beni e di strumenti, creando valore attraverso l'automazione di attività ripetitive e, soprattutto, attraverso l'utilizzo di informazioni che permettono di conoscere meglio il mercato e di comprenderne i bisogni in tempi rapidi e in modi diretti. Attraverso la raccolta, la combinazione e l'aggregazione di enormi quantità di dati e di informazioni, reperibili sia dalla *digital experience*

³ S.ROSSI, *FinTech e Regole*, Considerazioni conclusive del Direttore Generale della Banca d'Italia e Presidente dell'IVASS, del 10 maggio 2018, reperibile sul sito istituzionale di Banca d'Italia. Le tecnologie digitali basate su dispositivi *hardware*, *software* e *network* sono contraddistinte da un elevato livello di integrazione e di sofisticazione che determinano un'automazione senza precedenti: così E.BRYNJOLFSSON, A.MCAFEE, *The second machine age: work, progress and prosperity in a time of brilliant technologies*, W.W.Norton & Company, New York, 2016.

⁴ Per M.T. PARACAMPO, *Fintech, tra algoritmi, trasparenza e algo-governance*, in *Dir.Banc.Fin.*, 2/19, 213 e ss., l'importanza assunta oggi dagli algoritmi è tale da poter essere considerati alla stregua di un vero e proprio "motore di una rivoluzione copernicana di matrice tecnologica nel settore finanziario". Sulla "quarta" rivoluzione industriale si veda, tra gli altri, V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e Concorrenza*, Milano, 2018, V.FALCE, G.FINOCCHIARO, *La digital revolution nel settore finanziario - Una nota di metodo*, in *Analisi giur. econ.*, 1/2019, 313 e ss., K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano, 2016, e a livello istituzionale PARLAMENTO EUROPEO, *Industry 4.0 Digitalisation for productivity and growth*, 2015.

vissuta giornalmente sul *web* sia dalle vicende *off-line*, si riesce a profilare analiticamente la clientela e a progettare, creare ed offrire nuovi prodotti e servizi, capaci di intercettare esigenze e bisogni⁵.

Si raggiungono, in tal modo, elevati livelli di personalizzazione delle offerte che presentano indubbi vantaggi per tutti i soggetti coinvolti e per il sistema nel suo complesso ma, contemporaneamente, anche alcuni aspetti critici che richiedono qualche attenta riflessione in ordine alla valutazione degli effetti prodotti sul rapporto negoziale tra le parti. Il cliente, infatti, sembra essere destinatario di nuove limitazioni strettamente legate all'utilizzo delle applicazioni tecnologiche i cui meccanismi operativi, fra l'altro, appaiono sfuggire alla sua piena comprensione e valutazione.

Ci si chiede se i vantaggi possano giustificare le criticità emerse e, quindi, se riescano in quale modo a "compensarle" ovvero se, viceversa, nella ricerca di un equilibrio diverso tra gli opposti aspetti, possano individuarsi alcuni adattamenti allo scopo di migliorare l'impatto che i nuovi strumenti hanno nei rapporti contrattuali finanziari.

2. *L'offerta personalizzata ed il suo riconoscimento legislativo*

L'analisi può prendere le mosse dai due elementi fondanti delle dinamiche in esame: il complesso dei dati e delle informazioni, lasciate più o meno inconsapevolmente da ognuno di noi in numerose e diverse occasioni e le correlate tecniche mediante le quali essi vengono utilizzati, processati, raffinati per le finalità sopra individuate. La combinazione di entrambi i fattori genera, come noto, quella particolare tecnica informatica che prende il nome di Big Data⁶, oggi

⁵ Si parla a tal proposito di *data driven innovation* per spiegare come, attraverso lo sfruttamento di dati di qualsiasi tipologia all'interno dei processi innovativi, si riesce a creare nuovo valore nella produzione di beni, servizi, nelle strategie di marketing e nelle decisioni aziendali realizzate e pianificate sulla base dei dati a disposizione delle imprese in tutti i settori industriali. In tal senso ITMEDIA CONSULTING, *L'Economia dei dati, Tendenze di mercato e prospettive di policy*, Gennaio 2018, reperibile su www.itmedia-consulting.com.

⁶ F.MATTASSOGLIO, *Big Data: impatto sui servizi finanziari e sulla tutela dei dati personali*, in *Fintech – Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, M.-T. Paracampo (a cura di), Torino, 2017, 65 e ss, IDEM, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2/2018, 226 e ss. I big data comportano un

particolarmente attenzionata sotto diversi aspetti, contraddistinta dalla presenza di articolati algoritmi mediante i quali si riesce a comprendere abitudini, gusti, bisogni, orientamenti di un vasto numero di soggetti anche in prospettiva predittiva⁷. È possibile, così, creare diversi profili – economici, finanziari, professionali, sociali, personali – fino a giungere, addirittura, a disegnare “un quadro senza precedenti del comportamento umano, della vita privata e della nostra società”⁸. Si parla, a tal proposito, dei c.d. processi di “datificazione” per indicare quell’insieme di tecniche che consentono la conversione in formato digitale, cioè in dati, di ogni oggetto, comportamento, processo o evento presente o futuro (dalle parole, alle interazioni sociali, ai film, ai messaggi, alla posizione geografica, ecc.)⁹. In tal modo i dati sono diventati un fattore determinante di ogni attività d’impresa in un’economia fondata sempre di più sull’informazione e sulla

salto di paradigma interpretativo della realtà economica e sociale e sono caratterizzati da enormi quantità di dati (Volume), da formati assai differenti (Varietà), da una raccolta ed elaborazione sempre più rapida (Velocità) che determinano la produzione di un incremento economico (Valore). Per l’effetto *disruptive* dei big data si veda L.AMMANNATI, *La circolazione dei dati dal consumo alla produzione*, Relazione tenuta al V Convegno Adde del 29-30/11/2019, dattiloscritto fornito gentilmente dall’autore, in corso di pubblicazione, per la quale “la creazione di big data porta con sé una prospettiva di evoluzione e crescita sociale ed economica, tuttavia, allo stesso tempo, oscurata da visioni di distruzione di mercati e imprese, di lavori e posti di lavoro”.

⁷ EBA, *Report on innovative uses of consumer data by financial institutions*, del 28 giugno 2017, reperibile sul sito istituzionale dell’autorità. L.MOHAN, S. ELAYIDOM, *A Novel Big Data Approach to Classify Bank Customer. Solution by Combining PIG, R and Hadoop*, in *I.J. Information Technology and Computer Science*, 2016, 9, 81 ss.; per F.BASSAN, *Potere dell’algoritmo e resistenza dei mercati in Italia, La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019, 45, i dati producono informazioni che, unite ad altre, ne generano di nuove, consentendo una conoscenza dell’individuo e delle sue scelte spesso più approfondita di quella che egli stesso ha di sé.

⁸ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione* del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto, [2016/2225\(INI\)](#).

⁹ AGCOM, *Big data, Interim report nell’ambito dell’indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, Giugno 2018: “Le parole si trasformano in dati, la posizione geografica si trasforma in dati, le interazioni sociali si trasformano in dati, anche le cose, se connesse in rete (IoT), diventano dati. Le fonti possono essere rinvenute in qualsiasi device, sensore, sistema operativo, motore di ricerca, social network”.

conoscenza, poiché la loro produzione, diversamente da tutte le altre risorse, è sostanzialmente infinita, risultando possibile finché vi sia la disponibilità di strumenti adatti a raccogliarli e digitalizzarli¹⁰. Essi possono essere considerati quali nuovi ed imprescindibili fattori produttivi di una serie sempre più ampia di attività, che si aggiungono agli altri tradizionali fattori del capitale e della forza lavoro costituendo, addirittura, l'unità fondamentale della nuova economia, c.d. *data-driven economy*¹¹.

I maggiori benefici prodotti da tali tecnologie consistono, pertanto, nell'acquisizione di una conoscenza approfondita della clientela e di una sua più accurata segmentazione granulare, in modo da poterla suddividere in categorie omogenee distinte tra loro in base a criteri e caratteristiche comuni. La profilazione¹², comprendente anche il trattamento dei dati raccolti¹³ - che può configurarsi come "personalizzata" rispetto al singolo individuo ovvero come rivolta al

¹⁰ Secondo V. ZENO ZENCOVICH, *Do "Data Markets" Exist?*, in *Media Laws*, 2/2019, 22 e ss., si tratta di un'assoluta novità per la teoria economica che, generalmente, contempla scarse risorse. Inoltre, in molti casi i costi di produzione dei dati sono molto bassi se non insignificanti a tal punto che è assolutamente difficile trovare situazioni equivalenti.

¹¹ R.LENER, *Tecnologie e attività finanziaria*, in *Riv.trim.dir.econ.* 3/2019, 267 e ss. per il quale è di tutta evidenza come la disponibilità dei dati stia diventando sempre più rilevante per l'ottimizzazione di processi e decisioni, per l'innovazione e l'efficiente funzionamento dei mercati.

¹² Secondo la definizione accolta dall'art.4, comma 1 n.4 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, Regolamento Generale sulla Protezione dei dati (GDPR), per "profilazione" si intende "qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica".

¹³ Secondo la definizione accolta dall'art.4, comma 1 n.2 del richiamato Regolamento per "trattamenti" si intende "qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione"

c.d. “*group-targeting*” in forza di comuni preferenze tra una serie di individui – assume specifico valore economico per le successive attività di ideazione e creazione di beni e servizi offerti ai clienti¹⁴.

Nel momento in cui vengono utilizzati dati personali – di particolare rilievo per il settore finanziario¹⁵ – la profilazione è sottoposta al sistema di garanzie dettato dalla recente normativa europea a tutela dei diritti del titolare dei dati stessi¹⁶. In particolare, in forza delle disposizioni del Regolamento GDPR, l’intermediario finanziario in caso di trattamento di dati personali utilizzati nell’ambito di un processo decisionale automatizzato, compresa la “profilazione”, dovrà informare i clienti sull’uso a cui la raccolta è finalizzata, incluso l’eventuale individuazione del mercato di riferimento, richiedendo un’espressa autorizzazione qualora procedano a un intreccio dei relativi dati, sfruttando le diverse fonti di cui possono essere in possesso¹⁷.

¹⁴ E. PALMERINI, G. AIELLO, V. CAPPELLI, *FinTech nel contesto della data-driven economy: profili civilistici tra rischi per la clientela e rischi per gli operatori*, in *Il FinTech e l’economia dei dati. Considerazioni su alcuni profili civilistici e penalistici - Le soluzioni del diritto vigente ai rischi per la clientela e gli operatori*, in *Quaderni Fintech*, Consob, 2/2018, reperibile sul sito istituzionale di Consob.

¹⁵ Secondo l’EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISORY, i dati maggiormente interessanti sono quelli dai quali si possono trarre informazioni necessarie per adottare decisioni migliori e più informate, basate spesso, ma non necessariamente, su dati personali. Così in *Opinion Meeting the challenges of Big Data, A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*, 7/2015, del 19/11/2015.

¹⁶ G.FINOCCHIARO, *Il contratto nell’era dell’intelligenza artificiale*, analizza la questione ancora irrisolta sulla valenza del dato personale quale oggetto di un diritto della personalità o bene giuridico, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2, 6/2018, 441 e ss.

¹⁷ Va richiamato in particolare, l’art. 22 del Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27/04/ 2016 “relativo alla Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)” che prevede che il cliente può vantare un vero e proprio diritto a non essere sottoposto a un procedimento automatizzato, che potrebbe avere effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. Tale divieto non si applica nel caso in cui la decisione sia necessaria per la stessa conclusione o per l’esecuzione del contratto tra l’interessato e il soggetto che procede al trattamento dei dati o qualora si basi sul consenso esplicitamente espresso dall’interessato ovvero, infine, qualora la decisione sia autorizzata dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell’interessato. La profilazione deve essere condotta dal titolare del trattamento in

L'esigenza di individuare appositi meccanismi in grado di garantire adeguata corrispondenza tra le caratteristiche del prodotto e quelle della clientela di riferimento, ha trovato riconoscimento giuridico, in campo finanziario, all'interno delle disposizioni dettate in tema di *product governance*. Inaugurata dalla posizione espressa congiuntamente dalle tre autorità di vigilanza europee¹⁸, la nuova disciplina, sebbene recepita con modalità e tempi differenti nel nostro ordinamento, attraversa trasversalmente i settori del mercato finanziario e individua nel controllo della filiera produttiva lo strumento principale di governo del prodotto capace di garantire l'innovazione ma, al contempo, contenere i rischi connessi a distribuzioni indiscriminate presso la clientela *retail*¹⁹.

Prevista nell'impianto generale adottato dalla c.d. Mifid II, Direttiva 2014/65/UE²⁰, e dal connesso Regolamento Mifir, n. 600/2014²¹ nonché dalla Direttiva Delegata 2017/593/UE²² e dalle linee guida

modo da garantire misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

¹⁸ EBA, ESMA, EIOPA, *Joint Position of the European Supervisory Authorities on Manufacturers' Product Oversight & Governance Processes*, JC-2013-77, adotta una serie di principi che definiscono il punto di vista generale delle Esas sulla supervisione e la governance del prodotto che richiedono coerenza tra i diversi settori per essere di beneficio per i consumatori, gli istituti finanziari e le autorità competenti.

¹⁹ Per A.ANTONUCCI, *La "trasparenza ineguale". L'insuperata frammentazione delle regole*, in *Liber Amicorum* Guido Alpa, F.Capriglione (a cura di), Milano, 2019, 501 e ss., si contribuisce, in tal modo ad erodere i tradizionali confini funzionali del mercato finanziario, ormai ampiamente superati a causa dell'evoluzione morfologica delle prestazioni degli intermediari e delle ampie aree di operatività integrata con le connesse modifiche strutturali dell'offerta

²⁰ *Markets in Financial Instruments Directive* del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE.

²¹ *Markets in Financial Instruments Regulation* (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

²² Direttiva Delegata della Commissione del 7/4/2016 che integra la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la salvaguardia degli strumenti finanziari e dei fondi dei clienti, gli obblighi di governance dei prodotti e le regole applicabili per la fornitura o ricezione di onorari, commissioni o benefici monetari o non monetari.

adottate dall'Esma²³ - la cui attuazione ha comportato l'inserimento dei commi 2-bis e 2-ter dell'art. 21 TUF e del Titolo VIII del Regolamento Intermediari adottato dalla Consob – la disciplina introduce una serie di regole volte a presidiare non solo la fase di distribuzione degli strumenti finanziari ma, ed è questa la novità, il processo di ideazione e di sviluppo degli stessi, richiedendo, in particolare, che vengano adottate particolari procedure volte ad individuare un mercato di riferimento, c.d. *target market*, ritenuto compatibile con un determinato strumento finanziario ed al quale lo stesso venga successivamente destinato. L'obbligo di individuare un preciso *target market* è rivolto sia al produttore, c.d. *manufacturer*, vale a dire a quel soggetto che crea, sviluppa, emette e/o concepisce strumenti finanziari o che fornisce consulenza agli emittenti societari nell'espletamento di tali attività, sia al distributore, c.d. *distributor*, cioè al soggetto che offre e raccomanda gli strumenti finanziari ai clienti, in un sistema complessivo che attua e valorizza i principi del “*know your customer*” e del “*know your product*”²⁴. In particolare, viene anticipata l'applicazione della prima regola introducendo la necessità di conoscere e classificare la clientela, già in fase di produzione e di distribuzione del prodotto finanziario. In tal modo la profilazione del cliente diviene un processo articolato in più fasi diverse e con un sempre maggior approfondimento in ordine al tipo di informazioni raccolte²⁵.

Entrambi i soggetti devono peraltro identificare anche un potenziale mercato di riferimento negativo che descriva i gruppi di clienti le cui esigenze, caratteristiche ed obiettivi non sono compatibili con il prodotto ideato e offerto.

Obiettivo principale del rinnovato impianto è quello di rafforzare la protezione del cliente, anticipando la sua tutela fin dal momento

²³ ESMA, *Guidelines on Mifid II product governance requirements*, del 05/02/2018.

²⁴ Per un'attenta analisi sui rapporti tra *manufacturer* e *distributor* si veda A.PERRONE, *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Banca borsa tit. cred.* 1/2019, 1 e ss., V.TROIANO, *La Product Governance*, in *La Mifid II – Rapporti con la clientela – regole di governance- mercati*, V.Troiano e R.Motroni (a cura di), Milano, 2016, 211 e ss.

²⁵ F.MATTASSOGLIO, *La profilazione dell'investitore nell'era dei big data*, in *Riv. trim. dir. econ.* suppl. al n. 4/2016, 231 e ss. che svolge un'attenta analisi in ordine alle particolari tecniche che permettono una profilazione approfondita e accurata della clientela.

dell'ideazione e della produzione del bene o del servizio, mediante una serie di previsioni che si propongono di garantire il collocamento di strumenti e prodotti con profili di rischio compatibili con le diverse categorie predeterminate, riducendo i fenomeni di “*misselling*” ovvero di collocamento di strumenti inadeguati perché non conformi alla propensione al rischio o agli obiettivi di investimento del cliente che li ha acquistati. La corrispondenza tra mercato di riferimento e caratteristiche del prodotto viene realizzata mediante un giudizio di adeguatezza che viene svolto al momento di ideazione dello stesso nei confronti di un complesso di soggetti e non di singoli clienti. In tal modo saranno gli istituti finanziari a decidere se un determinato prodotto finanziario può o non può essere acquistato da un certo cliente; questi, infatti, anche se sia in messo in grado di comprendere e di accettare tutti i rischi connessi all'investimento, in linea di principio non potrà realizzarlo ove il produttore o il distributore lo abbiano escluso dal corrispondente mercato di riferimento. L'unica eccezione a questa impostazione si ha qualora circostanze eccezionali e particolari motivazioni, possano giustificare il collocamento del prodotto al di fuori del mercato di riferimento²⁶.

In simile contesto, viene modificato anche il *focus* della vigilanza, spostato da una valutazione *ex post* sul momento finale dell'operatività

²⁶ È stato sottolineato come le regole sulla *product governance* realizzino una “rivoluzione paternalistica” in quanto limitano l'accesso degli investitori non professionisti ai prodotti finanziari in misura molto più ampia rispetto alle precedenti regole dettate dalla Mifid I, nel momento in cui riconoscono agli istituti finanziari la facoltà di decidere in quali prodotti finanziari i clienti possono o non possono investire. In tal senso V. COLAERT, *Product Governance: Paternalism Outsourced to Financial Institutions?*, in aw.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/12/, Oxford, 2019, per il quale “*The main problem in this respect is that MiFID II requires financial institutions to decide in which financial products clients can or cannot invest. This is paternalism. In comparison with MiFID I, the current rules represent indeed nothing less than a paternalistic revolution. Under the MiFID I regime, the investor in principle always had the last word on execution-only services: the financial institution should warn against investments which it deemed inappropriate for the client, but the client could persist and nevertheless acquire the product. Likewise, in an advice environment the investor could always go against the advice of the distributor. The MiFID II product governance rules seem to have a different effect. Even if an individual client understands and accepts all the risks involved in a certain product, he or she will in principle not be able to acquire it, if the product distributor decides that the client falls outside the target market for the product*”.

con l'investitore a un giudizio *ex ante* sul rispetto delle regole di comportamento negli assetti organizzativi interni e, nelle scelte strategiche del modello di *business*²⁷.

Mentre il precedente sistema, attuativo dei principi della Mifid I, concentrava la protezione del cliente principalmente sul momento della conclusione del contratto, imponendo all'intermediario una serie di regole di comportamento basate su criteri di trasparenza, di circolazione di informazioni da e verso il cliente e di correttezza, culminanti nei giudizi di adeguatezza e di appropriatezza di un determinato prodotto, già confezionato, rispetto al profilo del cliente stesso, la nuova disciplina interviene sui processi di autogoverno vigilato dell'offerta contrattuale degli intermediari, corredandoli con sporadici strumenti di governo autoritativo dell'offerta, attribuiti alle autorità di vigilanza interne ed europee²⁸.

Le disposizioni sulla *product governance* assumono rilievo centrale in tutta la catena del valore del bene o del servizio, dall'ideazione, alla produzione, alla strategia distributiva, all'offerta al cliente, creando uno stretto collegamento tra l'attività di produzione e l'attività di distribuzione ove la prima rappresenta uno strumento preparatorio di una più efficace esecuzione degli obblighi di condotta insistenti sulla fase propriamente distributiva – appropriatezza, adeguatezza ecc. – che mantiene e fa salvi²⁹.

La *governance* del prodotto diviene elemento informatore delle possibili strategie di impresa dell'intermediario, influenzate dalla natura del prodotto e dal *target* di clientela cui si rivolge. In altri termini, come è stato correttamente sottolineato, rispetto al precedente approccio della Mifid I che considera le caratteristiche e i bisogni del cliente nel rapporto individuale bilaterale intermediario/cliente al momento “finale” della prestazione del servizio, si è passati ad una

²⁷ A.PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca borsa tit. cred.* 1/2015, 31 e ss, per il quale la conformità alle regole di condotta viene richiesta in tutte le fasi della prestazione dei servizi di investimento: dallo sviluppo del prodotto, che non può prescindere da caratteristiche ed esigenze della clientela di destinazione, alle strategie di distribuzione, che non devono alterare il perseguimento del miglior interesse del cliente.

²⁸ A.ANTONUCCI, *I contratti di mercato finanziario*, Pisa, 2018, 14.

²⁹ V.TROIANO, *op.cit.*

logica che trascende da tale momento e, anzi lo anticipa, collocandolo direttamente nelle dinamiche complessive dell'impresa, la quale dovrà svolgere un processo di approvazione per ogni strumento finanziario che intende produrre o vendere e per ogni sua eventuale modifica. Tale processo entra a far parte dell'operatività aziendale, con l'imposizione di obblighi di conoscenza del prodotto da parte di chi è deputato a svolgere la valutazione di compatibilità originaria rispetto al *target* della clientela e di eventuali responsabilità³⁰.

Completano tale quadro le misure di controllo e di intervento, c.d. *product intervention*, riconosciute in capo alle autorità di vigilanza, interne ed europee, dagli articoli 39 e ss. del citato Regolamento Mifir, volte a garantire che il prodotto realizzato sia effettivamente destinato alla corrispondente categoria di clientela³¹. A tal fine vengono previste restrizioni alla circolazione, alla conclusione di contratti ed allo svolgimento di attività negoziali, qualora si ritenga che esistano significativi timori per la protezione degli investitori o minacce all'ordinato funzionamento, all'integrità ed alla stabilità dei mercati finanziari³². Si completa, in tal modo, quell'inversione di tendenza che aggiunge agli interventi sanzionatori *ex post* garantiti dalle norme in tema di trasparenza anche interventi *ex ante* di carattere proattivo, tipicamente affidati all'autorità di vigilanza³³.

³⁰ V.TROIANO, *op. cit.*

³¹ Per un'accurata analisi sul punto si veda F.GUARRACINO, *I poteri di intervento sui prodotti finanziari (la c.d. product intervention)*, in *La Mifid II, cit.*, 231 e ss.

³² Ai sensi dell'art.40 Reg., l'Esma può vietare temporaneamente o limitare nell'Unione a) la commercializzazione, la distribuzione o la vendita di determinati strumenti finanziari o di strumenti finanziari aventi particolari caratteristiche specifiche ovvero b) un tipo di attività o pratica finanziaria. Tale decisione, ai sensi del comma 2, può essere assunta se sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) la misura proposta è volta a fronteggiare un timore significativo in merito alla protezione degli investitori o una minaccia all'ordinato funzionamento e all'integrità dei mercati finanziari o dei mercati delle merci o alla stabilità dell'insieme o di una parte del sistema finanziario dell'Unione; b) i requisiti normativi applicabili conformemente al diritto dell'Unione allo strumento finanziario o all'attività in questione non sono atti a far fronte alla minaccia; c) un'autorità competente o le autorità competenti non hanno adottato misure per affrontare la minaccia o le misure adottate non sono sufficienti per farvi fronte.

³³ A.PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento*, 2015, *cit.*, sottolinea la presenza di un significativo momento di paternalismo che marca la distanza dal modello tradizionale "fondato sulla trasparenza" in quanto la disciplina

Principi analoghi sono stati recepiti anche in ambito bancario, ove il ricorso a medesime tecniche consente di valutare più precisamente il merito creditizio del cliente, con conseguente applicazione di condizioni economiche più convenienti e migliore gestione del rischio proprio dell'attività. Con provvedimento del 5/12/2018 la Banca d'Italia³⁴ ha, infatti, dato attuazione alle linee guida precedentemente adottate dall'Eba sui dispositivi di *governance* e di controllo dei prodotti bancari al dettaglio³⁵.

Oggetto delle previsioni sono le operazioni e i servizi che ricadono nell'ambito di applicazione del titolo VI del T.U.B. Oltre le regole di *product governance*, viene prevista anche una particolare procedura di monitoraggio, c.d. *product testing*, che consiste nella conduzione di specifici test che consentono di valutare gli impatti che l'offerta o la modifica di un determinato prodotto può avere sul *target market*. Qualora da questi test risulti che tale offerta o modifica non siano adatte al mercato di riferimento, il prodotto viene sottoposto a revisione. In mancanza di questa, esso non può essere offerto sul mercato.

In campo assicurativo i medesimi principi sono stati adottati dalla Insurance Distribution Directive, c.d. IDD, 2016/97/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, sulla distribuzione assicurativa, entrata in vigore l'1 ottobre 2018, che regola la distribuzione dei prodotti assicurativi dei rami vita e danni³⁶ e dalle relative linee guida preparatorie adottate dall'Eiopa³⁷.

Le procedure sulla distribuzione devono essere adeguate alle caratteristiche del mercato di riferimento e garantire che i diversi canali di distribuzione utilizzati, diretti o indiretti, offrano i prodotti solo a clienti appartenenti al mercato di riferimento; eventuali eccezioni

realizza una tutela degli investitori che prescinde, se pure in casi limitati, dalla loro libera scelta informata.

³⁴ Provvedimento del 5/12/2018 *Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, reperibile sul sito istituzionale dell'autorità.

³⁵ EBA, *Final Report, Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail banking products*, del 22/03/2016, reperibile sul sito istituzionale dell'autorità.

³⁶ Attuata nel nostro ordinamento con D.Lgs. 21 maggio 2018 n. 68, in G.U. 138 del 16/06/2018.

³⁷ EIOPA, *Preparatory Guidelines on product oversight and governance arrangements by insurance undertakings and insurance distributors*.

devono essere opportunamente motivate tenendo conto degli specifici interessi, obiettivi e caratteristiche del cliente.

3. *Tra vantaggi e svantaggi nello svolgimento dei rapporti contrattuali*

Tra i profili più immediatamente significativi della personalizzazione dell'offerta, assume importante rilievo quello connesso alla particolare attenzione rivolta alla figura del cliente, al quale viene riconosciuta una rinnovata posizione di centralità nelle relazioni negoziali instaurate con gli intermediari, c.d. *customer centricity* e, più in generale, in tutta la catena di valore del bene. Il cliente, infatti, diventa parte integrante delle dinamiche d'impresa, orientate a garantire il risultato finale costituito dall'esatta corrispondenza tra le sue caratteristiche e quelle del prodotto ideato. Attraverso una conoscenza sempre più analitica ed approfondita, permessa dall'analisi tecnologica dei dati, vengono valorizzati i bisogni e le esigenze del singolo investitore, cui viene "ritagliata su misura" un'operazione finanziaria³⁸. In tal modo le contrattazioni personalizzate tendono a sostituire le più tradizionali offerte standardizzate. Se, infatti, le relazioni contrattuali vengono solitamente svolte secondo schemi predisposti unilateralmente da parte degli intermediari, in conformità alle proprie esigenze e con modalità uniformi, costituendo gli strumenti dell'organizzazione della sua offerta, ove la libertà contrattuale del cliente è limitata e condizionata dall'attività seriale organizzata dall'intermediario³⁹, l'emergere delle richiamate istanze protettive tende a mutare tale assetto, dando maggiore risalto alle singole posizioni dei clienti e a relazioni tendenzialmente più particolareggiate. Prodotti, sistemi e servizi saranno sempre adattati alle esigenze dei singoli consumatori.

Ciò comporta un cambiamento profondo dei processi di produzione e di offerta dei beni, in conformità a rilevato orientamento volto a

³⁸ V. RICCIUTO, *La tutela dell'investitore finanziario. Prime riflessioni su contratto, vigilanza e regolazione del mercato nella c.d. Mifid II*, in *La Mifid II*, cit., 3 e ss., descrive tale tecnica alla stregua di un "abito sartoriale". Per K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, cit., 71, l'accesso alle informazioni in tempo reale fornisce una comprensione accurata dei comportamenti dei clienti e delle prestazioni dei prodotti che, a loro volta, danno vita a nuovi processi tecnologici.

³⁹ A. ANTONUCCI, *I contratti di Mercato Finanziario*, cit. 18.

spostare il centro di interesse e della competizione intorno alla capacità delle imprese di personalizzare i propri prodotti⁴⁰. Le nuove tecnologie consentono alle imprese di assumere le necessarie informazioni in modo rapido, preciso e a bassi costi - non essendo più reperite da questionari compilati dai singoli soggetti ma rivelate dalle registrazioni e dalle successive combinazioni ed analisi dei dati⁴¹ - in modo tale da riuscire a capire l'evoluzione economica, finanziaria, personale dei clienti, comprenderne bisogni e necessità, indirizzarne l'azione per il raggiungimento dei propri obiettivi, c.d. *customer intimacy*⁴².

L'impresa potrà adottare nuove strategie più efficienti e competitive, per sviluppare soluzioni particolarmente innovative, concorrendo ad una maggiore efficienza propria ma anche dell'intero sistema. L'automatizzazione di tali processi, naturalmente, apporta benefici economici, riducendo i costi di ricerca, negoziazione, decisione e di *enforcement*, sostituiti dall'operatività degli strumenti tecnologici che diminuiscono gli interventi umani e, tendenzialmente, l'incertezza, i margini di errore e le difficoltà di elaborazione di un giudizio o di una decisione, razionalizzando le operazioni finanziarie in modo da evitare inefficienze ed incertezze.

⁴⁰ ITMEDIA CONSULTING, *op.cit.*

⁴¹ F.DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi – Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, 155, per la quale “la big data *analytics* consente oggi una “clusterizzazione” dei consumatori assai più dettagliata rispetto alle vecchie indagini di mercato, tale da poter inferire non solo l’attitudine al consumo del singolo, ma anche le sue preferenze e la sua disponibilità a pagare per un determinato bene o servizio”. Così anche IDEM, *La Rivoluzione big data. Un’introduzione*, in *Big Data e Concorrenza*, F.Di Porto (a cura di), in *Concorrenza e Mercato*, Num. Spec. 2016, 5 e ss.

⁴² L’EBA, *Report on innovative uses of consumer data by financial institutions*, *Op.Cit.*, ha ritenuto che se vengono mitigati i rischi, gli usi innovativi dei dati possono comportare benefici per i consumatori migliorando la qualità dei prodotti e offrendo loro servizi più personalizzati adattati alle loro esigenze e una migliore comprensione della loro situazione finanziaria. Potrebbero anche portare a risparmi sui costi per i consumatori, sebbene non necessariamente attraverso risparmi sui costi delle campagne di marketing realizzate dagli istituti finanziari sui consumatori, anche attraverso l’offerta di sconti mirati con specifici partner commerciali. A loro volta, gli istituti finanziari possono anche beneficiare di una maggiore efficienza in termini di costi / ricavi, migliore gestione dei rischi e compliance normativa.

Agli innegabili vantaggi delineati, si affiancano, tuttavia, alcuni elementi di criticità che l'utilizzo di dati e di informazioni presenta⁴³.

I rischi generalmente paventati attengono, per grandi linee, ai possibili pregiudizi per i consumatori e per la stabilità del sistema finanziario nel suo complesso. A parte i profili connessi ad applicazioni distorte o illecite che possono influenzare illegittimamente la posizione dei clienti, la principale problematica riguarda l'asserita mancanza di neutralità e la sostanziale opacità che determina un inquadramento degli algoritmi in termini di *black boxes*, inaccessibili nel contenuto ed inspiegabili nel risultato prodotto. L'ampia produzione sistematica di dati e le connesse attività di trattamento non sono per nulla trasparenti, mettendo alla prova la capacità dei singoli e delle autorità di valutare i processi e le finalità della raccolta, della compilazione, dell'analisi e del loro utilizzo⁴⁴. Su questo punto, infatti, è stato rilevato come la qualità dei dati utilizzati e le concrete modalità di funzionamento dell'algoritmo, elementi privi di concreti riscontri, possono causare non imparzialità, correlazioni spurie, errori, sottostima delle implicazioni giuridiche, sociali ed etiche, rischio che i dati siano impiegati per finalità discriminatorie e fraudolente, con conseguenti vizi nelle procedure decisionali per singoli e per la collettività⁴⁵.

Tra i profili problematici più immediati prodotti sul rapporto contrattuale rileva la presenza simultanea di due distinti ordini di rischi per la clientela: un primo tipicamente connesso alla natura finanziaria dell'operazione ed alla particolare tipologia del suo oggetto ed un secondo, inedito, direttamente legato all'utilizzo di strumenti digitali ed informatici per la prestazione del servizio e per l'individuazione del prodotto offerto. In particolare, l'utilizzo della tecnologia concorre certamente ad innalzare il livello di opacità del contratto finanziario, accentuando il divario già esistente tra le posizioni delle parti ed

⁴³ Per F. MATTASSOGLIO, *Big Data: impatto sui servizi finanziari e sulla tutela dei dati personali*, cit., 72, tale meccanismo non può essere considerato semplicemente come un caso di potenziale "win-win" per la presenza di possibili distorsioni e pericoli.

⁴⁴ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del marzo 2017*, cit.

⁴⁵ M.T. PARACAMPO, *Fintech, tra algoritmi, trasparenza e algo-governance*, cit. per la quale tali fenomeni possono avere un impatto deleterio sulla vita e sulle opportunità dei cittadini, in particolare dei gruppi emarginati, nonché influenzare negativamente le società e le imprese.

aumentando quella condizione di asimmetria informativa, tipica di simili operazioni.

Il cliente, infatti, è destinatario di un'offerta che si presenta complessa e di difficile comprensione in ordine ai motivi ed ai criteri che ne hanno determinato l'oggetto, le condizioni, il prezzo. L'asimmetria informativa⁴⁶ è ampia e pervasiva, poiché i clienti non solo non dispongono di tutte le informazioni necessarie per poter giungere ad una scelta informata ma per di più, anche in ipotesi contraria, dovrebbero possedere un grado di conoscenza tecnica certamente maggiore rispetto a quello riscontrabile tra la popolazione⁴⁷.

Ciò potrebbe comportare ulteriori conseguenze. La prima riguarda l'ampliamento delle offerte che rende ancor più difficile non solo una necessaria comparazione tra le stesse ma anche una loro adeguata valutazione in ordine alla portata generale, agli obblighi, ai rischi ad esse connessi. La seconda, diretta conseguenza della precedente, attiene alla pervasività dell'offerta basata sulla tecnologia che espone la clientela a accresciuti rischi di "adesione inconsapevole", potendo essere, in tal modo, indirizzata verso l'acquisto di determinati prodotti o servizi anche ledendo la correttezza delle dinamiche del mercato e quelle del singolo rapporto contrattuale.

Da questo punto di vista il cliente, già parte aderente di un contratto predisposto unilateralmente, sembrerebbe subire ulteriori limitazioni connesse alla scelta del bene o del servizio, soggetta a possibili orientamenti in base a fattori esterni al contratto stesso. Le decisioni sono fortemente influenzate dal profilo del consumatore, disegnato dopo aver ottenuto sue informazioni. Il rischio è quello di comprimere la capacità di compiere scelte autonome e, contemporaneamente, di facilitare l'adozione di posizioni "passive" nei confronti di servizi o prodotti che vengono presentanti come efficienti, convenienti, adeguati al profilo individuato⁴⁸. Quanto più efficiente sarà questo sistema, tanto

⁴⁶ Conforme anche F.BASSAN, *op.cit.*, 102, per il quale tra i rischi di un sistema fondato sul potere dell'algoritmo rientra anche la crescita dell'asimmetria informativa a danno degli utenti.

⁴⁷ AGCOM, *Big data, Interim report, Cit.*

⁴⁸ In tal senso anche M.DELMASTRO e A.NICITA, *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019. Secondo C. SCHENA, A. TANDA, C. ARLOTTA, G. POTENZA, *op.cit.*, l'innovazione tecnologica digitale sta inducendo mutamenti nei comportamenti sociali e nello stile di vita delle persone, non sempre

più inattiva risulterà la posizione degli utenti, la cui libertà di scelta sarà sempre più circoscritta su mercati ristretti, segmentati, costruiti su misura sul loro profilo o su quello del gruppo omogeneo di appartenenza, poiché la profilazione permetterà di offrire loro ciò che preferiscono⁴⁹. Per di più, sul punto la dottrina economica ha parlato di “*aftermarket*” per sottolineare i possibili rischi per il cliente di rimanere vincolato all’interno di quello spazio nel quale ha compiuto la scelta del primo acquisto che vincola quelle successive ad esso collegate, sostanzialmente configurato e gestito dal soggetto che dispone dei dati e che lo ha profilato⁵⁰. Il cliente sarebbe coinvolto in un processo automatizzato che non vedrebbe una sua partecipazione sufficientemente attiva.

Si pone allora la questione, ampiamente dibattuta, in ordine alla portata del radicale cambiamento tecnologico che sembra poter mettere a rischio la capacità umana di compiere scelte negoziali in piena autonomia. Sul punto, ritenuto che i meccanismi incorporati nella tecnologia siano in grado di influenzare e trasformare i comportamenti degli individui, ad esempio modificando il tipo di domanda oltre che di offerta, sarebbe pertanto necessario valutare “se e, se sì, a quali condizioni possiamo decidere di rinunciare alla nostra libertà di scelta”⁵¹.

Simili rilievi potrebbero essere valutati in termini contraddittori rispetto agli stessi interessi ed obiettivi cui la personalizzazione dell’offerta tende. Va valutata, pertanto, la portata e la possibile coesistenza con questi.

fondati su scelte consapevoli e ragionate, rimanendo elevato il rischio di adattamenti passivi e dell’agire per imitazione e conformazione.

⁴⁹ L.AMMANNATI, *La circolazione dei dati dal consumo alla produzione*, cit.

⁵⁰ M.DELMASTRO e A.NICITA, *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, cit., 83-84.

⁵¹ L.AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali*, in *Federalismi.it*, 7 del 3/04/2019, richiama L. LESSIG, *Code: And Other Laws Of Cyberspace*, 1999, per il quale *hardware* e *software* determinano il comportamento degli attori che si confrontano nel *cyber-spazio*, inteso come sinonimo di *internet*.

4. La ricerca di un possibile equilibrio tra le diverse esigenze coinvolte

Come si conciliano, pertanto, i rilevati profili positivi con quelli più critici? Qual è il “prezzo” che il cliente deve pagare per ottenere i vantaggi prospettati dalle tecniche di offerte personalizzate? È giustificato questo “prezzo” o si possono individuare ipotesi ulteriori? Si tratta, in realtà, di problematiche assolutamente ampie e complesse, in continua trasformazione, che non trovando ben precisi e chiari riferimenti normativi, pongono molti dubbi ma non altrettante soluzioni. Senza alcuna pretesa di fornire risposte certe, si cercherà, quindi, di individuare possibili percorsi nel tentativo di mettere in risalto alcuni tra quelli che sono sembrati i punti più delicati della tematica in esame.

La rinnovata posizione di asimmetria informativa del cliente pone un problema rispetto alla riconosciuta necessità di garantire, al contrario, un riequilibrio del contratto che passi attraverso un sistema di flussi informativi che consentano l’adozione di una scelta finanziaria consapevole, informata ed autonoma. Di questo, con ogni probabilità, ci si è resi conto, sia in ambito comunitario che interno, ricorrendo sovente al principio della trasparenza, declinato naturalmente in termini e modalità parzialmente differenti nei diversi settori del mercato finanziario e, all’interno di questi, nelle diverse materie di riferimento. Con il ricorso al tradizionale approccio, infatti, ripetuto e sottolineato in diverse occasioni, si è più volte richiamato tale concetto imponendo agli intermediari obblighi di informazione sempre più ampi ed articolati, ritenuti necessari al fine di rendere il cliente edotto in ordine alla portata del contratto, alle condizioni giuridiche ed economiche, alle caratteristiche dello strumento oggetto dello stesso e del soggetto che lo ha emesso o offerto⁵².

Pertanto alla base di una scelta consapevole – che, quantomeno nelle intenzioni generali, rimane elemento fondante dell’intero sistema protettivo - tra le innumerevoli informazioni più tecnicamente finanziarie che l’intermediario deve fornire al cliente al momento della

⁵² Ne è esempio la disciplina dettata dal Regolamento (UE) 1286/2014 in materia di prodotti di investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati, c.d. PRIIPS, ove è ritenuto che migliorare la trasparenza dei PRIIP offerti agli investitori al dettaglio rappresenta un’importante misura di tutela degli investitori e una condizione essenziale per ristabilire la fiducia.

prestazione di un servizio, dovrebbero trovare posto anche quelle volte a far comprendere i meccanismi che hanno determinato quella particolare offerta, con quelle condizioni e modalità, a quei prezzi⁵³. Si dovrebbero, pertanto, assoggettare ad obblighi informativi e di trasparenza anche gli elementi essenziali che hanno dato luogo a quell'offerta, quindi i dati e gli algoritmi che li processano, informando il cliente sul loro modo di operare, sul tipo di dati utilizzati, sui risultati raggiunti; dovrebbero essere considerati, pertanto, alla stregua di ogni altra informazione che la legge richiede venga fornita al cliente al fine di agevolare la sua comprensione in ordine agli elementi maggiormente pregnanti e significativi del contratto⁵⁴. Il cliente, così, potrebbe conoscere la portata complessiva dell'operazione e valutare, eventualmente, anche l'operatività dell'algoritmo e gli interessi connessi.

Simile soluzione potrebbe essere realizzata attraverso, ad esempio, l'introduzione di specifiche formule che riescano a conciliare gli aspetti maggiormente tecnici dell'algoritmo con i rilievi giuridici, in modo da renderli comprensibili ed apprezzabili nonostante il naturale coinvolgimento di elementi multidisciplinari, anche attraverso l'utilizzo di un linguaggio semplice, immediato, non eccessivamente tecnico.

Così, in campo bancario, potrebbe ritenersi che tali informazioni rientrino tra quegli "elementi essenziali del rapporto contrattuale" che, a norma delle Disposizioni in tema di Trasparenza delle condizioni contrattuali, "la banca deve rendere noti ai clienti" in modo "corretto, chiaro ed esauriente nonché adeguato alla forma di comunicazione utilizzata e alle caratteristiche dei servizi e della clientela" affinché il cliente possa comprendere esattamente il servizio o il contratto offerto.

Nel settore mobiliare, invece, esse potrebbero farsi rientrare nell'ambito degli oneri di informazione che l'art.21 Tuf pone a carico dell'intermediario "nell'intento di accrescere il grado di consapevolezza del cliente e, dunque, al fine di consentirgli una ponderata valutazione degli impegni derivanti dall'eventuale stipula del

⁵³ M.LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, reperibile sul sito istituzionale dell'AGCM, per il quale va favorita la propagazione di scelte consapevoli dei consumatori e disincentivare le scelte passive.

⁵⁴ A.URBANI, *La "trasparenza" nello svolgimento dell'attività*, in *Manuale di Diritto Bancario e Finanziario*, F.Capriglione (a cura di), Milano, 2015, 505 e ss.

contratto⁵⁵”. Così essi potrebbero considerarsi quali specificazione dei principi generali dettati dal primo comma lett. *a*) che prevede obblighi di comportamento informati ai criteri di diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l’interesse dei clienti e per l’integrità dei mercati ovvero degli obblighi previsti dalla successiva lett. *b*) della medesima disposizione che impone agli intermediari di operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati. Obblighi, le cui modalità operative vengono previste dagli articoli 36 e ss. del Regolamento Intermediari, secondo i quali gli intermediari “forniscono in tempo utile ai clienti o potenziali clienti, in una forma comprensibile, informazioni appropriate affinché essi possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari che sono loro proposti, nonché i rischi a essi connessi e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti con cognizione di causa”. Tali informazioni devono essere rese in modo “chiaro, corretto e non fuorviante”.

Le soluzioni prospettate avrebbero il vantaggio di offrire al cliente la medesima serie di tutele previste nei confronti dell’intermediario che si sia reso inadempiente agli obblighi comportamentali ed informativi su esso gravanti; tuttavia, esse sarebbero sempre legate all’impostazione tradizionale che appresta una tutela *ex post* al cliente, intervenendo nella fase finale del rapporto con l’intermediario.

Orbene, a parte le numerose critiche sollevate, nel corso degli anni, nei confronti di tale impianto, ritenuto da più parti inadeguato al concreto raggiungimento dell’obiettivo prefissato di riequilibrio informativo del contratto – stante la difficile realizzazione di una piena consapevolezza in capo al cliente che presuppone, tra l’altro, la completa razionalità delle sue scelte, anch’essa di difficile realizzazione⁵⁶ - nelle ipotesi in esame è da rilevare la grande difficoltà,

⁵⁵ M.PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Manuale di Diritto Bancario e Finanziario*, F.Capriglione (a cura di), Milano, 2015, 547 e ss.

⁵⁶ A.ANTONUCCI, *I contratti di Mercato Finanziario*, cit, 44, definisce la figura del “risparmiatore adeguatamente informato” alla stregua di un fantasioso soggetto. Gli obblighi di trasparenza presuppongono, infatti, l’esistenza di un soggetto perfettamente razionale, l’*homo oeconomicus* della teoria neoclassica, capace di elaborare e utilizzare tutte le informazioni a tutela dei propri interessi e della propria posizione. Sul punto si veda anche A.PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento*, Cit. Sui motivi che rendono difficile la realizzazione di tale modello,

se non addirittura l'impossibilità, di raggiungere medesimi obiettivi dovuta sia all'esatta individuazione dell'oggetto dell'informazione sia alla sua comprensione finale⁵⁷. Appare oltremodo difficile riuscire a fornire, sul punto, informazioni "chiare e corrette" e "complete", richiedendo tale attività competenze altamente specialistiche ed approfondite, difficilmente riscontrabili non solo nei destinatari ma, vieppiù, da parte di coloro deputati a fornire tali informazioni. Un maggior grado di trasparenza, peraltro, potrebbe risultare addirittura inutile o, quantomeno, inadatto, dal momento che i consumatori non riescono a comprendere tali informazioni a causa dello strutturale *gap* di conoscenze tecnologiche che li separa dalle imprese.

Nonostante si continui a ritenere necessario "rafforzare dal punto di vista sostanziale le regole poste a presidio della correttezza e della trasparenza nella relazione tra intermediari e clienti... che rendano gli utilizzatori consapevoli delle opportunità e dei rischi – specie per le fasce di clientela più vulnerabile – legati a servizi caratterizzati da rapidità di esecuzione e alto contenuto tecnologico⁵⁸" sembra che tale impostazione, ancorata a logiche tradizionali che appaiono poco adatte ai progressivi mutamenti dei caratteri delle attività finanziarie, non riesca a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Pertanto, continuerebbe a riproporsi, sebbene con mutati presupposti ed in termini parzialmente diversi, la medesima problematica che ha portato a ritenere che di fronte ad un'offerta sempre più ampia ed articolata di prodotti e servizi altrettanto vari e sofisticati, qualsiasi risparmiatore, sebbene informato, debba essere considerato "sprovvisto", poiché in una posizione di assoluta impossibilità a comprendere la portata di ciò che sta acquistando⁵⁹.

Se è vero, infatti, che la tendenziale corrispondenza tra produzione del servizio e categoria di clienti riesce a fornire nuovi baluardi protettivi per il consumatore di servizi finanziari, è altrettanto vero che il contratto, per le ragioni delineate, continua a mantenere importanti

con specifici rimandi alle scienze cognitive, si veda l'analisi di F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi – Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017.

⁵⁷ Per una approfondita analisi sul punto si veda M.T.PARACAMPO, *FinTech tra algoritmi, trasparenza e algo-governance*, cit.

⁵⁸ C.BARBAGALLO, *op.cit.*

⁵⁹ G.ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, 97.

elementi di squilibrio in favore degli intermediari. In realtà si tratta di un'asimmetria informativa che presenta caratteri nuovi non solo per la fonte di provenienza, legata all'operatività delle applicazioni tecnologiche, ma anche perché il cliente ricopre una "duplice" posizione, quella di destinatario delle informazioni e quella di produttore delle stesse, successivamente utilizzate per la costruzione del nuovo bene ritenuto a lui conforme. La sua posizione, infatti, non è soltanto quella di fonte di dati da 'estrarre' ma di soggetto che attraverso il processo decisionale mediato dagli algoritmi influenza la produzione e la commercializzazione di beni e servizi⁶⁰. Proprio la mancanza di consapevolezza e di adeguata conoscenza su tale importante profilo, concorrerebbe ad incrementare le asimmetrie informative, nuovamente a vantaggio delle imprese che, al contrario, possono sfruttare tali circostanze, rendendo inadeguati anche gli strumenti di difesa tradizionalmente disponibili⁶¹.

Quale possibile rimedio a tali rilievi è stato ritenuto necessario che, accanto ad una adeguata educazione finanziaria il cliente incominci ad apprendere anche elementi di un'educazione tecnologica che, innalzando i livelli di conoscenza e comprensione dei nuovi fenomeni, potrebbe garantirgli maggiore informazione e, quindi, più ampia protezione. La partecipazione del cliente al processo produttivo sarebbe più consapevole ed attiva, in quanto in grado di valutare le informazioni che verranno utilizzate per la sua profilazione⁶². Il dubbio che sorge, tuttavia, riguarda la difficoltà di realizzare tale disegno, collegata

⁶⁰ Secondo L.AMMANNATI, *La circolazione dei dati dal consumo alla produzione*, cit., "il disegno dell'algoritmo che è definito dai dati e dai parametri che incorpora determina le decisioni di consumo che retroagiscono sulla produzione grazie alla sua capacità di suggerire, guidare o sostituirsi al consumatore".

⁶¹ L.AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?* in *Riv. trim. dir. econ.* n.1/2019, 8 e ss; N.NEWMAN, *The Costs Of Lost Privacy: Consumer Harm And Rising Economic Inequality in the Age of Google*, in *William Mitchell Hamline Law Review*, 2014, 849 e ss., per il quale grazie ai big data le imprese sono nelle condizioni di accedere a molte più informazioni rispetto a quelle disponibili ai consumatori: l'elaborazione dei dati consente loro di comprendere preferenze e prassi di cui gli stessi individui possono non essere consci.

⁶² Per A.ANTONUCCI, *I contratti di mercato finanziario*, cit., 43, il cliente sarebbe in tal modo corresponsabilizzato dovendo concorrere con il proprio lavoro non remunerato di acquisizione di conoscenze specialistiche nel processo produttivo dell'informazione e a garantire la qualità della distribuzione dei prodotti finanziari".

all'ampiezza delle competenze che sarebbero richieste al cliente "informato" e "consapevole" sia su elementi finanziari che su quelli tecnologici.

Un'interessante ipotesi che è stata avanzata recentemente, che tocca principi di teoria generale, riguarda la possibilità di far rientrare gli algoritmi all'interno della struttura del contratto e, segnatamente, quale oggetto dell'accordo tra le parti. Il meccanismo sarebbe quello di riconoscere che le parti possono determinare l'oggetto del contratto anche mediante procedure estranee ma espressamente richiamate, in modo tale che anche il prodotto di queste possa essere ricondotto, in via mediata e *per relationem*, alla volontà delle parti. In altri termini, il risultato degli algoritmi (*output*) – cioè lo strumento o il servizio finanziario che è stato costruito con i dati e le informazioni fornite dal cliente (*input*) - sarebbe sempre riconducibile alla volontà delle parti, qualora l'algoritmo sia stato espressamente voluto o quantomeno accettato dalle stesse, con modalità e termini tali da estendere ad essi il loro consapevole consenso. In tal modo esso diverrebbe parte integrante dell'oggetto del contratto e, come tale, necessariamente conosciuto o conoscibile dai contraenti. Nelle ipotesi analizzate, dovrebbe essere l'intermediario predisponente l'accordo negoziale a far conoscere al cliente tale elemento, anche mediante il ricorso a meccanismi analoghi all'approvazione specifica di clausole o alle condizioni generali, ma con verifiche più stringenti, volte ad assicurare la maggiore consapevolezza possibile in capo al cliente. Il grado di consapevolezza e quindi di validità della formazione del consenso dovrebbe essere ricostruito con maggiore attenzione rispetto alle operazioni che si concludono in maniera tradizionale: quanto maggiore sarà la complessità del meccanismo oggetto del consenso, tanto più approfondita dovrà essere la conoscibilità del meccanismo di funzionamento e dei suoi possibili esiti, in relazione ai parametri adottati. Si renderebbero pertanto necessarie informazioni, diverse da quelle standardizzate con le quali si afferma l'avvenuta comprensione del contenuto del contratto, volte a far comprendere al cliente il meccanismo tecnologico fondante. Diversamente, il consenso potrebbe dirsi invalidamente formato con conseguente possibile applicazione al rimedio dipendente da errore ovvero, a seconda delle condizioni personali del contraente, a quello

previsto in favore del consumatore con l'apparato delle nullità di protezione poste a sua tutela⁶³.

5. *Note conclusive*

In un sistema che si avvia progressivamente alla costruzione di un mercato unico digitale all'interno del quale viene garantita la libera circolazione dei dati, personali e non⁶⁴, è necessario rinnovare il tradizionale approccio regolatorio ed interpretativo, concentrando l'attenzione sui momenti della produzione e della circolazione degli strumenti finanziari, prima ancora della definitiva allocazione presso i clienti finali. Considerato che i dati risultano ormai essere una tra le componenti essenziali di ogni attività economica, poiché generano ricchezza ed incrementano il valore della stessa, è necessario individuare appositi strumenti che garantiscono, a tutti coloro che li immettono nel sistema, piena contezza ed adeguata percezione delle modalità di cessione, del valore reale, dell'utilizzo nei diversi processi produttivi. Lo spostamento *ex ante* del *focus* disciplinare, che si aggiungerebbe all'impianto regolamentare *ex post* basato sul principio di trasparenza, completerebbe adeguatamente il sistema di protezione del cliente in modo efficiente ed innovativo.

In una prospettiva certamente limitata per le costanti e veloci evoluzioni del sistema, si potrebbe pensare di individuare alcune soluzioni capaci di intervenire su tali aspetti, al fine di superare quelle nuove asimmetrie informative che continuano ad affliggere il contratto finanziario. L'idea sarebbe quella di basare il nuovo sistema puntando sulla rinnovata centralità nei processi produttivi riconosciuta al cliente, facendone un soggetto dinamico del mercato, capace di esercitare un ruolo attivo nella scelta e nell'acquisizione di beni e servizi, mediante nuovi strumenti messi a disposizione da legislatori e regolatori che

⁶³ Per l'ipotesi ricostruttiva indicata si veda A.F. DE STEFANO, *Spunti di riflessione sulla decisione robotica negoziale*, in *Decisione Robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019.

⁶⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, del 6.5.2015 COM (2015) 192 final.

possano aumentarne la capacità di discernimento ed il senso critico⁶⁵. Il Regolamento GDPR può essere considerato come un interessante punto di partenza, poiché basa le proprie disposizioni sul principio per cui gli individui debbano avere “il controllo dei dati personali che li riguardano” (considerando n. 7), per poter limitare l’utilizzo da parte di terzi, anche mediante informazioni sulla “esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, nonché informazioni significative sulla logica utilizzata e sull’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato” (artt. 13 e 15).

La strada che potrebbe essere seguita dovrebbe, in altri termini, tentare di attuare quel principio, proprio delle discipline specialistiche informatiche⁶⁶, per il quale sarebbe opportuno riuscire ad utilizzare i dati e non solamente essere utilizzati dai dati. Apprestare nuovi strumenti che permettono al cliente di conoscere i dati e le informazioni che immette nel sistema, le modalità di utilizzo ed il risultato finale, nonché il loro valore economico, consentirebbe di focalizzare l’attenzione alle fasi iniziali dell’eventuale instaurazione del rapporto con l’intermediario, in piena condivisione con i più recenti orientamenti regolatori volti, per l’appunto, ad anticipare l’apparato protettivo del cliente rispetto alla fase finale della catena di valore del bene.

Se è vero che l’algoritmo può sostituire addirittura le regole che stanno alla base del contratto è necessario, allora, che di tale elemento il cliente sia pienamente consapevole, al fine di conoscere e valutare i meccanismi che disciplinano la sua attività economica⁶⁷.

⁶⁵ A tal proposito, L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell’era digitale*, cit. parla espressamente della figura del “consum-attore”.

⁶⁶ J. M. WING, *Computational Thinking*, in *Communication of the Acm*, Marzo 2006, Vol. 49, n.3, secondo la quale il pensiero computazionale “*represents a universally applicable attitude and skill set everyone, not just computer scientists, would be eager to learn and use*”.

⁶⁷ Si veda sul punto ITMEDIA CONSULTING, *op.cit.*, 271, con l’ampio richiamo alla dottrina internazionale che concordemente ritiene che “i consumatori non sarebbero consapevoli di molti dei meccanismi che governano l’economia digitale, quali il valore dei dati in generale, la possibilità che esistano differenti privacy policy, i processi di clusterizzazione su cui si fondano le elaborazioni e l’offerta delle imprese, nonché la circostanza per cui i beni che consumano a prezzo nullo sono scambiati a fronte dei loro dati e della loro attenzione”.

Si supererebbe, in tal modo, il tradizionale approccio paternalistico basato sugli obblighi di informazione imposti agli intermediari e si riuscirebbe, probabilmente, a bilanciare meglio il sistema, attraverso il riconoscimento di poteri e facoltà in capo ai titolari dei dati e non semplicemente mediante l'imposizione di obblighi informativi in capo a coloro che sono capaci di utilizzarli e di sfruttarli.

Questo potrebbe rappresentare un interessante assunto da cui partire per lo sviluppo di futuri interventi, ma anche questa strada a dire il vero, necessiterebbe di competenze particolari difficilmente rintracciabili nel mercato dei clienti *retail*. Va sottolineato, tuttavia, che in una prospettiva futura, sembra non potersi più rinunciare ad una conoscenza di elementi tecnologici, sebbene in termini almeno basilari, per poter prendere parte attiva in una società che sarà sempre più caratterizzata da un'ampia digitalizzazione della vita corrente.

Si tratta di una vera e propria sfida per legislatori, regolatori e istituzioni, intenti nella ricerca di soluzioni normative che possano, allo stesso tempo, governarne gli sviluppi tecnologici ma anche prevenire o limitare i conflitti ed i rischi al fine di fornire certezza al diritto, in un quadro generale tendente, certamente, ad incentivare la diffusione di nuove tecnologie ma anche a creare quelle condizioni adatte affinché esse possano essere adeguatamente utilizzate, nel pieno rispetto di un soddisfacente equilibrio tra esigenze di sviluppo e di tutela del cliente, di stabilità e di efficienza del sistema.

Linee di credito c.dd. autoliquidanti e (malinteso) contrasto tra funzione del contratto e tutela della *par condicio creditorum*

SOMMARIO: 1. Prima questione preliminare: La qualificazione del contratto. Emersione di un'operazione economica complessa. – 2. Seconda questione preliminare: lo stato di esecuzione del contratto. Necessaria limitazione del campo d'indagine al trattamento giuridico del credito erogato dalla banca prima dell'apertura del concordato cui sia seguito l'incasso delle somme presso terzi. – 3. Opponibilità al concordato del regolamento privato nel suo complesso: la violazione solo apparente del principio di cristallizzazione e del divieto di compensazione. Il permanere dell'incertezza operativa a causa del dialogo sordo tra Corte di Cassazione e corti di merito. – 4. Il necessario superamento delle ultime resistenze alla luce di un ripensamento sistematico della fisionomia del rapporto obbligatorio. Emersione di una funzione economica del contratto programmata nel rispetto della *par condicio creditorum*.

1. Prima questione preliminare: La qualificazione del contratto. Emersione di un'operazione economica complessa.

Il ricorso alle linee di credito bancario c.dd. autoliquidanti è pratica diffusa e necessaria nel contesto di un'economia che vede in crisi il ricorso alle garanzie reali tipiche e mette l'imprenditore, privo di liquidità, nella condizione di vincolare alla funzione di rimborso del credito le proprie fonti di ricchezza futura rappresentate da titoli di pagamento in scadenza verso terzi. Benché strumentali al più agevole accesso al credito per le imprese, l'inquadramento di tali linee di credito pone una serie di interrogativi circa la struttura e funzione giuridica di queste forme di finanziamento, lo stato di esecuzione del rapporto e, a cascata, la fondamentale e controversa questione della loro opponibilità alle procedure concorsuali.

Prendendo le mosse dall'indagine sulla fisionomia di dette operazioni di finanziamento, vi è che esse possono programarsi in concreto secondo schemi negoziali molto diversi tra loro. Dunque, fondamentale è la configurazione degli interessi, ovvero della funzione del contratto, attribuita in concreto dalle parti nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Minimo comun denominatore delle possibili varianti contrattuali, tale da ricondurle tutte alla caratteristica

di autoliquidabilità, risulta il collegamento tra gli importi erogati dalla banca e il valore dei crediti vantati dal soggetto finanziato presso terzi, nonché la predestinazione degli stessi crediti all'adempimento del debito da rimborso del finanziamento. In questo senso, si esprimono le Istruzioni della Banca d'Italia sulle segnalazioni di credito agli effetti della Centrale Rischio (sez. II, § 1.1), ove è dedicata apposita definizione al rischio di credito connesso a tali modalità di finanziamento. Si tratta di finanziamenti concessi per consentire alla clientela «l'immediata disponibilità di crediti non ancora scaduti vantati nei confronti di terzi» e per i quali l'intermediario assume «il controllo sui flussi di cassa». La definizione è quanto mai esaustiva in quanto coglie i due tratti peculiari del modello negoziale autoliquidante: a) rendere presente per l'imprenditore la ricchezza ancora assente rappresentata da crediti non scaduti verso terzi; b) assicurare alla banca la destinazione delle somme rinvenienti dai crediti verso terzi al rimborso del *quantum* anticipato. Quest'ultimo profilo merita di essere segnalato, fin da subito, come essenziale ai fini della comprensione della funzione del contratto e della sua preservazione anche in sede di concordato preventivo. Proprio la Banca d'Italia sottolinea l'importanza del secondo profilo sintetizzando i caratteri di questa autonoma classe di rischio di credito con l'espressione «operazioni caratterizzate da una fonte di rimborso predeterminata».

Dunque, non debiti il cui adempimento è affidato alla libera iniziativa del finanziato, né alla garanzia generica del suo patrimonio, ma piuttosto alla sicura destinazione di pagamenti futuri di cui la banca assume la legittimazione diretta a ricevere. In questo la tutela della banca segue un percorso soltanto affine, ma non identico, a quello delle garanzie specifiche del credito, giacché l'escussione della fonte del suo soddisfacimento non è subordinata al momento patologico dell'inadempimento, potendo avvenire direttamente con l'incasso del credito dal terzo senza necessità di intermediazione né del debitore, né dell'autorità giudiziaria o di suoi organi delegati. Ne risulta una posizione di forza della banca addirittura più accentuata di quella rinveniente dalla titolarità di garanzie reali (almeno nella loro configurazione tradizionale), e finanche dal coinvolgimento del patrimonio di terzi fideiussori. Il fideiussore, infatti, proprio in quanto chiamato a garanzia con tutto il suo patrimonio (sebbene eventualmente nei limiti di un importo massimo) rimane soggetto facoltizzato

all'adempimento di un'obbligazione di garanzia e non di un debito "sentito come proprio", di cui avverte tutto il peso, e al quale spesso tenta di sfuggire non adempiendo spontaneamente, ovvero con tentativi di sottrazione fraudolenta del suo patrimonio alla funzione di garanzia. Di contro, il terzo debitore del finanziato è soggetto "psicologicamente" interessato all'adempimento di un debito contratto per proprio nome e conto (anch'esso spesso collegato all'esigenza della continuità aziendale) e ben circoscritto nell'importo fin dalla sua genesi, di modo che certamente indifferente risulta per costui adempiere direttamente verso il suo creditore o verso altri.

Tale è quindi il rilievo pratico delle operazioni di credito autoliquidanti che di esse ha preso atto anche la legge fallimentare e il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, con disposizioni le quali, appunto, colgono l'esigenza di un trattamento dedicato della fattispecie¹.

Ancora, è la Banca d'Italia a fornire un catalogo delle operazioni confluenti nell'ipotesi del rischio di credito autoliquidante. Si affiancano così fattispecie eterogenee quali «le operazioni di anticipo per operazioni di *factoring*; anticipo *salvo buon fine*; anticipo su fatture; altri anticipi su effetti e documenti rappresentativi di crediti commerciali; sconto di portafoglio commerciale e finanziario indiretto; anticipo all'esportazione; finanziamento a fronte di cessioni di credito effettuate ai sensi dell'art. 1260 c.c.; prestiti contro cessione di stipendio; operazioni di acquisto di crediti a titolo definitivo». Quanto, invece, all'essenziale requisito del controllo della banca sui flussi di cassa, le Istruzioni dell'Autorità bancaria affermano che esso si concretizza quando l'intermediario si renda cessionario del credito, abbia un mandato irrevocabile all'incasso, ovvero i crediti siano domiciliati per il pagamento presso i suoi sportelli.

La prima delle tre ipotesi va tenuta distinta dalle restanti due, per via di considerazioni poi decisive ai fini della soluzione del problema relativo al destino delle linee autoliquidanti all'apertura del concordato preventivo. Mentre con la cessione del credito avviene che la banca subentri nella stessa titolarità del credito, con effetto quindi traslativo

¹ Il riferimento è all'art. 182 *quinquies*, comma 3, l.f., oggi art. 99, comma 2, C.C.I.I.

dello stesso già al tempo dell'accordo di cessione² *pro solvendo*; di contro, con il solo conferimento alla banca del mandato all'incasso dei crediti o del ruolo di domiciliataria dei pagamenti, essa non acquista affatto la titolarità del credito, la quale rimane in capo al debitore, ma soltanto la legittimazione a chiedere o a ricevere l'adempimento del terzo: secondo una prima impressione, quindi, nessun effetto traslativo del credito in grado di collocarsi cronologicamente, attraverso l'espedito dell'atto avente data certa, in un tempo anteriore alle traversie concorsuali del debitore. Peraltro, il dato oggettivo del trasferimento consensuale del credito alla banca in cambio della erogazione di credito esclude chiaramente che in tale ipotesi possa aprirsi questione sullo stato di esecuzione del contratto al momento della apertura della procedura concorsuale³, profilo che invece ancora impegna molto il dibattito dottrinale per il caso di mandato all'incasso o di domiciliazione di pagamento a favore della banca. La presenza dell'effetto traslativo del diritto nella sola cessione del credito ha portato la giurisprudenza a distinguere il potere giuridico della banca

² P. PERLINGERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), IV, Bologna-Roma, 1982, p. 159 ss.

³ Rileva ai fini della opponibilità alla procedura concorsuale la circostanza che la cessione del credito sia stata notificata o accettata dal debitore ceduto in data anteriore alla dichiarazione di fallimento. Sul punto, tra le ultime, v. Cass. civ., 7 maggio 2014, n. 9831, in banca dati *DeJure*; Cass. civ., 25 gennaio 2012, n. 1012, in *Giust. civ.*, 2012, p. 964 ss.; Cass. civ., 6 luglio 2009, n. 15797, in *Fall.*, 2010, p. 245 ss.; Trib. Reggio Emilia, 12 ottobre 2017, n. 1074, in banca dati *DeJure*, che espressamente estende l'argomentazione anche al concordato preventivo. In dottrina, M. MARTINO, *Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 724; A. ASTONE, *Il trasferimento del credito*. Artt. 1260-1267, in *Il Codice civile*, Commentario, P. SCHLESINGER (fondato da), F.D. BUSNELLI (diretto da), Milano, 2014, p. 273; F. MAIMERI, *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all'incasso*, in *I contratti di garanzia*, F. MASTROPAOLO (a cura di), in *Tratt. dei contratti*, P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (diretto da), Milano, 2006, II, p. 920; E. GINEVRA, *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti di impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 252; G. GUERRIERI, *Cessione del credito a scopo di garanzia* (dir. civ.) (voce), in *Enc. giur.*, VI, Roma, Treccani, 2001, p. 6; A. DOLMETTA - G. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, p. 114; *Contra*, B. INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 185 ss.

ottenuto attraverso il trasferimento del credito dal potere di mero fatto ottenuto dalla stessa nella diversa ipotesi di mandato all'incasso⁴.

Il mandato all'incasso, tuttavia, a differenza della domiciliazione di pagamento presso la banca, presenta in più l'attributo fondamentale di legittimare la stessa all'esercizio della pretesa creditoria nei confronti dei terzi, seppur con il successivo obbligo di restituzione delle somme al cliente. Particolarmente accattivante per l'istituto di credito è quindi la prospettiva di agire autonomamente per la riscossione. Naturalmente però, sia che si tratti di mandato all'incasso, sia che vi sia la sola indicazione di pagamento presso la banca, la funzione autoliquidante dell'operazione di realizza soltanto nel momento in cui la stessa banca può portare a compensazione del suo debito da restituzione l'originario credito verso il cliente. Il passaggio è così fondamentale che nella prassi applicativa è d'uso completare lo schema negoziale attraverso l'aggiunta di un patto programmatico di compensazione tra le reciproche pretese delle parti. La sequenza negoziale, riconducibile allo schema dell'operazione economica, è per questa via data dal collegamento necessitato tra l'anticipazione delle somme da parte della banca – il mandato all'incasso di crediti verso terzi conferitole dal cliente – il patto di futura compensazione dei reciproci rapporti di dare e avere.

Ebbene, se questo è lo schema negoziale, è evidente la relazione biunivoca tra i singoli passaggi dell'operazione, tale per cui nessuno di essi avrebbe ragione di essere senza gli altri: la banca concede il credito in base ad una valutazione del *quantum* inscindibilmente collegata al valore dei crediti presso terzi del finanziato; anche la decisione sull'*an* del finanziamento è poi direttamente condizionata dalla possibilità

⁴ Cass. civ., 27 aprile 2011, n. 9387, in *Fall.*, 2012, p. 233; Cass. civ., 30 gennaio 2003, n. 1391, in *Fall.*, 2003, p. 1187, con nota di P. OLIVA, *Mandato all'incasso e revocatoria dei pagamenti*. Sul diverso atteggiarsi della funzione di garanzia nelle due forme contrattuali v. F. MAIMERI, *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all'incasso*, cit.; M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm e dir. pubb. dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), Padova, 1994, p. 129 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Mandato in rem propriam all'incasso e fallimento del mandante*, in *Quaderni giuridici dell'impresa*, 1989, p. 16 ss., il quale definisce il mandato «strumento debolissimo» rispetto alla cessione del credito per la inopponibilità degli incassi effettuati dal mandatario dopo l'apertura del fallimento; M. SESTA, *Le garanzie atipiche. Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1988, p. 304 ss.

offerta alla banca di incassare direttamente le somme rinvenienti dai crediti e portarle a compensazione⁵; infine, lo stesso finanziato ha interesse al patto di compensazione percependolo come la soluzione più agevole per accedere a una forma di finanziamento duraturo e programmarne il futuro rimborso. In definitiva, non vi è dubbio che l'interrogativo sulla natura giuridica delle c.dd. linee di credito autoliquidanti debba essere risolto nel senso del loro necessario inquadramento nella figura dell'operazione economica complessa, ossia una serie concatenata di negozi (per lo più tipici: apertura di credito, conto corrente, mandato irrevocabile all'incasso, patto di compensazione) con la quale trova soddisfazione il particolare interesse delle parti alla unitaria e convenzionale disciplina sia del momento genetico del finanziamento che di quello estintivo del suo rimborso.

2. Seconda questione preliminare: lo stato di esecuzione del contratto. Necessaria limitazione del campo d'indagine al trattamento giuridico del credito erogato dalla banca prima dell'apertura del concordato cui sia seguito l'incasso delle somme presso terzi

Secondo il prevalente approccio degli studiosi, la soluzione al problema del regime giuridico applicabile ai pagamenti ricevuti dalla banca in epoca successiva all'apertura del concordato non può prescindere dalla valutazione dello stato di esecuzione del rapporto banca-cliente alla data di avvio della procedura, ciò principalmente per l'avvertita esigenza di ottemperare al disposto dell'art. 169 *bis* l.f., inerente il trattamento dei contratti pendenti in corso di concordato. La norma, introdotta nella legge fallimentare nel 2012 (dall'art. 33, comma 1, lett. d) del D.L. 22 giugno 2012, n. 83), e benché modificata dalla successiva riforma del 2015 (dall'art. 8, comma 1, lett. a) del D.L. 27 giugno 2015, n. 83), conserva una definizione equivoca di contratto pendente, riferendosi poco puntualmente ai contratti «ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso», di tal ch  essa ha lasciato aperta l'interpretazione alla possibilit  di

⁵ Sottolinea l'importanza di questo aspetto B. INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, cit., p. 154, secondo il quale l'intera operazione di credito si giustifica «ponendo come indici di riferimento per la quantit  ed intensit  della erogazione del credito, il volume e la solvibilit  dei crediti verso terzi per i quali la banca stessa viene incaricata dell'incasso».

includervi sia i contratti non ancora adempiuti da tutte le parti, che quelli già eseguiti unilateralmente⁶.

L'opinione maggioritaria e condivisibile ha, tuttavia, saputo completare il disposto della norma attraverso l'aggiunta della necessaria precisazione sulla impossibilità di considerare ancora pendente un contratto che abbia avuto esecuzione per una delle parti e per il quale, quindi, sopravviva esclusivamente la pretesa creditoria della parte adempiente nei confronti di quella non adempiente⁷, tanto in linea con la più esaustiva formulazione della corrispondente norma sul fallimento (art. 72 l.f.), là dove da sempre è contenuta l'espressione «ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti». Al possibile equivoco in ambito concordatario pone oggi rimedio il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, a mezzo dell'art. 97 il quale, appunto, allinea il testo della norma sui contratti pendenti a quello della corrispondente disposizione in materia di fallimento (oggi art. 172 C.C.I.I.), aggiungendovi peraltro l'espresso riferimento alle sole prestazioni *principali*, così da vincere ogni residuo dubbio sulla rilevanza ai fini della definizione dello stato di esecuzione del contratto di quelle accessorie⁸.

⁶ Trib. Perugia, 18 luglio 2018, in *Fall.*, 2018, p. 1359 ss.; App. Napoli, 13 gennaio 2015, in *Dir. Fall.* 2015, p. 419 ss.; Trib. Rovigo, 7 ottobre 2014, in *ilcaso.it*.

⁷ L'opinione maggioritaria ritiene che vadano esclusi dalla definizione di “contratti pendenti” sia i contratti unilaterali, che quelli a prestazioni corrispettive ma eseguiti da una delle parti. A. DIMUNDO, *Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2018, p. 1085 ss.; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *IlCivilista*, 2015, Milano, p. 59 ss.; G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1124 ss.; D. VATTERMOLI, *Sub art. 72 l. fall.*, in A. NIGRO - M. SANDULLI - M. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, p. 993. In giurisprudenza, tra le più recenti, Trib. Venezia, 24 giugno 2019, in *ilcaso.it*; App. Venezia, 6 novembre 2014, *ivi*; Trib. Milano, 11 settembre 2014, *ivi*.

⁸ La bozza di Relazione alla riforma spiega che “*opportunamente, la disposizione attribuisce rilievo solo alla mancata, compiuta esecuzione delle prestazioni principali, sancendo l'irrelevanza dell'eventuale adempimento integrale delle prestazioni accessorie, tema sul quale si sono registrati contrasti di giurisprudenza*”. Sul punto G. FALCONE, *Il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento di accesso al concordato preventivo ed al giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nel nuovo “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”*, in *Riv. dir. banc.*, 3/2019, p. 2 ss., il quale riflette sull'efficacia della precisazione legislativa, giacché essa invece che «sbaragliare» quelle interpretazioni per le quali, non essendo ancora stato eseguito il mandato (all'incasso) o il patto (di

Sgombrato il campo dal dubbio interpretativo, la domanda successiva da porsi è dunque quella della includibilità o meno delle c.dd. linee di credito autoliquidanti nell'area della pendenza contrattuale. La domanda è premessa indispensabile del discorso, in quanto alla inclusione nella definizione di contratto pendente segue la possibilità per il debitore di chiedere con apposita istanza l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento del contratto, con buona pace dell'eventuale interesse della banca alla sua prosecuzione.

La corretta impostazione del discorso richiede di tenere nel dovuto conto la concreta configurazione che l'operazione economica assume in base alla volontà delle parti, giacché non è unico lo schema contrattuale possibile. Da questo fondamentale aspetto discende la diversa qualificazione dello stato di esecuzione del contratto, che sicuramente vede nel tempo di durata del rapporto banca-cliente un suo connotato essenziale e non trascurabile. La distinzione da compiere è quella tra le ipotesi di anticipazioni bancarie *una tantum*, ossia circoscritte a singole concessioni di credito della banca, dietro presentazione di fattura o altro titolo rappresentativo del credito, e più complesse (ma invero più frequenti nella prassi) operazioni programmatiche di finanziamento continuativo, nelle quali l'istituto di credito si impegna per il futuro a concedere in forma duratura lo smobilizzo anticipato di crediti del cliente entro il limite massimo di un *plafond*. Questa seconda modalità di erogazione continuativa di somme viene regolata in un conto corrente dedicato, attraverso l'addebito delle somme anticipate (cui corrisponderà un accredito sul conto corrente operativo dell'imprenditore) e il successivo accredito dei corrispondenti importi riscossi da crediti verso terzi (con giroconto dallo stesso conto operativo). Bene, è evidente che l'una e l'altra configurazione dei rapporti condiziona forme e tempo di adempimento del contratto giacché mentre, nella prima ipotesi, la banca si libera definitivamente dal proprio obbligo di finanziamento con l'erogazione delle somme anticipate; nella seconda, l'obbligo si reitera nel tempo, incontrando il solo limite del *plafond*; di conseguenza in quest'ultimo

compensazione), la stessa prestazione della banca non potrebbe considerarsi completamente eseguita, potrebbe far rivivere gli argomenti sulla natura principale di dette pattuizioni (sul punto v. *infra* nota 11).

caso, e non nel primo, ci sarà sempre un tempo nel quale conviveranno tra loro i rinnovati obblighi di dare e avere delle parti.

In questo scenario variabile, l'inizio della procedura concordataria non può che incidere diversamente. Se in presenza di una anticipazione *una tantum* è da escludersi che il contratto possa dirsi ancora in corso, poiché all'apertura della procedura sussiste soltanto il credito da rimborso del finanziatore, in costanza di un rapporto di anticipazione programmato e duraturo, è ben possibile che alla data di apertura del concordato sussista non solo il diritto di credito della banca da restituzione di quanto già anticipato, ma anche il suo obbligo per il futuro di finanziare ancora il cliente⁹. Ne segue che nell'ambito di questa seconda fattispecie la soluzione sul regime applicabile al contratto debba essere diversamente declinata a seconda del segmento contrattuale preso in considerazione (se gli anticipi già effettuati dalla banca o quelli ancora da effettuarsi)¹⁰. Un diverso approccio che consideri unitariamente il fascio di rapporti banca-cliente, per quindi ritenere indistintamente operante l'art. 169 *bis* l.f.¹¹, non è condivisibile

⁹ Nel compiere questa distinzione, V. CEDERLE, *La controversa applicazione dell'art. 169 bis l. fall. ai contratti bancari*, in *Fall.*, 1016, p. 592, richiama il rapporto tra il contratto quadro (con il quale la banca si impegna alla concessione di una disponibilità di smobilizzo crediti dietro presentazione dei documenti di incasso) e i singoli atti di utilizzazione del credito da parte del cliente.

¹⁰ In questo senso, v. il recente Trib. Milano, 2 marzo 2017, in *Fall.*, 2017, p. 480, che così distingue: «In tema di effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti, lo scioglimento dei contratti previsto dall'art. 169-bis l.fall. può riguardare il contratto di conto corrente e le linee di credito per anticipazione fatture, *finimport* e *finexport*, ma non può consentire al debitore l'incasso di somme relative ad anticipazioni integralmente erogate dalla banca prima del deposito della domanda di concordato preventivo (nella specie, con riserva), in esecuzione di contratti di anticipazione cui acceda mandato all'incasso e patto di annotazione in conto corrente ed elisione del passivo del cliente».

¹¹ Nell'ambito di questa opinione, si afferma che nel contratto, anche a fronte dei singoli smobilizzi già eseguiti dalla banca, siano sempre individuabili obbligazioni ancora pendenti a carico della stessa, secondo alcuni corrispondenti al restante obbligo di mantenere la disponibilità dell'apertura di credito o castelletto di sconto non ancora interamente consumato (*Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, in *ilFallimentarista.it*, p. 9); secondo altri, relative all'obbligo di provvedere all'incasso dei crediti in virtù del mandato all'incasso in *rem propriam* del credito oggetto di anticipazione, di dare esecuzione alla compensazione in virtù del patto di compensazione e più in generale di garantire un comportamento diligente nella gestione dei rapporti continuando a garantire un servizio di cassa nel limite

perché funzionalmente in contrasto con l'operazione voluta dalle parti, nonché oggettivamente ingiusto per il tipo di sacrificio economico profilabile a carico della banca¹².

La correttezza della lettura diacronica data allo stato di esecuzione delle prestazioni tra banca e cliente e, a ben guardare, confermata dalla più recente disciplina in materia di linee autoliquidanti. Sempre con la riforma del 2015 è intervenuta la modifica dell'art. 185 *quinquies* l.f., il quale per la prima volta (comma 3) si riferisce espressamente alla particolare forma di finanziamento dell'impresa costituita da tali linee di credito (oggi art. 99, comma 2, C.C.I.I.). La norma dispone la necessità dell'autorizzazione giudiziale per il mantenimento di tali linee di credito in pendenza del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, con ciò alimentando ulteriormente la disputa sugli effetti della procedura su tali rapporti. È stata, infatti, da subito percepita una difficoltà di coordinamento tra tale previsione e quella dell'art. 169 *bis*, la quale appunto detta la regola esattamente opposta della normale prosecuzione dei rapporti in corso di concordato, salva apposita autorizzazione alla loro interruzione o sospensione. Le diverse opinioni formulate sul punto si dividono sostanzialmente in due filoni interpretativi: da una parte, chi ritiene che l'art. 182 *quinquies* non interferisca con l'art. 169 *bis*, dovendosi riferire il primo alle anticipazioni da erogarsi ma non ancora erogate dalla banca e il secondo

dell'importo pattuito (Trib. Perugia, 18 luglio 2018, cit.; Trib. Massa, 5 giugno 2018, in *ilcaso.it*; Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in *ilFallimentarista.it*; Trib. Pordenone, 14 ottobre 2015, in *FallimentieSocietà.it*. Aderisce a tale visione dei tribunali E. MARINUCCI, *Fallimento e concordato preventivo (II parte) – gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, in *Giur. it.*, 2017, p. 511).

¹² Il danno concreto per la banca è immediatamente percepibile ove si guardi alla casistica giurisprudenziale, dove non è insolito assistere a veri e propri abusi del debitore richiedente il concordato. Uno tra tutti l'esempio di una società che ha chiesto la sospensione delle operazioni anticipate pochissimi giorni prima del deposito del ricorso per concordato, salvo dichiararsi interessata ad aprire un nuovo rapporto di anticipazione con la stessa banca. Nonostante le caratteristiche concrete della fattispecie, la Corte d'Appello di Lecce, 19 giugno 2019 (inedita) reputava comunque di aderire all'orientamento favorevole alla sospensione *ex art. 169 bis* l.f. Sebbene astrattamente favorevole alla sospensione, Trib. Milano, 2 marzo 2017, cit., non manca di osservare come «consentire al debitore di operare inertizzando la garanzia, dopo avere pacificamente goduto dell'erogazione, equivarrebbe ad ampliare surrettiziamente le ipotesi di inefficacia di cui alla legge (art. 168 L.F.) ed a consentire operazioni al limite della frode ove organizzate».

ai segmenti contrattuali già parzialmente eseguiti dalla banca che abbia smobilizzato tutta o parte delle somme promesse¹³; dall'altra, chi reputa la disciplina dell'art. 182 *quinquies* derogatoria della norma generale sui contratti pendenti¹⁴.

Nessuna delle interpretazioni proposte pare, tuttavia, cogliere veramente nel segno, optando entrambe ancora una volta per una visione monolitica della fattispecie «linee autoliquidanti», priva di quell'approccio diacronico che invece consente di distinguere i diversi gradi di esecuzione del rapporto in corso di procedura. Si vuole dire che la possibile soluzione al problema dei rapporti tra l'art. 182 *quinquies* e l'art. 169 *bis* non è neppure essa decisiva della questione sul trattamento delle somme incassate dalla banca presso terzi, ponendosi entrambe le norme sul piano della fattispecie che, secondo la nostra distinzione operativa, si riferisce al solo segmento contrattuale relativo agli smobilizzi di somme ancora da effettuarsi dalla banca nei limiti del *plafond*; ne rimane estranea, cioè, l'ipotesi delle somme già anticipate e per le quali la banca abbia ottenuto dal debitore mandato all'incasso irrevocabile con collegato patto di compensazione tra le reciproche pretese. Questa ipotesi, come detto, ben lungi dal collocarsi nell'area dei contratti pendenti, si traduce in un credito della banca pregresso all'inizio della procedura e, tuttavia, sottratto alla disciplina concorsuale perché assicurato da una particolare forma di predestinazione di crediti dell'imprenditore al suo adempimento.

In conclusione, è vero sì che alla norma dell'art. 182 *quinquies* va riconosciuto un effetto derogatorio rispetto a quella dell'art. 169 *bis*, ma l'ambito di applicazione della stessa rimane circoscritto alla possibilità che il debitore ottenga dal giudice di mantenere vigente per il futuro il

¹³ In questo senso vedi le risposte dei giudici interpellati al Questionario dell'Osservatorio sulle Crisi d'Impresa 2016, dalle quali risulta che la maggioranza di essi ritiene applicabile l'art. 169 *bis* alle linee autoliquidanti. Sul punto v. la ricostruzione di R. BROGI, *Contratti bancari e procedure concorsuali*, in *La continuità aziendale e le procedure concorsuali*, M. FERRO - S. PACCHI - G.M. NONNO - R. BROGI (a cura di), Pisa, 2018, p. 203.

¹⁴ All'interno di questo filone si distingue poi l'opinione secondo la quale la deroga consisterebbe nella necessità dell'autorizzazione giudiziale per il proseguimento del rapporto (R. BROGI, op. cit., p. 208), e quella che invece attribuisce all'autorizzazione suddetta il solo effetto di disporre la prededucibilità del credito della banca (E. MARINUCCI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, cit., pp. 518-519).

regolamento contrattuale sulle linee autoliquidanti, vale a dire di accedere ancora a nuove anticipazioni, senza affatto toccare la natura di quelle già avvenute le quali, in quanto singoli atti di adempimento della banca, sono ormai fuoriuscite dall'effetto di programmazione delle anticipazioni future previsto dal contratto, per avere definitivamente ingresso nell'area degli atti di adempimento e legittimare la banca alla pura posizione di credito da rimborso. Tanto significa, in poche parole, che là dove si discorra di linee di credito autoliquidanti la norma dell'art. 169 *bis* esce di scena completamente, perché soppiantata da quella speciale dell'art. 182 *quinquies*.

Se tale è la conclusione, dovrebbe anche seguirne che, per effetto dell'autorizzazione giudiziale, la regolamentazione dei rapporti banca cliente permanga identica a come voluta dalle parti, ossia anche nella parte relativa alla predisposizione delle forme di adempimento del cliente mediante mandato irrevocabile all'incasso per la banca e automatica compensazione delle pretese. Non avrebbe senso ipotizzare il contrario, dal momento che se il debitore ritiene sconveniente tale impostazione dei rapporti, tanto varrà non chiederne l'autorizzazione alla prosecuzione; di contro, ove un interesse vi sia, errato sarebbe pensare di poter imporre unilateralmente alla banca la continuazione di un rapporto privato della sua principale ragione d'essere, ossia la predestinazione e il controllo diretto della fonte di rimborso degli anticipi. Si tratta, evidentemente, di seguire le ragioni della correttezza e dell'equilibrio contrattuale, valevoli nel diritto in generale prima ancora che in quello della crisi di impresa, il quale giammai potrebbe derogarvi sotto le professate vesti di diritto speciale: il tema della continuazione dei rapporti pendenti nel corso di una procedura concorsuale merita tale valutazione degli organi della procedura e dell'autorità giudiziaria proprio in quanto si tratta di scegliere della convenienza di un rapporto contrattuale tale quale operante prima dell'avvio della procedura, altrimenti trattandosi di nuovi e diversi rapporti per i quali non si può prescindere dalla richiesta del consenso della controparte contrattuale.

In quest'ottica, è agevolmente smentita anche la possibilità di riferire all'art. 182 *quinquies*, comma 3, la funzione di riconoscimento normativo della prededuzione a favore della banca come per le altre forme di finanziamento all'impresa in crisi autorizzate dalla norma, prededuzione che a ben vedere non ha ragione di operare in tal caso

stante la più soddisfacente programmazione convenzionale delle modalità di adempimento del cliente.

Giunti a questo punto di definizione dell'area di operatività delle norme vigenti, è evidente che il problema della opponibilità concordataria del mandato irrevocabile all'incasso della banca e del connesso patto di compensazione si pone soltanto in relazione alle erogazioni già effettuate dall'istituto di credito prima dell'inizio della procedura, dovendosi valutare se e con quali presupposti la permanente operatività del regolamento contrattuale nel suo complesso possa anch'essa risultare legittima rispetto all'aspettativa di soddisfazione degli altri creditori in concorso.

3. Opponibilità al concordato del regolamento privato nel suo complesso: la violazione solo apparente del principio di cristallizzazione e del divieto di compensazione. Il permanere dell'incertezza operativa a causa del dialogo sordo tra Corte di Cassazione e corti di merito

La ragione fondamentale che sembra spingere i detrattori della tesi della opponibilità del patto di compensazione al concordato preventivo, consiste nell'effetto di «cristallizzazione» che l'apertura della procedura realizza sul patrimonio dell'impresa, ai sensi dell'art. 168 l.f. Detta norma, nell'impedire ai creditori di iniziare o proseguire azioni individuali contro il debitore e di acquisire nuovi titoli di prelazione, disegna invero una linea di demarcazione netta coincidente con il momento di introduzione della procedura, oltre la quale ogni ragione di credito intanto può essere fatta valere e venire soddisfatta in quanto calata nel contesto delle regole del concorso. In linea con tale cristallizzazione si pone la successiva regola dell'art. 169 l.f., la quale coerentemente estende al concordato la medesima disciplina della compensazione prevista nel fallimento (art. 56 l.f.), vale a dire la possibilità di compensare i debiti pregressi all'avvio della procedura soltanto con crediti anch'essi anteriori per causa o titolo a tale momento¹⁵. Peraltro, il rinvio all'art. 56 l.f., evocerebbe la disputa sul

¹⁵ Tra le più recenti, v. Cass. civ., 22 novembre 2015, n. 24046, in *Fall.*, 2016, p. 687; Cass. civ., 20 gennaio 2015, n. 825, *ivi*, 2016, p. 114 con le quali la Corte afferma che «la compensazione determina - a norma del combinato disposto della L. Fall., artt. 56 e 169 una deroga alla regola del concorso ed è ammessa pure quando i presupposti

fondamento di tale norma che, nel consentire l'adempimento di debiti del fallito mediante compensazione, è intesa da alcuni alla stregua di un'eccezione di per sé significativa alla *par condicio creditorum*, dunque da interpretarsi restrittivamente per non ampliare oltremodo la possibilità di consentire pagamenti fuori dal concorso¹⁶.

L'impostazione suddetta, certamente corretta nei suoi termini generali, avrebbe come conseguenza quella di rendere inopponibile al concordato la compensazione che la banca voglia far valere del proprio credito pregresso verso l'impresa con il suo debito da rimborso delle somme incassate mediante mandato dopo l'inizio della procedura. Benché, infatti, tanto il mandato irrevocabile all'incasso quanto il patto programmatico di compensazione siano precedenti al deposito della domanda di concordato, secondo questa tesi restrittiva il titolo o causa sul quale si fonderebbe il debito da rimborso di quanto incassato presso terzi sarebbe successivo, perché dipenderebbe da un fatto (l'incasso delle somme dai terzi) svoltosi posteriormente all'avvio del concordato¹⁷.

di liquidità ed esigibilità, ex art. 1243 c.c., maturino dopo la data di presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, purché il fatto genetico delle rispettive obbligazioni sia sempre anteriore a detta domanda»; così anche App. Milano, 23 febbraio 2016; Trib. Verona, 31 agosto 2015; Trib. Reggio Emilia, 11 marzo 2015, tutte in *ilcaso.it*.

¹⁶ Una volta superata la concezione di derivazione francese, secondo la quale la compensazione risponderebbe ad una mera esigenza di semplificazione delle attività di adempimento, la dottrina ha individuato nell'art. 56 l.f. una deroga alla parità di trattamento tra creditori: così, S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 185, il quale assegna alla norma una funzione di equità sostanziale; M. VANZETTI, *Compensazione in sede di fallimento*, in *Comm. legge fall.*, C. CAVALLINI (diretto da), Milano, 2010, p. 1113; P. SOLDINI, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* A. CAIAFA S. ROMEO (a cura di), t. 1, Trento, 2014, pp. 239-240. In particolare, parte della dottrina non esita a rintracciare nella compensazione una funzione di garanzia in senso lato: v. M. FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1962, p. 26 ss.; B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Comm.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 162 ss.; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Tratt. dir. civ. e dir. pubbl. dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), v. IX, pp. 378-379; A. FABBRI, *Art. 56. Compensazione in sede di fallimento*, in *Comm.*, A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), Padova, 2009, p. 282.

¹⁷ Tra le tante: Cass. civ., 7 maggio 1999, n. 10548, in *Fall.*, 2010, p. 117; Cass. civ., 28 agosto 1995, n. 9030, ivi, 1996, p. 69; Cass. civ., 18 dicembre 1990, n. 11988, ivi, 1991, p. 467; Cass. civ., 28 giugno 1985, n. 3879, ivi, 1986, p. 157; Trib. Lucca, 21 maggio 2013, in *ilcaso.it*; App. Milano, 2 marzo 2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*,

Tale lettura, apparentemente rigorosa dei termini della questione, non supera tuttavia la prova del nove, perché frutto di un travisamento di ciò che deve intendersi per *titolo o causa* della contrapposta obbligazione di rimborso della banca. Ben vero, infatti, che per essere opponibili al concordato entrambi - il mandato all'incasso e il patto di compensazione - debbano precedere l'inizio della procedura (v. art. 45 l.f. per come richiamato dall'art. 169 l.f.); non meno vero è però che proprio il binomio "mandato-patto di compensazione" costituisce il titolo di legittimazione della banca a riscuotere e trattenerne quanto incassato, limitandosi il mero fatto empirico della riscossione dei crediti presso terzi a rappresentare l'attività materiale necessaria per la definitiva attuazione dello scopo di quel titolo¹⁸. In quest'ottica, il debito da restituzione della banca non solo è causalmente derivato da un accordo precedente al concordato, ma è anche contestualmente eliso dalla speculare programmazione dell'effetto di compensazione. D'altronde il sistema conosce già, persino nell'ambito del fallimento, soluzioni giurisprudenziali a favore della compensabilità del debito del fallito con un suo controcredito successivo all'apertura della procedura. Si ammette, per esempio, la possibilità di compensare il debito di liquidazione della quota del socio fallito con un controcredito pregresso della società¹⁹. L'argomentazione giurisprudenziale fa forza proprio sul principio elaborato dalle Sezioni unite secondo il quale, ai fini della compensazione fallimentare, rileva l'antiorità al fallimento del negozio «radice causale» dal quale deriva il credito del fallito, «ciò perché è il fatto generatore delle obbligazioni che più incisivamente verrebbe ad alterare le regole del concorso, determinando la fonte delle obbligazioni medesime»²⁰ e, quindi, nel caso specifico, la preesistenza

2002, p. 552; Trib. Milano, 27 novembre 1997, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, p. 344.

¹⁸ In dottrina, da ultimo condivide questa opinione G. GIURDANELLA, *I rapporti bancari nella fase prenotativa ed ammissiva del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2017, p. 339.

¹⁹ Cass. civ., 24 luglio 2000, n. 9678, in *Fall.*, 2001, p. 665; Cass. civ., 5 novembre 1999, n. 12318, ivi, 2000, p. 1144; App. Venezia, 25 marzo 1974, in *Dir. fall.*, 1974, p. 686, con nota di R. PROVINCIALI, *Compensazione volontaria predeterminata e revocatoria fallimentare*.

²⁰ Cass., sez. un., 2 novembre 1999, n. 755, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, p. 278, con nota di L. PICARDI, *Nuove aperture delle Sezioni unite in tema di compensazione nel fallimento*, la cui massima recita: «La compensazione nel fallimento è ammessa

al fallimento del rapporto tra socio e società suggellato dal contratto sociale²¹.

Per altra via, si potrebbe addirittura compiere un ulteriore passaggio nella qualificazione della fattispecie idoneo a decretare il definitivo superamento dell'ostacolo rappresentato dal combinato disposto degli artt. 169 e 56 l.f. La compensazione di cui si discorre potrebbe, infatti, inquadarsi nell'area della compensazione volontaria *ex art.* 1252 c.c.²², opponibile alla procedura perché di data anteriore. Ed invero, detta compensazione, come noto, può operare su volontà delle parti anche in assenza dei presupposti di certezza, liquidità ed esigibilità delle reciproche pretese necessari, invece, alla compensazione legale. Nello specifico, nelle operazioni di credito autoliquidanti realizzate mediante mandato all'incasso, vi sarebbe che le parti vogliano derogare al carattere della immediata esigibilità del controcredito del cliente per consentirne la compensazione con il suo debito da rimborso del finanziamento già attuale per la parte di prestito man mano erogata. La deroga alla disciplina della compensazione legale starebbe nella rinuncia preventiva da parte del cliente ad opporre un impedimento che osterebbe alla compensazione legale (l'attualità del suo credito) con effetto estintivo immediato della sua pretesa di rimborso. Anche in

anche quando il controcredito del fallito divenga liquido od esigibile dopo il fallimento, purché il fatto genetico dell'obbligazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che è sufficiente che i requisiti di cui all'art. 1243 c.c. ricorrano ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia».

²¹ Cass. civ., 24 luglio 2000, n. 9678, in *Fall.*, 2001, p. 665, con nota di R. TISCINI, *Momento genetico del credito dedotto in compensazione*, la cui massima recita: «L'articolo 56 legge fall. prevede, quale unico limite per la compensabilità dei debiti verso il fallito - creditore, l'antiorità al fallimento del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte; la compensazione fallimentare è pertanto applicabile non solo quando il credito del terzo non è ancora scaduto alla data della dichiarazione di fallimento ma anche quando tale scadenza riguardi il credito del fallito; conseguentemente, poiché il credito del socio escluso a seguito della dichiarazione di fallimento, relativo alla liquidazione della quota o al rimborso delle azioni, diviene liquido ed esigibile al momento della delibera di esclusione successiva alla dichiarazione di fallimento ma rinviene il suo fondamento causale nella costituzione del vincolo sociale (antecedente al fallimento), deve ritenersi ammessa la compensazione dei contrapposti crediti del socio e della società essendo il debito di quest'ultima debito verso il fallito e non verso la massa».

²² Discorre appunto di compensazione volontaria C. CURATOLA, *Cessione del credito e mandato irrevocabile all'incasso*, in *Riv. not.*, 2004, p. 1237.

questa prospettiva, evidentemente, si avrà allora che il fatto empirico dell'incasso delle somme dai terzi, avvenuto dopo il patto di compensazione, e addirittura dopo l'apertura della procedura concorsuale, non è affatto il momento di definizione del carattere della esigibilità del debito da rimborso della banca, divenuto irrilevante per via della deroga convenzionale, ma soltanto il momento materiale dell'approvvigionamento delle somme già compensate tra le parti. L'opponibilità della compensazione volontaria, d'altronde, non è in discussione neppure nella sede fallimentare, dove da tempo è pacifico che essa va al più impugnata ai sensi dell'art. 67 l.f.²³.

La soluzione contraria all'opponibilità della compensazione era prassi invalsa nella giurisprudenza fino alla fine degli anni '90 del secolo scorso. Proprio sul finire di quel decennio, infatti, la Corte di Cassazione si pronunciava per ben tre volte a favore della compensazione nella procedura di amministrazione controllata²⁴, richiamando un suo isolato precedente del 1995²⁵, per vero poco appagante nella motivazione. Le argomentazioni della Corte si distinguono ancora per la loro inequivocabile chiarezza: la compensazione può operare perché il gioco di interessi sotteso alla regolamentazione privata tra banca e cliente, precedente al concordato, non può essere sezionato arbitrariamente dall'interprete, ma va guardato e trattato nella sua *inscindibile interezza*, di guisa che il credito per anticipazione somme erogate dalla banca prima dell'avvio della procedura non può essere affidato alle regole del concorso, ma deve potersi rimborsare secondo quelle stabilite con la scelta negoziale compiuta a monte dalle parti, regole di temperamento dei reciproci

²³ Per la giurisprudenza, infatti, l'effetto estintivo della compensazione non può essere autonomamente impugnato, ma va collegato all'accordo di compensazione rispetto al quale, quindi, va verificata l'esistenza dei presupposti per la revocatoria: tra le tante Cass. civ., 16 settembre 1986, n. 5621, in *Fall.*, 1987, p. 161; Cass. civ., 10 febbraio 2006, n. 2973, in *Fall.*, 2006, p. 1450; e da ultimo Cass. civ., 2 maggio 2019, n. 934, in banca dati *DeJure*.

²⁴ Cass. civ., 23 marzo 2001, n. 4205, in *Guida dir.*, 2001, n. 22, p. 63; Cass. civ., 5 agosto 1997, n. 7194, in *Fall.*, 1998, n. 56; Cass. civ., 7 marzo 1998, n. 2539, *ivi*, 1998, p. 1254. Si tratta di tre pronunce che, come per molti dei precedenti contrari alla compensazione, sono intervenute in materia di amministrazione controllata con argomenti pacificamente estendibili al concordato preventivo.

²⁵ Cass. civ., 23 luglio 1994, n. 6870, in *Fall.*, 1995, p. 262.

interessi senza le quali la stessa anticipazione non avrebbe avuto luogo²⁶.

Come non ci si aspetterebbe che accadesse in questa materia, dato il consueto allineamento delle corti di merito ai principi formulati dalla Cassazione, nel caso che ci occupa si assiste ad un singolare e significativo distacco tra il nuovo orientamento della Corte e le successive decisioni dei giudici del fatto, i quali continuano spesso a reputare insuperabili gli ostacoli rappresentati dall'effetto di cristallizzazione delle pretese derivante dall'avvio del concordato e dalla regola della *par condicio creditorum*²⁷. L'impressione è quella di un dialogo sordo tra i diversi gradi di giudizio, tenuto conto di come spesso i giudici del merito omettano addirittura di argomentare nella motivazione le ragioni del loro discostamento dal pensiero della Corte, a volte del tutto ignorato.

4. Il necessario superamento delle ultime resistenze alla luce di un ripensamento sistematico della fisionomia del rapporto obbligatorio. Emersione di una funzione economica del contratto programmata nel rispetto della par condicio creditorum.

Il ravvedimento della Corte di Cassazione, salve alcune eccezioni²⁸, prosegue nelle pronunce più recenti²⁹. Nella sentenza dello scorso 10

²⁶ Si distingue sempre in quest'ottica una sentenza del Trib. Bergamo, 22 novembre 2011, n. 2606, in *ilcaso.it*, ove si definisce «giuridicamente inaccettabile che il rapporto contrattuale continuerebbe con la banca tenuta a curare l'incasso del portafoglio presentato mantenendo l'apertura di credito in favore del correntista – come di fatto è avvenuto – con esclusione del patto di compensazione contrattualmente previsto quale elemento essenziale del sinallagma contrattuale».

²⁷ Tra le ultime, App. Brescia, 1 giugno 2016, in *fallimentiesocieta.it*; Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in *ilcaso.it*; Trib. Rovigo, 20 ottobre 2015, in *Fall.*, 2016, p. 588; Trib. Prato, 23 settembre 2015, *ivi*, p. 587; Trib. Verona, 31 agosto 2015, *ivi*, p. 1010; Trib. Reggio Emilia, 11 marzo 2015, in *ilcaso.it*; Trib. Venezia, 20 gennaio 2015, in *Fall.*, 2015, p. 557; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in *ilcaso.it*; Trib. Rovigo, 7 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Milano, 28 maggio 2014, *ivi*; Trib. Padova, 7 gennaio 2014, in *fallimentiesocieta.it*.

²⁸ Cass. civ., 7 maggio 2009, n. 10548, in *Fall.*, 2010, p. 117 e la più recente Cass. civ., 25 settembre 2017, n. 22277, in *ilcaso.it*.

²⁹ Cass. civ., 19 febbraio 2016, n. 3336, in *Fall.*, 2017, p. 351; Cass. civ., 1 settembre 2011, n. 17999, in *Fall.*, 2012, p. 739; Cass. civ., 15 aprile 2011, n. 8752, in *Giust. civ.*, 2012, p. 778.

aprile 2019, n. 10091, si definisce «decisivo» l'elemento della inscindibilità del patto di compensazione rispetto al complessivo assetto negoziale degli accordi *inter partes* (finanziamento, acquisto dei titoli, loro deposito in garanzia), pacificamente conclusi in epoca anteriore alla domanda di concordato.

Le permanenti resistenze di dottrina e giurisprudenza sul punto³⁰ si fanno dunque inspiegabili, tanto più che oggi all'argomento della inscindibile interezza dell'operazione economica per come pensata dalle parti si aggiungono altri non secondari spunti di riflessione con i quali varrebbe la pena si misurassero le opinioni contrarie. Ci si riferisce alla ormai necessaria riconsiderazione sistematica della fisionomia del rapporto obbligatorio, il quale presenta tratti che, già accennati dalla disciplina degli istituti più tradizionali, o sviluppati dalla prassi applicativa, hanno ormai ricevuto il definitivo *placet* legislativo

³⁰ Per la dottrina, R. BROGI, *I contratti bancari "autoliquidanti" nel concordato preventivo: tra scioglimento e retrocessione delle somme incassate dalla banca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1128, la quale utilizza il richiamo all'art. 1374 c.c. per argomentare che «la pendenza di un contratto alla momento della pubblicazione del ricorso ex art. 161 l.fall. nel registro delle imprese non può, pertanto, determinare la subvalenza della norma concorsuale rispetto alla pattuizione negoziale, ma al contrario implica che la prima intervenga a regolare gli effetti del contratto, in base a quanto previsto dall'art. 1374 c.c.». Conforme l'opinione di P. BONTEMPI, *I contratti bancari "autoliquidanti" nel concordato preventivo: tra scioglimento e retrocessione delle somme incassate dalla banca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 281, il quale, pur ritenendo perfettamente lecito il patto di compensazione, lo ritiene non opponibile al concordato per la prevalenza del principio della *par condicio creditorum*; l'A. utilizza l'ulteriore argomento della impossibilità tecnica di operare la compensazione nel contesto del medesimo rapporto di conto corrente per via della previsione dell'art. 1853 c.c., a mente del quale la compensazione può operare solo tra i saldi di più rapporti distinti o tra più conti. Smentisce questo secondo argomento V. CEDERLE, *La controversa applicazione dell'art. 169 bis*, cit, p. 589, il quale correttamente osserva che la compensazione può ben operare anche fra obbligazioni scaturenti da una unica fonte negoziale, «ricorrendo piuttosto un reale fattore impeditivo quando le prestazioni siano collegate sul piano sinallagmatico in modo tale da escluderne fattivamente l'autonomia, perché se si ammettesse la reciproca elisione di esse si verrebbe ad incidere sull'efficacia stessa del negozio... in questo caso, la compensazione non paralizza affatto gli effetti del negozio, ma è anzi preordinata convenzionalmente perché se ne realizzi la funzione». V. anche A. PATTI, *Contratti bancari nel concordato preventivo tra bilateralità e unilateralità di inesecuzione*, in *Fall.*, 2015, p. 561. Per la giurisprudenza contraria alla compensazione, oltre alle pronunce già richiamate, v. il recentissimo Trib. Treviso, 20 giugno 2019, in *ilcaso.it*; Trib. Perugia, 18 luglio 2018, *ivi*; Trib. Milano, 2 marzo 2017, *ivi*.

nel senso del riconoscimento di prerogative di tipo dominicale del creditore sui beni destinati dal debitore alla sua soddisfazione³¹.

Ed invero, il mandato all'incasso affidato dal debitore al creditore rientra nell'ipotesi di mandato *in rem propriam* irrevocabile dell'art. 1723 c.c., ed esprime già nel contesto del codice civile l'interesse del sistema verso operazioni contrattuali con funzione "in senso lato" di garanzia del credito³², realizzata non attraverso il ricorso alle cause tipiche di prelazione ma mediante l'attribuzione di poteri di indole proprietaria al creditore, il quale assume il controllo diretto di una fonte di liquidità del debitore da cui attingere senza intermediazioni dell'obbligato o di organi pubblici³³. Il creditore non diviene titolare del credito, come invece nella cessione ma, in modo decisamente affine a quest'ultima, assume il controllo gestorio del bene fonte di ricchezza con un effetto di fatto equivalente a quello della sottrazione dal restante patrimonio del debitore. Una funzione "in senso lato" di garanzia, d'altronde, è stata rintracciata anche nel patto di compensazione che, nel contesto delle procedure concorsuali, agirebbe alla stregua di una deroga alla par *condicio creditorum*³⁴, in maniera affine a quella delle cause legittime di prelazione con le quali condivide il presupposto di un creditore che «non ha seguito la fiducia del debitore»³⁵. Alla stessa stregua, come osservato da attenta dottrina³⁶, si comportano altri istituti del diritto civile, dalle più tradizionali vendite con riserva della proprietà fino alle più recenti figure di patto marciano e di trasferimento di bene sospensivamente condizionato all'adempimento (introdotte dagli artt. 1 e 2 della l. 30 giugno 2016, n. 119, di conversione del d.l. 3 maggio 2016, n. 59).

Tutte queste fattispecie non devono creare più di tanto disagio nella ricostruzione della disciplina del rapporto di credito, potendosi ritenere che esse vadano semplicemente a sviluppare l'*imput* al riconoscimento

³¹ R. DI RAIMO, *Autotutela soddisfattoria e giustizia "volontaria"*, in *Dir. cost.*, 2018, p. 75; ID., *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 1.

³² Discorre di «garanzia impropria», B. INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, cit., p. 154.

³³ R. DI RAIMO, *Autotutela soddisfattoria e giustizia "volontaria"*, cit., p. 79.

³⁴ V. nota 16.

³⁵ F. FERRARA JR. E A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 351.

³⁶ R. DI RAIMO, *Autotutela soddisfattoria e giustizia "volontaria"*, *o.l.u.c.*

di prerogative gestorie/proprietarie del creditore contenuto in altrettanti istituti tradizionali del diritto civile. Si pensi alle norme dell'art. 524 c.c. (sull'impugnazione della rinuncia all'eredità del creditore); dell'art. 974 c.c. (sul diritto del creditore dell'enfiteuta di intervenire nel giudizio di devoluzione del fondo); dell'art. 1015, comma 3, c.c. (sul diritto di intervento dei creditori dell'usufruttuario nel giudizio a suo carico per abuso dell'usufrutto); e dell'art. 1113 c.c. (sull'intervento dei creditori nella divisione)³⁷: tutte disposizioni queste che, nell'attribuire il diritto di agire o intervenire al creditore, evidentemente presuppongono la legittimità di una sua interferenza sulla sfera di dominio del debitore. Vi è poi che, oltre ai riferimenti normativi individuati, rilevino le soluzioni sperimentate dalla prassi applicativa, la quale pure fa spesso ricorso a convenzioni atipiche per affiancare al contratto di finanziamento clausole di legittimazione del creditore al controllo o all'autorizzazione delle forme di gestione del progetto imprenditoriale finanziato. Dette clausole, tecnicamente definite *covenant*³⁸ concorrono anche esse a segnare le direzioni del sistema

³⁷ M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, p. 257.

³⁸ Si pensi al frequente caso di finanziamenti bancari all'attività edilizia erogati per stadi di avanzamento dei lavori (s.a.l), nei quali la banca ottenga di accedere alle informazioni aziendali per monitorare lo stato dell'affare e di opporre il suo veto alle scelte imprenditoriali di programmazione dell'attività, ivi compresa l'eventuale vendita dei singoli edifici realizzati a terzi acquirenti di suo gradimento. È evidente l'interesse del creditore alla corretta e fruttifera gestione dell'affare edilizio ed è altrettanto evidente l'effetto di arretramento dei poteri dominicali del debitore a suo vantaggio. I primi *covenant* si trovano nei contratti di finanziamento per la realizzazione della linea ferroviaria degli Stati Uniti del XIX secolo. Per una ricostruzione storica, R. BROOK, *Debt Covenants and Event Risk: The Practitioner as a Source of Evidence*, Working Paper n. 51, 1990, Center for Law and Economics Studies, Columbia University School of Law, p. 11. Sulla figura del *covenant* in generale v. la primissima ricostruzione di C.S. ZIMMERMAN, *An Approach to Writing Loan Agreement Covenants*, in *Journal of Commercial Bank Lending*, Novembre, 1975, pp. 2 ss. Per un *excursus* sui possibili contenuti dei *covenants* in Italia: N. SALOMONE, *I covenants a tutela dei finanziamenti*, in *Impr. comm. ind.*, 2003, p. 1618; M. PALMIERI, *I bond covenant*, in *Banca, impr. soc.*, 2006, p. 256. G. PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, p.501 ss.; U. PATRONI GRIFFI, *I covenant finanziari. Note introduttive*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 601; M.P. PELUSO, *I covenant nei contratti di finanziamento. Profili introduttivi*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2011, p. 127 ss.; M.C.M. MOZZARELLI, *I business covenants e il governo della società finanziata*, Milano, 2013, p. 1 ss.; P.

verso la rimodulazione del rapporto tra creditore e beni del debitore, questi ultimi sempre più selezionati e indirizzati alla funzione di garanzia di apposite operazioni di finanziamento e per questo sottoposti all'interferenza di poteri strumentali del credito quali contrattare al fine ultimo della continuità aziendale³⁹.

Ora, al cospetto di tale visione di sistema, ciò che deve cogliersi ai fini di questa riflessione è il dato comune della opponibilità alla restante classe dei creditori del patto programmatico dell'operazione di credito; opponibilità che sul piano regolativo è legata alla regola della priorità temporale rispetto all'inizio della procedura esecutiva o concorsuale, ma che sul piano sostanziale/causale si spiega proprio in considerazione dell'estrazione proprietaria del potere acquisito dal creditore mediante una vicenda "in senso ampio traslativa" della fonte di liquidità preposta alla sua soddisfazione, scelta dalle parti quale necessario meccanismo di temperamento tra l'esigenza di garanzia del creditore e il fine della continuità aziendale del debitore, oggi sempre più assunto a principio cardine della disciplina della crisi di impresa.

Probabilmente l'unico scarto realmente meritevole di essere valorizzato tra le operazioni di credito autoliquidanti e le figure della vendita con riserva della proprietà, del patto marciano e del trasferimento di bene sospensivamente condizionato all'adempimento, consiste nella espressa previsione in queste ultime discipline di apposite forme pubblicitarie del patto tra creditore e debitore, a tutela del possibile affidamento dei restanti creditori sulla "appartenenza" di quella fonte di liquidità al patrimonio del debitore. Sennonché, sotto questo profilo, torna a rilevare la maggiore affinità dell'operazione di credito autoliquidante con la cessione del credito, la quale è pacificamente opponibile ai terzi in base alla data di notificazione o accettazione del debitore ceduto: se, dunque, all'antiorità del mandato

CUOMO, *Il controllo societario da credito*, Milano, 2013, p. 1 ss.; L. PICARDI, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013, p. 1 ss.; Con riferimento ai *covenant* limitativi della libertà di compiere atti e operazioni, la dottrina utilizza anche l'espressione «garanzie negative»: v. A. DAVOLA, *Le garanzie negative dell'obbligazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 1089 ss.

³⁹ Utilizza l'argomento della continuità aziendale, C. FRIGENI, *Linee di credito "autoliquidanti" e (pre)concordato preventivo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 545 ss.

all'incasso corrisponde anche quella del patto di compensazione (nella prassi contestuale all'operazione di finanziamento)⁴⁰ non possono residuare dubbi sulla opponibilità della compensazione operata dalla banca tra gli anticipi erogati prima del concordato e gli incassi successivi.

In ultima battuta, e sempre nel segno di una visione sistematica della questione, si ritiene meritevole di menzione il nuovo art. 100, comma 2, C.C.I.I. La norma, «del tutto nuova (e sorprendente)»⁴¹, ammette che in funzione della continuità aziendale il debitore possa essere autorizzato dal tribunale al rimborso, alla scadenza convenuta⁴², delle rate del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, purché un professionista indipendente attesti che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori. Ora, non può non notarsi la forte affinità funzionale tra la fattispecie disciplinata dalla norma e le linee di credito autoliquidanti, per via della eguale destinazione di specifiche fonti di liquidità dell'impresa al rimborso di un prestito: in entrambi i casi la funzione di garanzia è svolta da beni strumentali (tali sono di fatto anche gli effetti offerti in garanzia dell'anticipazione bancaria), e in entrambi si consente che il debito venga adempiuto, fuori dalle regole del concorso, attraverso l'impiego di valori esattamente corrispondenti a quelli rappresentati dal bene vincolato in garanzia.

⁴⁰ In dottrina si sottolinea opportunamente la non ovvietà del riscontro oggettivo da parte dell'interprete della esistenza della clausola di compensazione, dovendo emergere dal contratto l'espressa volontà delle parti di compensare le reciproche pretese, e non potendosi ritenere sufficiente a tal fine «una mera riproposizione dell'art. 1853 c.c.» o la «classica clausola di compensazione sovente riportata nelle condizioni generali di contratto». In questi termini, B. BROICH, *Le sorti degli incassi derivanti da contratti di anticipazione bancaria assistiti da mandato all'incasso in rem propriam e pactum de compensando*, in *dirittobancario.it*, approfondimento novembre 2018, p. 3.

⁴¹ P.F. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti nel passaggio dalla legge fallimentare al C.C.I.I.*, in *Fall.*, 2019, p. 873.

⁴² In deroga, quindi, alla regola dell'art. 154, comma 2 (ex art. 55, comma 2, l.f.) che dispone l'automatica scadenza dei crediti pecuniari alla data di dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale.

Ne viene fuori un sistema di bilanciamento degli interessi alla conservazione dell'attività aziendale, alla tutela del credito e dell'autonomia negoziale nel quale difficilmente può ancora ammettersi di aderire a visioni estremiste dell'uno o dell'altro interesse, nessuno in grado di essere declinato in termini assoluti e a prescindere dalla valutazione del caso concreto⁴³. Nell'ottica del bilanciamento, difendere anche in sede concorsuale la programmazione negoziale dell'operazione di finanziamento voluta dalle parti non significa allora negare tutela alla *par condicio creditorum*, bensì riservarle lo strumento più idoneo dell'azione revocatoria fallimentare ove ne ricorrano i presupposti. Da tempo, infatti, la giurisprudenza ha chiarito che la lesione della *par condicio* non comporta violazione di norma imperativa, legittimando al più l'esperimento dell'azione pauliana⁴⁴. Il principio, applicato al mandato irrevocabile all'incasso con connesso patto di compensazione, consente l'autonoma impugnazione dei singoli incassi della banca⁴⁵, salvo valorizzare anche in questa sede – come parrebbe più coerente – l'inscindibile unitarietà dell'operazione di garanzia e, quindi, il suo unitario effetto della legittimazione di tipo dominicale del creditore, così ammettendo la revocatoria del mandato con compensazione per via del suo effetto “in senso lato” traslativo del credito⁴⁶.

⁴³ Sulla rilevanza del concreto assetto di interessi ai fini della individuazione della disciplina applicabile, v. concreto: P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto”*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 4 ss.

⁴⁴ Principio sancito a partire da Cass., sez. un., 25 ottobre 1993, n. 10603, in *Cassazioneonline.it*; più di recente Cass., 4 ottobre 2010, n. 20576, in *Guida dir.*, 2010, p. 79; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23158, in banca dati *DeJure.it*. Per una più ampia trattazione in dottrina, v. F. DI MARZIO, *Frode alla legge nei contratti*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 603; V. VELLUZZI, *Il contratto in frode al terzo: individuazione della fattispecie e rapporti con la frode alla legge*, in *Rass. dir. civ.*, p. 183 ss.

⁴⁵ Cass. civ., 5 marzo 2019, n. 6382, in *Guida dir.*, 2019, p. 57; Cass. civ., 6 settembre 2018, n. 21694, in banca dati *DeJure.it*; Cass. civ., 27 aprile 2011, n. 9387, cit.; Cass. civ., 5 aprile 2005, n. 7074, in *Giust. civ.* 2005, p. 1466; Cass. civ., 30 gennaio 2003, n. 1391, in *Fall.*, 2003, p. 1187.

⁴⁶ Trib. Bergamo, 19 novembre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 240.

Sui presupposti della revocatoria ordinaria della scissione: la prima pronuncia della Cassazione

SOMMARIO: 1. Fatti di causa. – 2. Il principio di diritto affermato dalla sentenza e la sua effettiva rilevanza nomofilattica. – 3. Sui presupposti normativi dell'azione revocatoria avente per oggetto la scissione societaria. – 3.1. ...(*Segue*): in particolare sull'atto di disposizione e sul rapporto con la cessione d'azienda. – 3.2. ...(*Segue*): e sul pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore.

1. Fatti di causa

In data 27 febbraio 2009 la società “Lamda Informatica s.r.l.” – pagati integralmente i canoni per il godimento di un immobile di cui era l'utilizzatrice nel contesto di un rapporto *leasing* traslativo, ma senza avere ancora esercitato il diritto di riscatto – conferiva la propria azienda, di cui il riferito immobile costituiva il cespite di maggior valore (euro 750.000), nella società “Blue Tech s.r.l.” (costituita pochi mesi prima, il 26 novembre del 2008), ottenendone in corrispettivo una quota pari al 90% del capitale della società conferitaria.

La “Blue Tech s.r.l.”, dopo aver esercitato il diritto potestativo di riscatto sull'immobile aziendale conferitole, con atto di scissione parziale del 4 febbraio 2010 assegnava alla neocostituita “Cielle R.E. s.r.l.” una quota del proprio patrimonio in cui era ricompreso il suddetto bene.

L'Agenzia delle Entrate, creditrice di Lamda Informatica per un importo superiore a 5 milioni di euro sulla base di accertamenti definitivi, conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Bologna le tre società chiedendo, sia rispetto al conferimento, sia rispetto alla scissione: l'accertamento della simulazione assoluta degli atti; in subordine, la dichiarazione di inefficacia degli atti ai sensi degli artt. 2901 ss. c.c.; in subordine ulteriore, la condanna di Lamda Informatica al risarcimento del danno.

Il Tribunale di Bologna accoglieva le domande di revocatoria, con conseguente inefficacia nei confronti di Equitalia del negozio di conferimento e dell'atto di scissione.

La Corte d'Appello di Bologna, confermando integralmente la sentenza di primo grado, rigettava l'appello della “Cielle R.E. s.r.l.”, che ricorreva in Cassazione.

2. Il principio di diritto affermato dalla sentenza e la sua effettiva rilevanza nomofilattica

2.1. In ordine alla nota frattura, apertasi nella giurisprudenza di merito¹, sul tema dell'ammissibilità dell'azione revocatoria rispetto alla scissione societaria, la sentenza qui in commento (Cass., 4 dicembre 2019, n. 31654 – Est. SCOTTI)² offre una condivisibile, ancorché piuttosto parziale, prima risposta.

Il principio di diritto espresso da questa, non poco attesa, pronuncia di Cassazione è quello per cui la revocatoria non è di per sé incompatibile con l'operazione straordinaria di scissione.

Sono questi di séguito riportati i principali snodi della motivazione – sinteticamente svolti dalla decisione in commento, come pure non del tutto nuovi – sui quali viene costruita l'ammissibilità della *pauliana*:

a) sul coordinamento col principio di c.d. «irregredibilità» degli effetti (*i.e.* l'efficacia “sanante” dell'iscrizione *ex art. 2504-quater c.c.*, richiamato dall'*art. 2506-ter, ult. comma c.c.*), «la regola in questione – afferma il Collegio – mira ad evitare la demolizione dell'operazione

¹ Il numero di sentenze (tutte di merito, essendo quella in commento la prima di legittimità) è ormai piuttosto cospicuo, si riportano qui pertanto solo alcuni fra i riferimenti più recenti: a favore dell'ammissibilità cfr. Trib. Roma 12 giugno 2018, in *Foro It.*, 2018, I, 3291 ss. e con commento di V. SANGIOVANNI, *La revocabilità della scissione fra diritto societario e fallimentare*, in *Giur. It.*, 2019, 1583 ss.; Trib. Bergamo 28 febbraio 2018, n. 513, in *Leggi d'Italia*; Trib. Benevento 12 ottobre 2017, con nota di A. BELLO, *Revocatoria dell'atto di scissione: una questione aperta*, in *Giur. Comm.*, 2019, II, 392 ss.; Trib. Pescara 4 maggio 2017, con nota critica di M. MALTONI – M.S. SPOLIDORO, *Revocatoria della scissione e direttiva europea*, in *Società*, 2017, 1082 ss.; Trib. Venezia 5 febbraio 2016, con nota di S. CASSANI, *Scissione e azione revocatoria*, in *Società*, 2017, 71 ss.; in senso contrario cfr. App. Roma 27 marzo 2019, n. 2043, in www.ilcaso.it; Trib. Napoli 26 novembre 2018, con nota di F. FIMMANÒ, *Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio*, in *Società*, 2019, 469 ss.; App. Catania 19 settembre 2017, in *Fall.*, 2018, 902 ss.; Trib. Bologna 1° aprile 2016, con nota di T. MARENA, *Sull'assoggettabilità della scissione all'azione revocatoria*, in *Notariato*, 2016, 604 ss.; Trib. Bologna 24 marzo 2016, con nota di A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *(In)compatibilità fra scissioni e azioni revocatorie*, in *Riv. Not.*, 2016, II, 547 ss.

² Il cui testo è reperibile nella sezione dedicata alla giurisprudenza di www.dirittobancario.it.

di [scissione]³ e la reviviscenza delle società originarie, ma *appare pienamente compatibile con la natura e gli effetti dell'azione revocatoria* [...], che agisce sul registro della mera inopponibilità dell'atto al creditore pregiudicato» (enfasi aggiunta) (3.4);

b) sul rapporto, di alternatività ovvero di complementarità fra diritto di opposizione e azione revocatoria, «non può ritenersi che l'opposizione sia un rimedio sostitutivo e necessario e non solo aggiuntivo rispetto all'esperimento dell'azione revocatoria, di cui sussistano i presupposti» (3.4);

c) per ciò che concerne l'*eventus damni*, «gli atti dispositivi del debitore devono solamente determinare una menomazione del patrimonio del disponente, così da pregiudicare la facoltà del creditore di soddisfarsi sul medesimo, senza la necessità del ricorrere di un ulteriore requisito, ossia l'impossibilità o difficoltà del creditore di conseguire *aliunde* la prestazione, avvalendosi di rapporti con soggetti diversi». Tanto posto, è allora «irrilevante l'eventuale responsabilità solidale delle società risultanti dalla scissione per eliminare il pregiudizio negativo ingenerato dall'uscita del cespite dal patrimonio di Lamda Informatica⁴ e della conseguente maggior difficoltà nella realizzazione del credito» (4.3).

2.2. L'importanza dei passaggi appena riferiti non dev'essere affatto sottovalutata. E questo non soltanto perché, per la prima volta, la Cassazione – peraltro, come meglio si dirà, nonostante i motivi di ricorso relativi alla revocatoria della scissione fossero inammissibili – si è espressa in senso affermativo sulla questione, venendo così a orientare un contrasto interpretativo ormai divenuto piuttosto acceso; ma pure per il fatto che la fattispecie concreta è talmente plateale nella propria inclinazione fraudolenta da non lasciare alcuno spazio, come emerge dall'argomentare filato della Corte, a possibili dubbi circa la fruibilità di una soluzione diversa – cioè di preclusione rispetto al rimedio – per il problema che qui interessa. Il che chiarisce, per ciò solo, che gli orientamenti volti a negare – incondizionatamente e quindi

³ L'estensore incorre qui in realtà in un *lapsus calami*, giacché nel testo (almeno in quello pubblicato) non si discorre di «scissione», ma di «trasformazione».

⁴ In realtà la società scissa è “Blue Tech s.r.l.”.

in astratto – la percorribilità della revocatoria non possano risultare appaganti.

Nel valutare l'effettiva portata nomofilattica della sentenza occorre però tenere pure presenti i necessari limiti della fattispecie concreta su cui la Cassazione si è pronunciata: in primo luogo la qualità soggettiva del creditore revocante e, conseguentemente, quella del credito da questo vantato, dal che ne è dipesa l'applicazione (anche) della disciplina tributaria speciale e di maggior favore per il creditore pubblico⁵.

In questa stessa ottica rileva, ancora, la – fin troppo manifesta – assenza di ragioni organizzative a sostegno dell'operazione di scissione oggetto del caso deciso dalla Suprema Corte (circostanza ben evidenziata dal fatto che oggetto di assegnazione sia l'unico immobile aziendale); il che potrebbe pure condurre a ipotizzare che, forse, il risultato raggiunto dalla Cassazione non sarebbe stato il medesimo se la scissione avesse avuto una reale consistenza dal punto di vista operativo⁶.

Inoltre la Corte, non diversamente dagli altri precedenti di merito, non si preoccupa in alcun modo del descrivere il funzionamento della revocatoria e il suo conseguente impatto sul sistema complesso e plurale di interessi creditori coinvolti nella scissione; ma, ancora una volta, l'aspetto dipende dalla specificità del caso concreto, dove ad essere realmente coinvolto nella vicenda è soltanto un unico creditore.

⁵ Nei casi di scissione parziale, per i debiti fiscali della scissa relativi a periodi d'imposta anteriori rispetto alla data in cui la scissione inizia a produrre i propri effetti rispondono, per il principio di unitarietà dell'imposta, *solidalmente e illimitatamente* (e non quindi «nei limiti del valore effettivo del patrimonio assegnato o rimasto» *ex* art. 2506-*quater* ult. comma c.c.) tutte le società partecipanti (art. 15, comma 2 d.lgs. n. 472/1997 e art. 173, comma 12 D.P.R. n. 917/1986), «stante l'esigenza di maggior tutela riconosciuta all'amministrazione finanziaria per l'adempimento delle obbligazioni tributarie» (4.2.). Ma è anche vero che, secondo l'argomentare della Corte, quest'aspetto non paia di per sé dirimente, come si desume dal fatto che l'inapplicabilità per ragioni temporali dello *ius superveniens* speciale relativo al conferimento d'azienda non ha condotto ad un risultato diverso dalla revocabilità.

⁶ Con il che non intendo affermare che la revocatoria, a mio avviso, dovrebbe essere ritenuta compatibile soltanto rispetto alle scissioni che siano prive di ragioni organizzative, ma soltanto che nello specifico caso quest'aspetto potrebbe aver orientato la decisione della Corte.

Che il principale momento problematico aderente alla questione sia proprio quello operativo, è ormai reso evidente dai più recenti contributi pubblicati sul tema, i quali argomentano l'inammissibilità della revocatoria proprio dalla sua prospettiva effettuale: e cioè, o nel senso dell'incongruenza degli effetti prodotti dall'accoglimento della revocatoria, o – secondo altre opinioni – nel senso dell'inutilità dell'azione alla luce della tutela già apprestata dalla disciplina della scissione (in particolare, dalla regola di responsabilità solidale della beneficiaria nei limiti del patrimonio netto assegnato)⁷.

Tanto rilevato, è allora ragionevole assumere alla luce di questa sentenza che – non può toccare e quindi va a schiudere il problema delle concrete modalità e condizioni di operatività del rimedio, come pure dei relativi limiti – questa sia la direzione verso cui muoverà il dibattito successivo.

Ad alimentare possibili riserve circa la futura capacità orientativa di questo precedente, va da ultimo rammentato che sulla portata del principio dell'efficacia cd. "sanante" dell'iscrizione nel registro delle imprese – e, quindi, sull'attitudine dello stesso a comprendere solo la categoria dell'invalidità, ovvero anche quella dell'inefficacia – pende un rinvio pregiudiziale della Corte d'Appello di Napoli della primavera 2018, rispetto a cui la pronuncia della Corte di Giustizia è attesa ormai con imminenza⁸.

⁷ Cfr. A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, in *Riv. Soc.*, 2019, spec. 704 ss., in cui l'A. richiama l'inefficienza del possibile accoglimento della revocatoria ordinaria, che andrebbe ad esclusivo vantaggio del revocante con conseguente disparità di trattamento ingiustificata rispetto agli altri creditori coinvolti; F. FIMMANÒ, *La irrevocabilità della scissione*, in *www.ilcaso.it*, 7 ss., ove l'A. sottolinea l'inammissibilità del rimedio in ragione della selettività dell'inefficacia (cioè solo nei confronti dell'attivo) che si realizzerebbe sulla quota di patrimonio assegnata; A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, spec. 240 ss. e 244 ss., per cui il risultato massimo cui può tendere la revocatoria sarebbe già garantito dalla responsabilità delle beneficiarie; in termini più aperti, C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 111 ss., che, dopo aver colto per primo il problema, prospetta una possibile estensione della responsabilità delle beneficiarie *ex art. 2504-bis*, 2 comma c.c. (e non quindi *2506-quater*, ult. comma c.c.).

⁸ App. Napoli 20 marzo 2018, in *Foro It.*, 2018, I, 1754 ss.; con nota di P. POTOTSCHNIG, *La revocabilità della scissione all'esame della Corte di Giustizia Europea*, in *Società*, 2018, 1411 ss.; con nota di F. FIMMANÒ, *La Corte di Giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie*, in *Giur. Comm.*, 2019,

Ma dell'insieme di questi aspetti (o per lo meno di alcuni), così come del fatto che la dottrina sia orientata prevalentemente nel senso dell'inammissibilità della revocatoria della scissione⁹, la Cassazione pare ben al corrente. Ché – e si tratta di un aspetto da rimarcare nuovamente –, su tutti i motivi di ricorso attinenti all'atto di scissione, la Corte decide di esprimersi pur avendone in precedenza dichiarata l'inammissibilità. Per dare quindi pieno corpo a quell'esigenza di nomofilachia che era, in ordine a questo tema, così intensamente avvertita¹⁰, seppure con i limiti già evidenziati *supra*.

Conviene, allora, in questa sede, brevemente indugiare sul distillato della pronuncia, con cui è sciolto espressamente un nodo rimarchevole: l'essere la *pauliana* tecnicamente compatibile con la scissione.

II, 154 ss.; con nota di M. SARALE, *Scissione e azione revocatoria: richiesto l'intervento della Corte di Giustizia*, in *Giur. It.*, 2019, 113 ss.; con cui si è chiesto alla Corte di Giustizia di interpretare gli artt. 12 e 19 della Direttiva n. 82/1981 CEE (oggi sostituiti rispettivamente dagli artt. 146 e 153 della Direttiva n. 2017/1132 UE) relativi il primo alla predisposizione di un «adeguato sistema di tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti» e il secondo definizione dei limiti del «regime di nullità della scissione». Segnatamente si è chiesto alla Corte di Giustizia di affermare se la nullità di cui all'art. 19 (ora 153) sia riferibile soltanto alle operazioni che possono incidere sulla validità dell'operazione o, invece, ricomprenda anche le azioni dirette a far valere la semplice inefficacia relativa o l'inopponibilità e se, quindi, sia possibile, dopo che sia stata decisa e attuata una scissione di società di capitali senza che i creditori abbiano proposto opposizione, esperire, da parte degli stessi, l'azione revocatoria ordinaria allo scopo di far dichiarare l'inefficacia (ma non la nullità o l'invalidità) dell'operazione e, per effetto di tale dichiarazione, agire esecutivamente sul patrimonio assegnato alla beneficiaria con la scissione.

⁹ In senso contrario, oltre agli autori in nt. 7, v. anche, tra gli altri, N. GASPERONI, voce «*Trasformazione e fusione delle società*», in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1060; D. DAVIGO, *Brevi spunti su alcune questioni relative alla ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare dell'atto di scissione societaria*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, spec. 260 ss.; G. PALMIERI, *op. cit.*, 240, nt. 95; F. MAGLIULO, *La scissione della società*, Torino, 2012, 579 ss.; ID. *L'inammissibilità dell'esercizio dell'azione revocatoria nei confronti della scissione di società*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2014, 9 ss.; G. MUCCIARONE, *L'opposizione alla fusione di società*, Milano, 2014, 216 ss. (almeno nei confronti dei creditori già «protetti dall'opposizione»). In senso favorevole, invece A. SERRA, *Le scissioni*, in *Fusioni e Scissioni di società* (A. Serra-M.S. Spolidoro), Torino, 1994, 230; A. GENOVESE, *L'invalidità della fusione*, Torino, 1997, 212, nt. 243; S. CACCHI PESSANI, *La tutela dei creditori nelle operazioni di merger-leveraged buy-out*; Milano, 2007, 186 ss.; S. F. MARZO, *La controversa revocabilità della scissione societaria*, in *Dir. Fall.*, 2016, 1131 ss.

¹⁰ Cfr. 3.3. e 3.4.

Compatibilità che è data dalla possibile ricorrenza di tutti i presupposti della prima: l'«atto di disposizione del patrimonio»; il «pregiudizio alle sue ragioni» per il creditore; l'elemento soggettivo (art. 2901 c.c.).

3. Sui presupposti normativi dell'azione revocatoria avente per oggetto la scissione societaria

La decisione in epigrafe ruota tutta attorno al perno della «sussistenza di un pregiudizio» per il creditore della scissa (: *eventus damni*), che non viene meno per il solo effetto della responsabilità “solidale” della beneficiaria *ex art. 2506-quater c.c.* (v. *supra* 2.1, *sub c*). Prima di potersi concentrare sul riferito aspetto, la Corte deve, però, superare le obiezioni con cui è stata posta in discussione dal ricorrente la compatibilità fra la revocatoria e la scissione.

A questo primo riguardo, non viene, invero, data risposta frontale all'affermazione della società ricorrente per cui «la scissione non ha determinato l'allontanamento dell'immobile [...] e neppure ha determinato un trasferimento [...], trattandosi di vicenda evolutivo-modificativa soggettiva, senza vicenda circolatoria» (4.1.). L'atteggiamento della Cassazione – che dà in qualche modo per scontato di trovarsi di fronte ad un «atto di disposizione» – può essere compreso agevolmente. Ormai da tempo era chiarito che l'eventuale negazione della *pauliana* non potesse dipendere dalla particolare natura giuridica dell'atto revocando¹¹: di fatti, l'adesione ad una qualsiasi delle tesi sostenute nel noto dibattito tripartito¹² non elimina il dato pregnante

¹¹ Sull'inutilità metodologica dell'adesione incondizionata ad una ricostruzione precisa sulla natura della scissione v. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 7**2, Torino, 2004, 124 ss.; con specifico riferimento al tema in esame, basti segnalare che tutti i contributi ormai convergono sull'inutilità dell'argomento della natura giuridica per risolvere la questione, da ultimo cfr. P. POTOTSCHNIG, *Il persistente contrasto interpretativo sull'ammissibilità dell'azione revocatoria della scissione societaria*, in *Fall.*, 2018, 907 ss.

¹² In sintesi estrema è noto che una prima teoria (prevalente) attribuisca alla scissione natura di mera evoluzione statutaria, cfr. *ex multis*: P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. Comm.*, 1991, I, 1065 ss.; F. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. soc.*, 1992, II, 954 ss.; A. SERRA-M. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 204.; P. LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999, 80 ss.; ID. *Scissione e circolazione d'azienda*, in *Liber Amicorum Campobasso*, 4, Torino, 2007, 441 ss.; la seconda tesi, valorizzando l'effetto di disgregazione patrimoniale, ritiene

che una circolazione (di patrimonio e non di singoli beni) sempre si verifica; e che questa, al di là della qualificazione che le si voglia attribuire, rientra nella dizione di atto dispositivo dell'art. 2901 c.c., intesa tradizionalmente in senso aperto¹³.

Non si tratta di sopravvalutare l'effetto «patrimoniale», ma semplicemente di constatarne la ricorrenza. In effetti, la tesi avversa è solita imputare un errore prospettico a quest'ultima considerazione, per cui l'esaltazione dell'aspetto patrimoniale condurrebbe all'irrilevanza di quello organizzativo dell'operazione. È tuttavia agevole replicare che nello stesso difetto si incorrerebbe a svalutare il primo a tutto vantaggio del secondo, che non necessariamente viene demolito per l'operare della revocatoria. In fin dei conti la revocatoria è uno strumento di reazione nei confronti degli atti di disposizione del «patrimonio»; e nella scissione, unitaria ma bifronte, questo effetto, quand'anche strumentale, comunque viene sempre a concretizzarsi. La causa riorganizzativa non può assorbire ogni altro profilo.

Esplicito poi, ma davvero stringato, è il passaggio (v. *supra*, 2.1. a) più complesso, sull'aspetto più fortemente discusso (almeno) in giurisprudenza: invalidità e inefficacia riposano su piani diversi, la

la scissione abbia natura traslativa, *ex multis*: G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il nuovo d. lgs. n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 501 ss.; A. PICCIAU, *La scissione come negozio produttivo di effetti traslativi e la fattispecie del trasferimento d'azienda: appunti in margine a recenti interventi della dottrina*, in *Riv. Soc.*, 1995, 1189 ss.; ID., sub art. 2506, in *Comm. alla riforma delle società diretto da Marcehetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2006, 1026 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. Civ.*, 2007, I, 2511 ss.; infine una terza tesi inquadra l'operazione come ipotesi circolatoria *sui generis*, cfr. almeno: G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione d'azienda*, Torino, 1999, 124 ss.; G.B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. Soc.*, 2000, 480 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società 2*, Torino, 2009, 7 ed., 664. Con riferimento agli orientamenti della giurisprudenza può, in questa sede, essere sufficiente rinviare alla relativamente recente nota di riepilogo di a cura di A. BUSANI e F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la scissione*, in *Società*, 2017, 1408 ss.

¹³ V. già R. NICOLÒ, sub artt. 2901-2904, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1953, spec. 190 e 219 ss.; F. REALMONTE - L. MENGONI, voce «Disposizione (atto di)», in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 192, nt. 12.; G. LAZZARO, *Atti di disposizione della garanzia generica e concorso tra risoluzione ed azione revocatoria*, in *Giust. Civ.*, 1970, I, 1045 ss.; S. D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in *Tratt. Rescigno*, 20, II, Torino, 1985, 152.

seconda presuppone (e non nega) la prima, sicché il principio di irreversibilità degli effetti «appare pienamente compatibile con la natura e gli effetti dell'azione revocatoria, strumento di conservazione della garanzia patrimoniale, che agisce sul registro della mera inopponibilità dell'atto al creditore pregiudicato» (3.4.).

La questione, che avrebbe meritato maggiore spazio, è molto delicata. Perché impatta direttamente i profili di diritto comunitario già accennati e investe, sul piano sistematico, con specifico riferimento al versante rimediale, il tema del rapporto fra tutele e principi ordinanti del Libro V da un lato e disciplina civilistica generale (Libri IV e VI) dall'altro (sul piano del riscontro disciplinare cfr. artt. 2332, 2377, 2384, 2 comma, 2500-*bis* c.c.)¹⁴. Rapporto che viene quindi (sott)inteso dalla Corte nel senso della non necessaria autonomia – per dire meglio, della non “chiusura in sé stesso” – del primo rispetto al secondo. E non si vede perché, quando possibile per «diritto vivente», si voglia negare una ben prospettabile (e già prospettata) «continuità sistematica o comunque accostabilità di disciplina»¹⁵.

3.1. ...(Segue): *in particolare sull'atto di disposizione e sul rapporto con la cessione d'azienda*

Al di là dei limiti intrinseci di cui si è dato conto, la fattispecie concreta esaminata – per la sua, oggettivamente artata, concatenazione fra il conferimento d'azienda e la poco successiva scissione, strumentali entrambe alla distrazione del bene dal patrimonio dell'impresa debitrice – costituisce un punto di osservazione privilegiato per sviluppare

¹⁴ Per cui non è detto che la prefigurazione di una totale autonomia dei rimedi del primo rispetto al secondo costituisca una scelta efficiente dal punto di vista del bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti (l'approssimazione nell'approccio è purtroppo obbligata in questa sede, ma almeno cfr. A. A. DOLMETTA, *I rimedi per la violazione delle norme imperative nel diritto societario prima del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Un frammento di storia delle idee*, in *Vita Not.*, 2003, 99 ss.; G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Le grandi opzioni della Riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, 17 ss.; precipuamente sul tema delle operazioni straordinarie, P. LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, *Riv. Soc.*, 2004, 1343 ss.

¹⁵ Cfr. A. A. DOLMETTA, *Sulle conseguenze civilistiche dell'acquisto di azioni proprie compiuto in violazione dei divieti di legge*, in *Riv. Soc.*, 1996, I, 357, a cui va attribuito il virgolettato del testo.

ulteriori considerazioni circa la compatibilità tecnica della revocatoria con l'operazione straordinaria di scissione e sull'eterogenesi dei fini cui quest'ultima concretamente può venire a prestarsi.

Con riferimento al primo aspetto, non è un caso che l'impianto strutturale della sentenza si snodi in due blocchi argomentativi, fra loro quasi simmetrici, in cui – prima per il conferimento d'azienda, poi per la scissione – viene rispettivamente riscontrata la sussistenza dei presupposti normativi della revocatoria. Da questo angolo visuale balza agli occhi, cioè, che per il giudice i due negozi, per il fine cui vengono piegati, siano in buona sostanza equivalenti (: meglio, accostabili); che entrambi, infatti, realizzano in questo caso sul piano degli effetti un risultato molto simile.

Certo, questo non deve comportare la sovrapposizione incondizionata di due fattispecie senz'altro diverse – l'una (la cessione d'azienda) propriamente traslativa e l'altra (la scissione) di natura precipuamente organizzativa –, ma aiuta a comprendere come circolazioni unitarie di elementi attivi e passivi, quando attuate «in frode», non determinino, per ciò solo, l'incompatibilità con la revocatoria. Il formante giurisprudenziale, in fondo, non ha mai avuto dubbi nel ritenere ammissibile l'esperimento della revocatoria nei confronti dei trasferimenti d'azienda, ancorché pure in quel caso una circolazione di rapporti passivi con responsabilità del cedente (art. 2560, 2 c.c., ormai sempre più valorizzato nella sua «funzione protettiva»¹⁶) comunque si verifichi¹⁷ ed è intuitivo che, in molti casi,

¹⁶ A questo proposito cfr. la recentissima Cass., ord. 10 dicembre 2019, n. 32134, reperibile in www.dirittobancario.it, in cui si afferma che: «in tema di cessione d'azienda, il principio di solidarietà fra cedente e cessionario [...] deve essere applicato tenendo conto delle “finalità di protezione” della disposizione, finalità che consente all'interprete di far prevalere il principio generale della responsabilità solidale del cessionario ove venga riscontrato, da una parte, un utilizzo della norma volto a perseguire fini diversi da quelli per i quali essa è stata introdotta, e, dall'altra, un quadro probatorio che, ricondotto alle regole generali fondate anche sul valore delle presunzioni, consenta di fornire una tutela effettiva del creditore che deve essere salvaguardato».

¹⁷ E questo indipendentemente dalla natura giuridica che si voglia attribuire all'azienda: per le tesi cd. “unitarie”, incentrate sui singoli «beni» che formano il complesso aziendale e sono funzionalmente organizzati all'esercizio dell'attività, basti qui il rinvio a G. FERRARI, voce «Azienda (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 706; G. COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, 10; per quelle che accostano l'azienda

pur coperta dal velo della «ristrutturazione», la scissione conduca al medesimo risultato. È certo che nel caso dell'operazione scissoria la vicenda sia ben più complicata per la creazione (o il coinvolgimento) di un nuovo soggetto la cui neo-costituzione è senz'altro irreversibile, e per le conseguenti esigenze di protezione dell'affidamento del sistema produttivo che lo circonda¹⁸; per l'unitarietà, pure in ottica funzionale, della quota patrimoniale assegnata¹⁹; per la distribuzione di partecipazioni fra le società coinvolte nell'operazione; per l'ampiezza della platea di creditori coinvolti.

Ma non è affatto scontato che tali considerazioni conducano necessariamente a precludere *di per sé*²⁰ l'azione revocatoria. Dalla indubbia particolarità della scissione rispetto ad altre fattispecie circolatorie non può discendere una totale estraneità alla disciplina ordinaria²¹. Diversamente, l'apertura verso le operazioni straordinarie rischierebbe di trasformarsi in una scoperta legittimazione del loro abuso.

Di importanza centrale nell'economia della pronuncia è poi il secondo aspetto, relativo a (quella che parrebbe la) concreta finalità perseguita con la scissione. Come è naturale, la sentenza utilizza, rispetto al caso in esame, un approccio di taglio pragmatico. La scelta è facilmente comprensibile, se è vero che una diversa soluzione del caso prospettato si sarebbe collocata in quel filone di «sentenze dal sapore

all'universitas cfr. F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1948, 81 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 88.

¹⁸ Che comunque questo aspetto non sia dirimente è già stato dimostrato dalla revocabilità del conferimento, su cui, per tanti, si può rinviare a F. MARTORANO, *La revocatoria dei conferimenti in società di capitali*, Milano, 2000, 70 ss., spec. 80 ss.

¹⁹ F. FIMMANÒ, *La irrevocabilità della scissione societaria*, cit., 4 ss.

²⁰ Si è già segnalato in apertura (sub 2) che, in effetti, le reali difficoltà risiedono non tanto nell'ammissibilità astratta del rimedio, quanto nel suo concreto funzionamento. Al tema non può, per ovvie ragioni, essere dedicato adeguato approfondimento in questa sede, ma basti solo sottolineare che non è improbabile ragionare su una speciale conformazione della revocatoria nel contesto della scissione, come infatti già si è prospettato in dottrina all'entrata in vigore della Riforma Vietti (v. *infra* nt. 32)

²¹ Per una impostazione metodologica per cui l'esclusione delle regole di diritto comune dovrebbe essere valutata a seconda delle esigenze concrete del singolo caso, cfr. M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 2013, 1 ss.

amaro»²² in cui operazioni prive di reali finalità riorganizzative (e tese esclusivamente alla sottrazione di elementi attivi dal patrimonio della scissa) sono state dichiarate impermeabili alla *pauliana*, con una sorta di rassegnazione per quel risultato.

Nella valutazione comparativa di interessi è naturale che a prevalere sia l'interesse del creditore frodato rispetto a quello sociale a realizzare un'operazione che non è sorretta da alcuna giustificazione organizzativa. Lo sfondo in cui si colloca l'azione revocatoria ordinaria, del resto, si caratterizza per una scelta legislativa piuttosto netta di prevalenza dell'interesse del creditore revocante nei limiti di quanto occorra per reintegrare il pregiudizio da questi subito²³. E assegnare una sorta di immunità totale alla scissione contrasterebbe col principio ordinante dettato in tema di revocatoria.

3.2. ...(*Segue*): e sul pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore

La scelta della Corte, di ritenere possibile la revocatoria della scissione, è legata a doppio filo alla constatazione – che emerge molto chiaramente nell'impianto argomentativo del provvedimento²⁴ – per cui le tutele dettate dal microsistema della scissione non possono assorbire tutte le esigenze protette dall'azione revocatoria, e non sono quindi sufficienti a sterilizzare l'*eventus damni* per il creditore.

Quest'ultima considerazione è da stimarsi senz'altro condivisibile. In effetti, sarebbe proprio difficile comprendere come l'*actio pauliana* possa essere surrogata – o, per meglio dire, assorbita – dall'opposizione²⁵. A sostegno dell'assunto dell'infungibilità dei due

²² L'espressione è di P. POTOTSCHNIG, *Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperto per la tutela dei creditori?*, in *Fall.*, 2017, 59, a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

²³ F. D'ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1972, 98 ss., spec. 101.

²⁴ «In difetto di adeguamento fondamento normativo – da escludersi alla luce del riferimento alla categoria dell'invalidità e non a quelle dell'inefficacia o dell'inopponibilità – non può quindi ritenersi che l'opposizione che compete ai creditori sia un rimedio sostitutivo e necessario e non solo aggiuntivo rispetto all'esperimento della revocatoria ordinaria, di cui sussistano i presupposti» (3.4.).

²⁵ V. Già G. B. PORTALE, *I bilanci straordinari della società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1978, I, «Le opposizioni ex artt. 2445 e 2503, a ben guardare, sono rimedi attribuiti al

rimedi, infatti, sono già stati spesi più argomenti: la brevità del termine di opposizione, peraltro aggravato dalla potenziale incapacità informativa del progetto²⁶; la diversa possibile articolazione formale del procedimento, in cui lo *spatium deliberandi* per i creditori potrebbe essere molto ridotto per effetto delle rinunzie unanimi dei soci (sia sotto il profilo temporale nel caso in cui la rinuncia abbia ad oggetto i termini, sia in termini “qualitativi” per la rinuncia alle relazioni degli esperti e/o degli amministratori)²⁷; comunque, il diverso modo di funzionamento degli strumenti, anche al di là della possibile identità di *ratio*²⁸; la diversa legittimazione attiva posta alla base dell’una e dell’altra²⁹; il diverso momento operativo, *ex post* o *ex ante*, dei due istituti.

L’assetto argomentativo della Corte, incentrato sul pregiudizio arrecato al creditore per effetto della scissione, non muta quando poi si passa a considerare la responsabilità prevista dall’art. 2506-*quater* c.c.

In questa prospettiva la sentenza ha, infatti, gioco facile nel collocarsi all’interno di un tracciato giurisprudenziale ormai ben definito in tema di revocatoria, per cui rileva esclusivamente il peggioramento della garanzia offerta dal patrimonio *del debitore che pone in essere l’atto dispositivo*³⁰, «così da pregiudicare la facoltà del creditore di soddisfarsi sul medesimo», con conseguente indifferenza per la costituzione di eventuali responsabilità aggiuntive “esterne”. A

singolo creditore che richiamano (*ma entro certi limiti*) la tutela concessa ai creditori con l’azione revocatoria di diritto comune (art. 2901 c.c.)», 392 (corsivo aggiunto).

²⁶ Segnala questo aspetto P. POTOTSCHNIG, *Scissione societaria e azione revocatoria un nervo scoperto per la tutela dei creditori?*, cit., 60; non foss’altro perché oltre ai casi tipizzati di anticipazione (cfr. art. 2503, 1 comma c.c.), andrebbe aggiunta anche, secondo gli orientamenti della prassi notarile, la fungibilità di una semplice attestazione autoreferenziale da parte degli amministratori, cfr. Massima L.C. 1, del Comitato Interregionale delle Tre Venezie.

²⁷ Cfr. I. DEMURO, *Fusioni e scissioni*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 446.

²⁸ Per approfondimenti su questo aspetto cfr. la nota a Trib. Roma 7 novembre 2016, di M. PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*, in *Giur. Comm.*, 2018, II, 141 ss.

²⁹ P. POTOTSCHNIG, *Il persistente contrasto interpretativo sull’ammissibilità dell’azione revocatoria della scissione societaria*, cit., 907 ss.

³⁰ Ciò direi in ogni caso: sia quando la beneficiaria sia preesistente (è evidente), sia quando venga neocostituita (comunque il numero dei creditori, qui necessariamente futuri, raddoppia). E si badi che, anche nella prospettiva di continuità soggettiva, non viene meno un tale pregiudizio, che deriva dalla nuova articolazione del patrimonio nei diversi centri di imputazione.

integrare il pregiudizio *ex art. 2901 c.c.* è infatti sufficiente una lesione, quantitativa o qualitativa, del patrimonio «del disponente» che renda anche solo più incerta o difficile la riscossione del credito³¹. E pure tralasciando il fatto che l'aggravio deriva già dall'assegnazione e dalla diversa articolazione societaria, per la maggiore difficoltà per il creditore di soddisfare il proprio credito su due patrimoni (v. subito *infra*), resta che un danno – e di non poco conto – sempre e comunque già si verifica per effetto dell'ampliamento del concorso di tutti i creditori della beneficiaria sulla quota assegnata³².

Non riesce, insomma, a convincere l'affermazione per cui lo sbarramento alla revocatoria (almeno ordinaria) sia giustificabile grazie alla combinazione dei due strumenti – l'opposizione e la responsabilità della beneficiaria –, così tali da proteggere integralmente l'interesse del creditore³³.

Che per quest'ultimo la scissione possa essere dannosa, emerge ancora più nitidamente se si apre il discorso ad ulteriori considerazioni sulla natura della responsabilità legale, la cui instaurazione quale “correttivo” alla scissione non è, a ben vedere, mai neutra agli occhi del creditore.

In primo luogo la solidarietà prevista dalla norma si atteggia, come è noto, nella forma «disuguale»: essendo tenuta la beneficiaria – per la diversità di «interesse» nel rapporto (art. 1298 c.c.) –, rispetto al creditore che sia «rimasto» alla scissa, soltanto secondo una forma

³¹ Sull'evoluzione della nozione, cfr. F. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995, 155 ss.; per una disamina di precedenti giurisprudenziali, oltre a quelli riportati dalla Corte, cfr. B. QUATRARO-M. GIORGIETTI-A. FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare. Azione surrogatoria*, I, Milano, 2009, 463 ss.

³² P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione d'azienda*, cit., 456-457; ID. *La nuova disciplina delle fusioni e delle scissioni: una modernizzazione incompiuta*, cit., 1373, ove comunque si ritiene inadeguata l'azione revocatoria, per il suo effetto restitutorio, alla protezione di questo interesse; venendo prospettati come più adeguati, degli strumenti atti a ripristinare la medesima relazione del creditore col patrimonio del debitore.

³³ Come autorevolmente è stato sostenuto da F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, 209 ss.; che ritrae la conclusione da un raffronto con la disciplina dei patrimoni destinati. In giurisprudenza nello stesso senso cfr. Trib. Napoli, 26 novembre 2018, cit.;

sussidiaria³⁴. Ma non solo: in molti casi, proprio per la limitazione di responsabilità della scissionaria, nemmeno l'attuazione esterna del rapporto può venire a conformarsi secondo lo schema della solidarietà; ciò in tutti i casi in cui il creditore «rimasto» alla scissa vanta un titolo di ammontare superiore rispetto al valore del *quantum* assegnato alla beneficiaria (cfr. art. 1292 c.c.)³⁵. Il che – come è stato notato da più fronti – equivale a privare il creditore del maggior vantaggio che deriva dal vincolo solidale³⁶.

Va comunque ribadito che, per la Cassazione, le note appena riportate sono totalmente ininfluenti: basta ad integrare il pregiudizio la «menomazione del patrimonio *del disponente*, così da pregiudicare la facoltà di soddisfarsi *sul medesimo*, senza la necessità del ricorrere di un ulteriore requisito»³⁷.

3.2.1. Poche note conclusive vengono infine dedicate al motivo di ricorso relativo all'elemento soggettivo: la coincidenza dell'amministratore unico della società scissa e di quella beneficiaria non lascia, in effetti, davvero alcuno spazio ai possibili dubbi sulla conoscenza del pregiudizio per il creditore da parte del terzo.

³⁴ G. F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, Rist. ESI, 2013, 246 ss.

³⁵ Sul fatto che la «medesimezza» dell'art. 1292 c.c. sia da intendersi correttamente anche in senso quantitativo e non solo qualitativo, cfr. U. LA PORTA, sub *artt. 1292 – 1313 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, 45 ss.

³⁶ M. AMMENDOLA, *La responsabilità per i debiti della scissa*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, spec. 506 ss.; F. FIMMANÒ, *Scissione societaria e responsabilità «sussidiaria» per i debiti non soddisfatti*, in *Società*, 2002, 1380.

³⁷ Cfr. 4.3. (Corsivo aggiunto)

Concessione di vendita: recesso del produttore e tutela del concessionario

SOMMARIO: 1. Il caso: contratto di concessione di vendita e recesso. – 2. Recesso e abuso nella giurisprudenza di legittimità. In particolare, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106. – 3. Valutazione e controllo dell'equilibrio contrattuale. Limiti del ricorso alla clausola generale di buona fede. – 4. *Segue*. Il ricorso all'abuso del diritto. Rilievi critici. Individuazione di forme di protezione diverse e ulteriori in favore della parte che subisce il recesso. – 5. *Segue*. Il c.d. abuso di potere contrattuale. – 6. Necessità di un cambio di prospettiva. Recesso *ad nutum* e disciplina codicistica. *Ratio* delle specifiche previsioni in materia. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Il caso: contratto di concessione di vendita e recesso

Un'ordinanza del Tribunale di Bergamo¹, passata curiosamente in sordina, offre un'importante occasione per riflettere sul recesso, nell'ambito della concessione di vendita². Pur avendo acquisito una sua tipicità sociale, il contratto in questione risulta essere una figura atipica

¹ Trib. Bergamo, 4 gennaio 2017: «*In presenza di un partner forte, il recesso può divenire rilevante alla luce della teorica della buona fede e dell'abuso del diritto in generale. A far tempo dal leading case di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106/2009, la giurisprudenza di legittimità riconosce la possibilità di un sindacato giudiziario dell'atto di autonomia privata, nell'ottica di pervenire a un bilanciamento o equilibrio dei contrapposti interessi. Con peculiare riferimento all'ipotesi del recesso, si evidenzia la necessità di una "procedimentalizzazione" dell'atto, che si sostanzia nella previsione di trattative, nel riconoscimento di indennità, etc., al fine di garantire la controparte, consentendole a sua volta di riorganizzarsi, entro un congruo periodo di tempo.*

Da questo punto di vista il recesso intimato entro il termine di soli tre mesi, pur in conformità alle previsioni contrattuali, e a fronte di un rapporto di lunga durata, presenta sicuramente dei profili di "abusività". Equo e pertinente alla fattispecie concreta sarebbe il termine di un anno a far tempo dalla comunicazione del recesso. Merita, pertanto, accoglimento la richiesta tesa a ripristinare il rapporto per un corrispondente periodo».

Il testo integrale della pronuncia può essere reperito sul sito www.infojuris.it. Un riassunto della vicenda si rintraccia in *Società*, 11, 2017, 1283.

² F. BORTOLOTTI, voce «Concessione di vendita», in *Novissimo dig.*, App., II, Torino, 1981, 221 ss.; O. CAGNASSO, voce «Concessione di vendita», in *Digesto/comm.*, III, Torino, 1988, 221 ss.

che si atteggia e modella variamente nella prassi³. Mediante tale accordo, il produttore si impegna, in linea di massima, a vendere i propri articoli al distributore; il quale si obbliga a sua volta ad acquistarli dal primo ed a promuovere la commercializzazione degli stessi. Il concessionario assume di norma, altresí, una serie di «oneri di commercializzazione», che possono spaziare dalla creazione di una rete distributiva sottostante alla realizzazione di un servizio di assistenza post vendita ovvero al mantenimento di uno stock di prodotti o pezzi di ricambio, oppure alla predisposizione – spesso secondo puntuali direttive del produttore – delle strutture e degli strumenti necessari per la massimizzazione delle vendite in un dato territorio⁴.

In un contesto sí fatto, lo scioglimento unilaterale dal vincolo contrattuale, ad opera del produttore, si mostra potenzialmente in grado di condurre sull'orlo dell'insolvenza l'impresa che subisce il medesimo, potendo in ogni caso comportare un pregiudizio tanto in termini di danno emergente quanto di lucro cessante. Confidando in un lungo periodo di collaborazione, infatti, una parte (impresa «debole»), per tenere fede ai propri impegni contrattuali, è portata a fare una serie di investimenti specifici, c.d. *relational specific investments*⁵. Laddove sostituti validi non siano rintracciabili, l'annunciata interruzione dei rapporti ad opera dell'altra (impresa «forte») si pone come un potenziale ricatto (c.d. *hold up*). Il soggetto che subisce l'interruzione non può infatti ammortizzare nel tempo gli investimenti oppure è portato ad affrontare costi elevati (*switching costs*, costi di commutazione), al fine di riconvertirli: costui si trova quindi costretto ad accettare condizioni «inique», pur di proseguire i rapporti contrattuali⁶.

Ciò è quanto lamentato dalla ricorrente, nell'ambito della vicenda in esame.

³ O. CAGNASSO, *op. cit.*, 227.

⁴ O. CAGNASSO, *op. cit.*, 232.

⁵ Si discorre, più propriamente, di *relationship-specific investments* per designare un investimento il cui ritorno dipende dalla continuazione dei rapporti commerciali; sul tema: V.P. CRAWFORD, *Relationship-Specific Investments*, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 105, Issue 2, May, 1990, 561 ss.

⁶ L. CABRAL, *Economia industriale*, Roma, 2002, 270. Tali notazioni sono riprese dall'ordinanza in commento.

La controversia scaturiva dallo scioglimento unilaterale del vincolo, preceduto, conformemente alle previsioni contrattuali, da un avviso di tre mesi. La concessionaria riscontrava in tale condotta un abuso di dipendenza economica⁷, richiamandosi all'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192, e lamentava l'imposizione, ad opera della controparte, di una serie di clausole vessatorie. Chiedeva l'emissione, nei riguardi della resistente, dell'ordine di astenersi da qualsiasi contegno orientato all'interruzione delle relazioni contrattuali. Domandava, in aggiunta, l'applicazione di una penale per ogni ulteriore violazione o ritardo; preannunciava una causa di inibitoria e di risarcimento danni⁸.

In via pregiudiziale la resistente eccepeva l'incompetenza del giudice adito⁹. Contestava, nel merito, l'applicabilità dell'art. 9 l. n. 192 del 1998, disposizione dettata in materia di subfornitura; negava la dipendenza economica; escludeva l'abuso; adduceva inadempimenti della controparte e giustificava il recesso in ragione di tali comportamenti¹⁰.

⁷ Sull'abuso di dipendenza economica: A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, V. CUFFARO (a cura di), Napoli, 1998, 297 ss.; D. MAFFEIS, *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, G. DE NOVA, A. CHIESA, F. DELFINI, D. MAFFEIS e A. SALVADÈ (a cura di), Milano, 1998, 36 ss.; R. LECCESE, voce «Subfornitura», in *Digesto/comm.*, Agg., Torino, 2000, 781; G. ALPA e R. LECCESE, *La subfornitura*, in *Tratt. Rescigno*, XI, Torino, 2002, 283 ss.; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; R. PARDOLESI, *La subfornitura*, in *Manuale di diritto privato europeo, II, Proprietà. Obbligazioni. Contratti*, C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), Milano, 2007, 1073 s.

⁸ L'art. 9 comma 3 l. n. 192 del 1998, come novellato dalla l. 5 marzo 2001, n. 57, prevede testualmente: «Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni».

⁹ L'eccezione si basava sugli artt. 2359, comma 1, n. 3, c.c. e 3 d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, come modificato dalla l. 24 marzo 2012, n. 27. Le disposizioni richiamate attribuiscono al Tribunale delle imprese la cognizione delle cause in materia di società controllate, segnatamente in tema di società che si trovano sotto l'influenza dominante di un'altra, in ragione di particolari vincoli contrattuali. Reputa tuttavia opportuno superare l'equivoco secondo cui la dipendenza economica costituisce di per sé un esempio di controllo contrattuale ai sensi degli artt. 2359 e 2497 *septies* c.c. M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. Impr.*, 2013, I, 8 ss.

¹⁰ Il recesso per inadempimento quale «mezzo di impugnazione» del contratto si distinguerebbe dall'azione di risoluzione sul piano degli effetti, in quanto

Accertata la propria competenza¹¹, il Tribunale si è dapprima soffermato sulla portata del citato art. 9¹², riferendolo a tutti i rapporti contrattuali tra imprese¹³. Ha focalizzato, poi, la dipendenza economica¹⁴, analizzando il criterio dell'impossibilità di reperire

dispiegherebbe la propria efficacia non dal momento di proposizione della domanda giudiziale, bensì non appena la dichiarazione del recedente venga resa nota alla controparte. Esso divergerebbe altresì dall'eccezione di inadempimento, ove l'eccezione non può sottrarsi all'adempimento allorché la controprestazione venga successivamente eseguita (F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, in *Tratt. Bessone*, XIII, t. V, Torino, 2002, 273 s.).

¹¹ Il giudice ha escluso la sussistenza di un'influenza dominante, tale da configurare un controllo. Ha riscontrato l'assenza dei particolari vincoli contrattuali di cui all'art. 2359, comma 1, n. 3 c.c., ponendo l'accento sulla mancanza di un'esclusiva e sull'autonomia gestionale della concessionaria.

¹² Sul tema, A.P. SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust – I parte*, in *Resp. civ. prev.*, II, 2008, 261 ss., cui si rinvia per ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

¹³ Sotto questo profilo, l'ordinanza in commento si allinea alla tesi accolta da Cass., Sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova giur. comm.*, 2012, I, 298, con nota di V.C. ROMANO, *La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*; conforme, Cass., 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contratti*, 2015, 241 ss., con nota di M. LAMICELA, *Abuso di dipendenza economica, buona fede e illecito in un sistema di accordi di distribuzione "a cascata"*. Seppure in linea di *obiter dictum*, le Sez. un. hanno affermato che l'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 l. n. 192 del 1998, «configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della l. n. 192 del 1998». Nonostante in via di principio la Cassazione abbia ammesso l'operatività dell'art. 9 l. subfornitura al di fuori del predetto contratto, nel caso di specie la norma non ha trovato applicazione. Nell'accordo era infatti contemplata una clausola che deferiva al giudice straniero le controversie in materia di responsabilità contrattuale. La Corte ha richiamato la categoria dell'abuso del diritto per affermare la natura contrattuale in ordine alla responsabilità della convenuta, rilevando conseguentemente il proprio difetto di giurisdizione. Critico nei confronti della sentenza C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 103 ss.

¹⁴ L'ordinanza in commento si segnala per un ricorso a nozioni e strumenti d'indagine propri della scienza economica. Analogamente: Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, in *Foro It.*, 2011, I, 1578 ss.; Trib. Torino, 11 marzo 2010, in *Giur. Comm.*, 2011, VI, 1471 ss. Per un medesimo approccio, sul versante della dottrina: C. OSTI,

alternative¹⁵. Esaminando la fattispecie concreta, il giudice non ha riscontrato una situazione siffatta, ritenendo di dover escludere, nel caso di specie, la dipendenza economica, in virtù di due rilievi: l'assenza di investimenti specifici; l'omessa prova in ordine all'impossibilità di reperire alternative soddisfacenti sul mercato¹⁶. Ciononostante, reputata la condotta della concessionaria inidonea a giustificare il recesso della casa madre, il Tribunale ha condannato la resistente alla prosecuzione dei rapporti, destando perplessità non tanto per l'esito quanto – e soprattutto – per l'*iter* argomentativo seguito. Ricostruito il ragionamento del giudice, il presente lavoro si propone, quindi, di offrire una soluzione alternativa.

2. *Recesso e abuso nella giurisprudenza di legittimità. In particolare, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*

Ad avviso dell'estensore, «in presenza di un *partner forte*», se non in virtù dell'art. 9 l. n. 192 del 1998, il contegno consistente nel recesso

L'abuso di dipendenza economica, in *Mer. conc. reg.*, 1999, 9 ss.; F. SCAGLIONE, *Il diritto antitrust*, in *Diritto privato del mercato*, A. PALAZZO e A. SASSI (a cura di), Perugia, 2007, 424 ss.

¹⁵ Cfr. *supra*, par. 1, in part. nota 6.

¹⁶ Quanto agli investimenti, la concessionaria si era limitata a concludere un contratto di locazione. Tale investimento difettava, oltretutto, del requisito della specificità: nella nuova sede la società commercializzava non soltanto trattori provenienti dall'impresa recedente, ma anche escavatori riferibili ad altre aziende. L'unico investimento specifico che avrebbe dovuto essere fatto, in esecuzione del contratto, consisteva nell'allestimento di un'officina interna; la quale non era stata, però, mai realizzata. Rispetto all'impossibilità di reperire alternative, ad avviso del Tribunale, il concessionario avrebbe dovuto provare di aver tentato d'intraprendere, senza successo, una trattativa con un'altra impresa; la quale si poneva agli stessi livelli di mercato della recedente e si trovava ad operare, proprio in quel periodo, sul medesimo territorio.

sarebbe «rilevante alla luce della teorica¹⁷ della buona fede e dell'abuso del diritto in generale»¹⁸.

¹⁷ Il termine «teorica» lascia intendere che buona fede e abuso del diritto siano stati assunti dall'estensore nell'accezione di principi. Il rilievo trova conferma in un precedente passaggio del provvedimento in esame, là dove, riferendosi alla correttezza e buona fede nei rapporti commerciali tra imprese nonché al divieto di abuso del diritto, il giudice discorre di «principi» applicabili a tutti i contratti. Si oppone alla tesi della buona fede come principio, rimarcandone la natura di clausola generale, A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII, t. IV, Torino, 2004, 7 ss. Sulla problematica, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 43 ss., cui si rinvia per ampi riferimenti bibliografici.

Quanto all'abuso, la letteratura sull'argomento è assai vasta. Si segnalano i contributi di M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105-128, 209-352, 417-457; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss. Tra gli approfondimenti monografici: V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; C. RESTIVO, *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Milano 2007. Molte le voci enciclopediche: M. D'AMELIO, voce «Abuso del diritto», in *Novissimo dig.*, I, Torino, 1957, 95 ss.; SALV. ROMANO, voce «Abuso del diritto (diritto attuale)», in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 166 s.; S. PATTI, voce «Abuso del diritto», in *Digesto/civ.*, I, Torino, 1987, 1 ss.; C. SALVI, voce «Abuso del diritto. I) Diritto civile», in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss.; A. GAMBARO, voce «Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero», in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, 1ss.; D. MESSINETTI, voce «Abuso del diritto», in *Enc. Dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 1 ss. Diversi contributi in G. FURGIUELE (a cura di), *Diritto privato*, 1997, 3, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998; più di recente, G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016.

Dell'abuso del diritto in termini di principio, nonostante le conclusive riserve di carattere tecnico, sembra trattare U. NATOLI, *op. ult. cit.*, 26, in particolare là dove quest'ultimo rileva che, nonostante la soppressione della norma generale prevista dal progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e da quello ministeriale di codice civile, «il principio che in essa avrebbe dovuto trovare esplicita espressione» sia rimasto «vivo e pienamente operante nel nostro attuale ordinamento».

Di un principio di abuso del diritto si discorre però prevalentemente in giurisprudenza. Rappresentativa, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit., ove però la Suprema corte si limita a richiamare in ordine al relativo fondamento una serie di pronunce antecedenti senza fornire ulteriori indicazioni. In senso critico sull'abuso come principio: con specifico riferimento alla sentenza citata, F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, IV, 245 ss., e C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione della nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, XI, 2547 ss.; più in generale, C. AMATO, *Considerazioni a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, I, 222 ss.

Rifacendosi alla giurisprudenza successiva alla sentenza del 2009¹⁹, sul noto caso dei concessionari di un'impresa dell'industria

¹⁸ Del pari, Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, cit., ha riconosciuto che, quand'anche non fosse stato possibile applicare la norma sul divieto di abuso di dipendenza economica, le richieste attoree, volte a ottenere una tutela risarcitoria, avrebbero potuto essere in linea generale ammissibili «ove ricondotte ai princípi di buona fede oggettiva e abuso del diritto». Tuttavia, in quell'occasione, dopo aver accertato l'assenza di una dipendenza economica, il Tribunale non ha reputato contrario a buona fede e correttezza il contegno della recedente ed ha perciò respinto la domanda. Ad agire in giudizio era stato un autotrasportatore: tale soggetto lamentava l'interruzione dei decennali rapporti contrattuali con un salottificio per conto del quale era progressivamente giunto a svolgere la totalità delle sue prestazioni. Il giudice ha rilevato che i beni costituenti il complesso aziendale dell'attore avrebbero consentito a costui di offrire il servizio ad altre imprese operanti nel medesimo ambito territoriale, in una pluralità di settori merceologici, senza dover fare adattamenti e sostenere alcun costo. L'ampia possibilità di impieghi alternativi dei mezzi di trasporto avrebbe escluso, ad avviso del giudice, l'abuso; il quale non avrebbe potuto essere neppure ravvisato nell'interruzione del rapporto, in quanto una durata minima non era stata pattuita.

¹⁹ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*. Sulla medesima pronuncia, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010. La sentenza della Suprema Corte trae origine da un caso di recesso. Alcune imprese avevano stipulato con un noto gruppo automobilistico contratti di concessione di vendita. Avvalendosi di una clausola contrattuale, la casa madre aveva sciolto una pluralità di negozi. Taluni concessionari, ritenendo il comportamento contrario alla clausola generale di buona fede e correttezza, avevano agito in giudizio, chiedendo al Tribunale di accertare il carattere abusivo di tale contegno e condannare, conseguentemente, la controparte a risarcire tutti i danni subiti per effetto del medesimo.

Il giudice di prime cure aveva affrontato il tema della configurabilità di un abuso in astratto, ma ne aveva escluso la sussistenza in concreto, rigettando la domanda degli attori (Trib. Roma 11 giugno 2001; stralci della sentenza in G. D'AMICO, *op. cit.*, 11 ss.).

La Corte d'Appello, nel confermare la statuizione, aveva chiarito che alcun controllo in merito alla causa del recesso *ad nutum* poteva dirsi ammissibile, essendo tale figura congeniale ai rapporti di durata e pertanto generalmente ammessa dall'ordinamento (App. Roma 18 gennaio 2005).

Un percorso diverso è stato seguito dalla Cassazione, la quale ha definito l'abuso del diritto come un criterio rivelatore della «violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza». Ad avviso della Suprema corte, l'abuso si caratterizza per una «alterata utilizzazione dello schema del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi diversi e ulteriori rispetto a quelli indicati dal legislatore». Il giudice di merito avrebbe perciò dovuto valutare, in concreto, se il recesso *ad nutum* fosse stato attuato con modalità e

automobilistica, il Tribunale di Bergamo ha rivendicato la possibilità di un «sindacato giudiziario dell'atto di autonomia privata», nell'ottica di pervenire a un «bilanciamento o equilibrio²⁰ dei contrapposti interessi». Di ausilio al bilanciamento dovrebbe essere, ad avviso dell'estensore, la «procedimentalizzazione» dell'atto di recesso, «che si sostanzia nella previsione di trattative, nel riconoscimento di indennità, etc.». Nel caso di specie, l'oggetto del «bilanciamento» sarebbe rappresentato, per un verso, dall'interesse della casa madre a ridisegnare la propria rete di vendita, svincolandosi dal contratto; per altro verso, da quello della controparte (non a proseguire il rapporto bensì) a riorganizzarsi «entro un congruo periodo di tempo». Tanto premesso, il Tribunale ha riscontrato «profili di abusività» nel recesso, intimato entro il termine di «soli» tre mesi, pur se conforme in astratto alle previsioni contrattuali. In definitiva, volendo ricostruire il ragionamento del giudice, costui ha ritenuto tale periodo inadatto a garantire la concessionaria, in quanto troppo breve e quindi insufficiente a consentire una riorganizzazione. Per questa via, l'estensore è giunto a reputare «equo» e «pertinente» alla fattispecie concreta il termine di un anno a far tempo dalla comunicazione del recesso.

per perseguire fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti. Particolare importanza è stata attribuita dalla Cassazione alla disparità di forze fra i contraenti, in presenza della quale la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso dovrebbe essere più ampia e rigorosa, e potrebbe «prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere». In questo contesto, è stata valorizzata la buona fede in senso oggettivo ed un rilievo è stato riconosciuto all'esercizio abusivo del recesso *ad nutum*, onde evitare che quest'ultimo «si trasformi in un recesso arbitrario, cioè *ad libitum*, di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico». Il giudice del rinvio è stato incaricato, quindi, di riesaminare la questione, tenendo conto delle indicazioni fornite e dei principi enunciati, al fine di riconoscere o meno il carattere abusivo del recesso, con conseguente eventuale diritto al risarcimento del danni subiti.

²⁰ Una puntualizzazione al riguardo si trova in R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, L. CABELLA PISU e L. NANNI (a cura di), Padova, 1998, 98 s. La tecnica del bilanciamento non si risolverebbe nella ponderazione ovvero nella ricerca di un punto di equilibrio tra i diritti in conflitto, bensì in un sacrificio ovvero in un accantonamento di un principio o di un diritto a favore di un altro, seppure soltanto in relazione ad uno specifico caso concreto. Il bilanciamento comporterebbe l'istituzione di una «gerarchia assiologica mobile» tra i principi o diritti in conflitto: «assiologica» perché istituita tramite un giudizio di valore dell'interprete; «mobile» in quanto relativa al caso concreto e non necessariamente riprodotta in quelli futuri.

3. *Valutazione e controllo dell'equilibrio contrattuale. Limiti del ricorso alla clausola generale di buona fede.*

Tale argomentazione induce diverse riflessioni. Il fondamento del predetto «sindacato giudiziario» non viene esplicitato ma soltanto adombrato mediante il richiamo alla sentenza della Cassazione sul caso dei concessionari di un noto gruppo automobilistico²¹. La Corte ha valorizzato, in quell'occasione, la clausola generale di buona fede e correttezza unitamente all'abuso del diritto. Riflessioni maturate nell'ambito dello studio del rapporto obbligatorio sono state riferite all'esercizio di una prerogativa convenzionalmente attribuita, al di fuori della piú ristretta logica credito-debito²². Ancorché la pronuncia citata si allinei per un lungo tratto alla tesi della funzione integrativa²³ della

²¹ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

²² La buona fede oltrepasserebbe infatti lo spazio ristretto del rapporto obbligatorio (A. D'ANGELO, *op. cit.*, 77), operando là dove sussiste una situazione di potere e obbligo corrente tra soggetti privati (P. RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in *Diritto civile*, 1, *Le fonti e i soggetti*, P. RESCIGNO e N. LIPARI (diretto da), Milano, 2009, 238).

²³ La buona fede figura come criterio di reciprocità, idoneo ad ampliare o restringere gli obblighi letteralmente assunti, nell'insegnamento di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 34 ss., spec. 66, 76 s., 89 ss., 103 e 106; ad essa è stata riferita la determinazione dell'obbligo di prestazione e altresí degli obblighi di protezione da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, 193 ss., spec. nota 39, 203 s. e 368 ss.; nello stesso senso, P. CARUSI, voce «Correttezza (Obblighi di)», in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 710 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss. Uno stimolo significativo nella direzione della funzione integrativa è però rappresentato dal lavoro di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 113 ss., il quale ha apertamente collocato la normativa di correttezza tra le fonti del regolamento contrattuale. La portata integrativa della buona fede è stata oggetto di diverse specificazioni; di essa discorrono: M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1968, 340 ss. e 372 ss.; A. D'ANGELO, *op. cit.*, 40 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 109 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 e 211 ss.

G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, 128 ss., in part. 130, riconosce una funzione integrativa della buona fede, ma di essa assume un'accezione che egli stesso definisce piú «restrittiva», sganciandola dal riferimento a «obblighi nuovi».

Assume invece una posizione peculiare A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1988,

buona fede, il problema sottostante non sembra essere tanto di consentire una compenetrazione, all'interno del regolamento, di ciò che le parti non hanno previsto espressamente, quanto piuttosto di verificare se la buona fede stessa possa consentire un intervento del giudice anche in senso contrario alle determinazioni convenzionali. I due aspetti richiamano problematiche distinte ma sicuramente connesse tra di loro. Da una parte l'individuazione della funzione integrativa della buona fede; dall'altra i poteri del giudice in relazione alla determinazione del contenuto contrattuale. Vero è che con ogni probabilità il timore di ampliare i poteri di intervento del giudice sul regolamento pattizio si trova alla base dell'indirizzo più tratatizio, il quale nega ogni funzione integrativa, attribuendo alla clausola generale di buona fede portata meramente «correttiva» del c.d. stretto diritto. In quest'ottica l'operatività della buona fede rimarrebbe circoscritta alla fase esecutiva, quale criterio di valutazione della condotta dei contraenti²⁴, imponendo al giudice di considerare il comportamento delle parti non soltanto sulla base del mero dato formale, offerto dalla *regula iuris* riferibile alla fattispecie, ma anche sotto l'angolo visuale della sua congruità rispetto

326, il quale riconosce funzione integrativa alla buona fede, ma nega che la stessa possa operare sul piano della «costruzione» del contenuto contrattuale. Ad avviso dell'a., pur attenendo al «come» del comportamento delle parti, la buona fede potrebbe essere, in ogni caso, fonte di obblighi, essendo opportuno non confondere l'ambito di incidenza, ossia la fase esecutiva del contratto, con il suo modo di operare. Ciò non si tradurrebbe tuttavia in una determinazione aprioristica e astratta di una schiera di doveri reciproci di comportamento, capaci di dilatare oltre misura il contenuto del rapporto, bensì in una serie di doveri attualizzanti nell'esecuzione del medesimo e in funzione delle esigenze comportate da tale svolgimento. In talune ipotesi, poi, la buona fede non si specificerebbe in doveri intesi in senso tecnico ma opererebbe soltanto sul piano esecutivo. La costruzione di un ulteriore dovere risulterebbe essere in questi casi un procedimento «artificioso» e sovrabbondante: sarebbe sufficiente, invece, attribuire una determinata qualificazione al comportamento esecutivo, sicché la «sanzione» sarebbe in linea di massima non il risarcimento del danno, ma il diniego di effetti al comportamento risultante scorretto (A. DI MAJO, *L'esecuzione*, cit., 415). Viene richiamato dall'a. citato, a titolo esemplificativo, l'art. 1460, comma II, c.c., ove il contegno, consistente nel rifiuto di eseguire la prestazione, sarebbe privo di effetti, «in quanto illegittimo». Il risarcimento potrebbe essere chiesto in tale ipotesi non in virtù del rifiuto in sé, quale contegno contrario a buona fede, ma conseguentemente al mancato adempimento (A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 416).

²⁴ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. 1. Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, 39.

alle esigenze rivelate dalle circostanze del caso concreto²⁵. La buona fede sarebbe quindi un metro oggettivo ed elastico di valutazione, nell'ambito di un giudizio *a posteriori*²⁶ di secondo grado²⁷, diretto ad assicurare il rispetto sostanziale dell'assetto di interessi consacrato nell'obbligazione e nel contratto. Essa non sarebbe destinata a incidere sul *quantum*, ossia sull'estensione del diritto, bensì sul come, ovverosia sulle modalità di esercizio del medesimo²⁸, e tale risultato si raggiungerebbe principalmente mediante lo strumento tecnico della c.d. *exceptio doli generalis*²⁹.

La tesi riferita è stata altresì denominata «valutativa»³⁰, in quanto la buona fede opererebbe in quest'ottica come «strumento senz'altro

²⁵ U. NATOLI, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ Rilievi sono mossi in proposito da G. ROMANO, *op. cit.*, 140, il quale ritiene che, con riguardo al caso concreto, la regola applicabile risulta unitaria, in quanto «prodotto di una complessa attività ermeneutica» di cui la buona fede rappresenta soltanto uno tra i molti referenti. Secondo l'a., non si può separare *a posteriori*, ossia nella formazione della regola del caso concreto, il contributo della buona fede dal c.d. *strictum ius*, se non nei confini («limitati») di una interpretazione meramente letterale delle disposizioni legislative e convenzionali.

²⁷ U. NATOLI, *op. ult. cit.*

²⁸ Tanto si può desumere dalle considerazioni di L. BIGLIAZZI GERI, voce «Buona fede nel diritto civile», in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1988, 187, la quale si sofferma, nell'ambito di uno studio sulla buona fede, sul comportamento abusivo, definendolo come quel contegno che, «pur esattamente corrispondente al contenuto formale e sostanziale di un diritto, si sia determinato, in concreto, prescindendo dalla considerazione di un interesse altrui, che il sistema pone in funzione di limite (esterno perché) incidente non già sul *quantum* (cioè sull'estensione), bensì sul come (e perciò sulle modalità dell'esercizio) del diritto stesso».

²⁹ Nella prospettiva sopra richiamata, l'*exceptio* rappresenterebbe l'esito «fisiologico» della valutazione condotta alla stregua della buona fede: così A.A. DOLMETTA, voce «Exceptio doli generalis», in *Enc. Giur.*, Agg., Roma, 1997, 11, il quale tuttavia rileva che, qualora venisse negata la configurabilità dell'*exceptio*, la concezione richiamata non potrebbe essere utilmente sostenuta. Non sembra un caso, allora, che una *exceptio doli generalis* sia stata ritenuta ammissibile sulla base delle disposizioni codicistiche nelle quali viene richiamato il canone della correttezza e della buona fede obbiettiva da U. NATOLI, *op. ult. cit.*, 38; ma nella medesima direzione altresì A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 420 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 150. In senso contrario, lo stesso A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 11 s.; già G.L. PELLIZZI, voce «Exceptio doli (Diritto civile)», in *Novissimo dig.*, VI, Torino, 1960, 1079.

³⁰ A.A. DOLMETTA, *op. loc. cit.*

valutativo (in termini duttili, elastici) delle singole fattispecie concrete», destinato a incidere sulle «regole di *jus strictum*»³¹.

Maggiori consensi sono stati però riscossi nel tempo dalla tesi della funzione integrativa³², pur nella diversità connotante le rielaborazioni

³¹ A.A. DOLMETTA, *op. loc. cit.*, il quale sembra dubitare, tuttavia, dell'effettiva compatibilità di questa concezione con il sistema attualmente vigente.

³² La tesi della funzione integrativa ha prodotto un processo di rivalutazione ed espansione dell'applicazione giudiziale della buona fede. Si segnala, in particolare, Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. Giur.*, 1994, 566. In quell'occasione la Suprema corte ha definito la buona fede come una «regola di governo della discrezionalità», vietante l'abuso di un diritto. A questa conclusione è pervenuta a partire da una descrizione di tale clausola generale appunto come limite «interno» di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, la quale concorre alla relativa conformazione, «per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio all'interesse proprio».

La sentenza sembra richiamare, in tale passaggio, la tesi di C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 204 ss., in part. 209 ss., secondo cui la buona fede nell'esecuzione del contratto si specificherebbe anche come obbligo di salvaguardia, imponendo alle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio a suo carico. L'assunto pare a sua volta collimare con la Relazione del Guardasigilli al c.c. del 1942, là dove si fornisce un'indicazione più specifica del contenuto del dovere di comportarsi secondo correttezza, il quale viene risolto nel «[dovere di] comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui, fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio».

Tornando alla sentenza citata, le parti avevano stipulato un contratto di concessione per la conduzione e l'esercizio di uno stabilimento termale, il quale prevedeva il pagamento di un canone commisurato al prezzo di vendita al distributore delle bottiglie di acqua minerale. Il prezzo era stato mantenuto stabile; il canone era rimasto di conseguenza invariato. Tuttavia, secondo le allegazioni del concedente, il prezzo di vendita al pubblico era stato aumentato dalle società distributrici che appartenevano allo stesso gruppo del concessionario, facendo sorgere una controversia circa la conformità a buona fede del contegno di quest'ultimo. La Corte d'appello di Roma, pronunciandosi in sede rescissoria a séguito di impugnazione di lodo arbitrale, aveva escluso la rilevanza degli asseriti comportamenti scorretti del concessionario, in presenza di una clausola contrattuale che aveva conferito a tale soggetto una «piena libertà» nella determinazione dei prezzi di vendita, con conseguente insussistenza di un diritto del concedente ad un incremento degli stessi

delle quali essa è stata oggetto. Per un verso, difatti, si è ritenuto che l'operazione connessa alla funzione integrativa debba essere condotta pur sempre sulla base di una relazione di congruenza con il programma stabilito dai contraenti³³. Per altro verso, si è reputato – da parte di una dottrina minoritaria – che la buona fede sia destinata a prevalere anche sulle determinazioni convenzionali³⁴, e tale conclusione è stata giustificata in virtù del carattere di norma di ordine pubblico³⁵ che la buona fede assumerebbe in ragione del collegamento col principio solidaristico³⁶.

al fine di adeguare la misura del canone. Ad avviso della Cassazione, il giudice di merito non avrebbe potuto esimersi dal verificare se la frustrazione dell'aspettativa del concedente all'aumento del prezzo della bottiglia – e quindi del canone – fosse giustificata da interesse meritevole di tutela del concessionario a tenere ferme le condizioni di vendita; e se effettivamente, per mezzo delle condizioni di vendita al pubblico da parte delle società appartenenti allo stesso gruppo, il concessionario avesse lucrato di una «sproporzionata divaricazione» tra prezzi e canone. La Suprema corte ha perciò accolto il ricorso, demandando tale valutazione alla corte di merito, tenuto conto dei principi di diritto enunciati.

³³ A. D'ANGELO, *op. cit.*, 241 ss.

³⁴ Una valenza normativa «sovrastante» rispetto alle pattuizioni dei contraenti è riconosciuta alla buona fede da P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 227 ss.; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 206.

³⁵ In questo senso si esprime C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.* In giurisprudenza, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit., secondo cui la buona fede «concorre a creare la "regula iuris" del caso concreto, in forza del valore cogente che le norme citate le assegnano [ossia: l'art. 2 Cost. nonché gli artt. 1175, 1374, 1366 e 1375 c.c.] e che, quale principio cardine dell'ordinamento, induttivamente estraibile dal sistema, le deve essere, in generale, riconosciuto». Analizzando Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, cit., A. D'ANGELO, *op. cit.*, 247 e 248, osserva che la pronuncia citata, pur adombrando le premesse del valore cogente della buona fede e dell'inderogabilità della solidarietà, non si contraddistingue per una *ratio decidendi* implicante l'invalidità della clausola contrattuale assegnante al concessionario la «piena libertà» di determinare i prezzi di vendita alla distribuzione: la prospettazione delle ipotesi (da verificarsi in fatto) di scorrettezza della condotta – si legge nella sentenza – è pur sempre riferita «allo spirito dell'intesa raggiunta sul punto dalle parti».

³⁶ La tendenza a stabilire e valorizzare la relazione tra buona fede-correttezza e principio costituzionale di solidarietà sociale si origina nel clima culturale maturato tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento, periodo contraddistinto da una crescente attenzione della civilistica italiana verso la normativa costituzionale. Una relazione tra buona fede-correttezza e principio solidaristico è riconosciuta, seppure da prospettive e con esiti differenti, da S. RODOTÀ, *op. cit.*, 172 ss.; P. BARCELLONA, *op. cit.*, 1969, 227 ss.; U. NATOLI, *op. ult. cit.*, 34 e 36 ss. Tale principio viene

La buona fede risulterebbe in quest'ottica sovraordinata per ciò soltanto ai poteri dispositivi delle parti e data la sua inderogabilità il giudice sarebbe autorizzato a intervenire per rimuovere i patti con essa contrastanti.

Occorre però chiarire in che senso possa discorrersi di inderogabilità della buona fede e al contempo domandarsi se possa parlarsi di una contrarietà del contratto o di singole clausole rispetto ad essa nonché, in ultima istanza, se conseguenza di tale difformità possa essere l'invalidità.

Non può trascurarsi, a tal fine, che la clausola generale in questione è destinata a operare sul piano della valutazione dei comportamenti delle parti e non anche sul contenuto delle determinazioni convenzionali. Da tale angolo visuale, risulta opinabile la tesi³⁷ secondo cui possa parlarsi di disposizione contraria a buona fede, con conseguente invalidità, anche nel caso in cui essa legittimi la parte a comportarsi senza tenere conto dell'interesse dell'altra, ove non risulti

circoscritto alla solidarietà contrattuale da C.M BIANCA, *op. ult. cit.*, 209, il quale afferma, dapprima, che la buona fede si riporta all'idea di fondo della solidarietà e puntualizza, poi, che con riferimento alle parti del rapporto contrattuale essa si esprime in una concreta esigenza di solidarietà la quale può indicarsi come solidarietà contrattuale. Quest'ultima si specificherebbe in due fondamentali canoni di condotta, dei quali il primo opererebbe principalmente nella formazione nonché nella interpretazione del contratto e imporrebbe la lealtà del comportamento; il secondo opererebbe nell'esecuzione del contratto nonché nell'attuazione del rapporto obbligatorio e si tradurrebbe in un obbligo di salvaguardia. Di solidarietà contrattuale come «criterio di determinazione della buona fede» discorre G.M. UDA, *op. cit.*, 82 ss.

Il collegamento con le istanze solidaristiche è contestato da M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, 553 ss. E già G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 625 ss., 628 e 636 s. rilevava che tale concezione mostra di concepire la buona fede in un senso che va oltre la lealtà reciproca fra contraenti – senso che ad essa attribuisce l'a. richiamato (628) – inserendovi gli stessi principi regolatori della convivenza sociale.

Reputa invece che la solidarietà non aggiunga alcunché alla buona fede poiché di essa non modifica i criteri di attuazione A. D'ANGELO, *op. cit.*, 241, il quale precisa che il punto di riferimento della concretizzazione della buona fede consiste nella composizione degli interessi individuali realizzata con il contratto e che, anche là ove essa attribuisca rilevanza a valori e interessi estrinseci al medesimo, la soluzione ispirata a tali valori e interessi non può porsi in contrasto con l'equilibrio negoziale.

³⁷ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 206, nota 4.

che questo interesse sia irrilevante o sia stato altrimenti salvaguardato. Appare preferibile, a tale senso più radicale, quello secondo cui l'inderogabilità della buona fede si tradurrebbe nella sola nullità di pattuizioni escludenti l'applicabilità stessa della clausola generale in questione³⁸.

Argomentare in senso contrario significa trasportare la buona fede su un terreno che ad essa non appartiene.

Ciò nonostante, un'adesione alla tesi sopra criticata sembra riscontrarsi nell'ordinanza del Tribunale di Bergamo – alla quale possono essere estesi, quindi, i medesimi rilievi – là dove il giudice ha riconosciuto la possibilità di un «sindacato giudiziale» dell'atto di autonomia privata nell'ottica di pervenire a un «bilanciamento o equilibrio dei contrapposti interessi», fino a considerare il termine di preavviso pattuito come non «equo e pertinente» al caso di specie. E sembra che un ruolo decisivo, in ciò, sia stato assunto dalla rilevata posizione di supremazia dell'un contraente nei confronti dell'altro.

Quest'affermazione, tuttavia, richiede ulteriori osservazioni. La clausola generale di buona fede e correttezza, infatti, non risulta idonea a sopperire allo squilibrio che consegue all'essere una delle parti in posizione di supremazia³⁹. Non può negarsi che i contraenti debbano

³⁸ Propende per questa ricostruzione, che intende l'inderogabilità della buona fede nel senso che le parti non possono pattiziamente escludere l'operatività della medesima e non nel senso della sindacabilità delle determinazioni convenzionali reputate ad essa contrarie, A. D'ANGELO, *op. cit.*, 232 s.

³⁹ Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, I, 1467 ss. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi sull'art. 180 l. 22 aprile 1941, n. 633, il quale sembrava attribuire alla Società italiana autori ed editori (SIAE) una posizione di supremazia tale da sfociare in un potere arbitrario nel sistema allora vigente, caratterizzato dalla mancanza di una legislazione antitrust. Il giudice *a quo* aveva invocato gli strumenti civilistici nel quadro dell'autonomia negoziale, ritenendoli idonei ad assicurare una congrua tutela avverso il predetto potere. La Corte cost. si è però mostrata di diverso avviso, affermando che le norme le quali impongono alle parti di comportarsi secondo buona fede e correttezza nelle trattative nonché nella formazione ed esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.), le regole della correttezza professionale (art. 2598, n. 3 c.c.) e i doveri correlati alla responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) «non costituiscono un argine sufficiente alla libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l'autonomia contrattuale, e non sono perciò idonei a sopperire all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia».

comportarsi secondo buona fede e correttezza sia nella fase formativa sia in quella esecutiva. Ciò non significa, però, che la buona fede imponga alla regola «liberamente contratta» un contenuto piuttosto che un altro⁴⁰. Per quel che concerne, poi, nello specifico il recesso, il sindacato sulla conformità dell'esercizio del potere rispetto alla buona fede non può avere per effetto la sostituzione della regola negoziale con quella giudiziale – come invece ha fatto il Tribunale con il provvedimento in commento – attenendo tale sindacato non alla validità della clausola, che è data per presupposta, bensì al contegno esecutivo⁴¹.

Nello stesso senso, Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. civ.*, 2002, I, 685 ss.. Nel caso di specie, un commerciante aveva stipulato con una banca una convenzione per regolamentare i finanziamenti all'acquisto di beni da parte dei propri clienti, la quale prevedeva che se la documentazione prodotta per ottenere i finanziamenti fosse risultata incompleta, irregolare o falsa, il commerciante ne sarebbe stato responsabile e avrebbe dovuto restituire alla banca, in caso di inadempimento del finanziato, le somme da essa erogate. Un acquirente del commerciante non aveva restituito le somme e la banca aveva scoperto che la documentazione da lui fornita fosse falsa. Valendosi della predetta clausola, l'istituto di credito aveva quindi ottenuto un decreto ingiuntivo contro il rivenditore; il quale aveva spiegato opposizione, lamentando la vessatorietà della clausola in questione. Pur non essendo applicabile l'art. 1469 c.c., ad avviso dell'opponente essa avrebbe dovuto assumere rilievo in quanto contrastante con i «principi di lealtà, correttezza e buona fede, previsti dal combinato disposto degli artt. 1337 e 1358 c.c., essendo abnorme lo squilibrio tra i diritti e doveri delle due parti». L'opposizione era stata rigettata e la statuizione era stata confermata in appello, sicché la controversia era giunta in Cassazione. Il ricorrente lamentava violazione e falsa applicazione degli artt. 1337, 1358 e 1375 c.c. e di ogni norma e principio in materia di applicazione dei principi di buona fede e correttezza nel rapporto contrattuale. La Suprema corte ha ritenuto infondato tale profilo di censura sia perché si denunciava la violazione di disposizioni che non avrebbero potuto trovare applicazione al caso di specie sia perché si volevano «collegare alla loro violazione conseguenze non previste dalla legge».

⁴⁰ A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, II, 357, in commento a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, il quale aggiunge che «non c'è articolo delle nostre leggi che dica una cosa simile». Lo stesso a., altrove, puntualizza che la buona fede viene invocata in maniera «non pertinente» per affermare che alla sua stregua il giudice possa sindacare ciò che le parti hanno pattuito (ID., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, III, 329).

⁴¹ Così ha affermato Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. Giur.*, 11, 2000, 1479 ss., all'esito di una controversia relativa al recesso di una banca dal contratto di apertura di credito.

4. *Segue. Il ricorso all'abuso del diritto. Rilievi critici. Individuazione di forme di protezione diverse e ulteriori in favore della parte che subisce il recesso*

Un vaglio alla stregua della clausola generale di buona fede e correttezza, per offrire tutela al soggetto sottoposto al recesso, in verità, non appare di per sé precluso⁴². A tal riguardo, anche l'abuso del diritto assumerebbe un ruolo⁴³, quale categoria che secondo alcune costruzioni mette in discussione, più in generale, la «forza garantistica» riconosciuta a rapporti e «forme» di diritti «allo stato libero» come quelli proprietari e potestativi⁴⁴. Occorre considerare, quindi, in che termini ed entro quali limiti un simile controllo sia consentito nell'ipotesi del recesso *ad nutum* (non solo contrattualmente ma anche legalmente assegnato⁴⁵), per poi tornare al caso deciso dall'ordinanza in commento e verificare se nella specie vi fossero margini per evitare il sindacato sulla stessa previsione attributiva.

⁴² Il termine recesso designa tanto il potere quanto il relativo atto di esercizio: sul punto, S. SANGIORGI, voce «Recesso», in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991, p.1 s.

⁴³ Esemplificativa è la posizione di G. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986, 767 e 777 s., il quale afferma che «il tema sempre discusso – e perciò sempre attuale – dell'abuso del diritto» viene in rilievo per valutare la possibilità di colpire un «uso» del recesso che, «non essendo conforme a buona fede, produce un danno nella controparte». Ancor prima, P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 244 rilevava che la materia dei diritti potestativi, e dei negozi «astratti» tramite cui essi sono esercitati, ha sollecitato in misura maggiore e «con urgenza», la ricerca di rimedi contro l'abuso. Più avanti, il medesimo a. osservava come la dottrina dell'abuso del diritto avvertisse i legami intercorrenti fra l'abuso e la mancanza di giusta causa, ponendo quest'ultima nonché il motivo legittimo quali termini di paragone o «antidoto» dell'abuso (253).

⁴⁴ A. DIMAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti «poteri privati»*, in *Giust. civ.*, 1980, c. 442 s., in nota a Cass., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, *ivi*, 1980, 439 ss., resa all'esito di un giudizio promosso da un lavoratore assunto alle dipendenze di un ente pubblico economico, il quale aveva contestato alcuni provvedimenti in materia disciplinare e di progressione di carriera. Ancorché riguardante l'esercizio di un potere c.d. «imprenditoriale», la sentenza avrebbe sollecitato una riflessione sulla rilevanza ed operatività della correttezza al di fuori dei «rapporti obbligatori in generale» (c. 449).

⁴⁵ S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, 1, puntualizza che il recesso, considerato come potere, può essere volontario o legale, a seconda che consegua dall'accordo delle parti ovvero dalla legge.

È opportuno rilevare, in proposito, che l'abuso presuppone una valutazione la quale si limita a escludere in date circostanze di fatto la legittimità di talune modalità di esercizio del diritto⁴⁶. Diversi criteri sono stati proposti nel tempo per compiere una siffatta valutazione. L'abuso è stato riferito a un contegno censurabile sulla base di parametri etici; a un comportamento accompagnato dall'*animus nocendi* (sul modello più tradizionale degli atti emulativi); ad una condotta contraria a buona fede; all'esercizio di un diritto difforme rispetto allo scopo per il quale è stato assegnato⁴⁷.

Nella pronuncia del 2009⁴⁸ la Cassazione ha descritto l'abuso del diritto come un «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva»; criterio che non presuppone una «violazione» in senso formale, ma delinea un'alterata utilizzazione dello schema del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi diversi e ulteriori rispetto a quelli indicati dal legislatore⁴⁹. La sentenza si segnala per aver esplicitato di esso gli elementi costitutivi⁵⁰, ovvero: la titolarità di un diritto soggettivo; la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; la circostanza che tale esercizio concreto,

⁴⁶ U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, III, *L'abuso del diritto*, cit., 7.

⁴⁷ Per una disamina dei criteri di valutazione della condotta abusiva e un quadro delle diverse ricostruzioni, G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, G. MANIACI (a cura di), Milano, 2006, 136 ss. Ripercorre il dibattito italiano sull'abuso G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra Otto e Novecento*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, V. VELLUZZI (a cura di), Pisa, 2012, 51 ss., in part. 56 ss.

⁴⁸ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

⁴⁹ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

⁵⁰ La Cassazione non sembra discostarsi in maniera significativa, sul punto, dal contributo di G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 30 ss. Offre una ricostruzione differente A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 311 s., il quale reputa che ai fini dell'abuso debbano ricorrere: un «atto»; la conformità strutturale di esso rispetto a un modello di comportamento permesso; il contrasto funzionale dell'atto con imperativi; «un trattamento giuridico dell'atto connesso alla funzione e non alla struttura, di segno negativo (cioè contrario al significato e ai fini dell'atto): sanzione». A questo può talvolta aggiungersi – ad avviso dell'a. da ultimo citato – un pregiudizio di qualche tipo a terzi.

anche se formalmente rispettoso della «cornice attributiva» di quel diritto, si svolga secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una «sproporzione ingiustificata» tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui la controparte è soggetta.

Rapportando al recesso *ad nutum* la categoria così configurata, può osservarsi che non sempre tale diritto può essere esercitato secondo modalità molteplici e non rigorosamente predeterminate. Una «procedimentalizzazione»⁵¹ sembra in realtà caratterizzare le ipotesi nelle quali sia imposta l'osservanza di un preavviso⁵² la cui estensione sia stata fissata dalla legge, dagli usi o dalle parti. Rappresentative risultano in proposito le ipotesi di recesso legale, revoca e disdetta di cui agli artt. 1569, 1596, 1725 e 1727, 1750, 1771, 1833 c.c., rispettivamente in materia di somministrazione, locazione, affitto, mandato, agenzia, deposito, conto corrente. Sebbene il recesso *ad nutum* si presenti puro e semplice e risulti idoneo a produrre effetti pur in mancanza di una giustificazione⁵³, in tutte le fattispecie richiamate il

⁵¹ Di «procedimentalizzazione» del diritto discorre Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cui si richiama l'ordinanza in commento.

⁵² Il preavviso è stato definito come una clausola negoziale apposta dalla legge ovvero dalla convenzione ed operante nell'ipotesi in cui la parte legittimata faccia dichiarazione di recesso. In questi termini, W. D'AVANZO, *op. cit.*, 1036, a parere del quale, più che elemento del recesso, esso si paleserebbe quale modalità di esercizio del medesimo. Riconosce che la funzione del preavviso sia quella di tutelare l'interesse strumentale a una modalità di cessazione del rapporto che non arrechi pregiudizio a chi la subisce S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, 4 e 8. Grazie al distacco tra la comunicazione del recesso e il venir meno del rapporto – rileva l'a. – si profila un periodo preparatorio, diretto a consentire una «preordinata disciplina alla cessazione del vincolo» (4). Intravedono una giustificazione sostanziale del preavviso nella tutela dell'altro contraente G. GABRIELLI E F. PADOVINI, voce «Recesso (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 29.

⁵³ Per tale caratteristica il recesso *ad nutum* presenterebbe affinità con quelli che la dottrina francese definisce diritti «discrezionali, o acausali, o immotivati, o anche assoluti», ossia quei diritti per i quali sia escluso ogni sindacato in ordine a motivi e modalità di esercizio. Una «innegabile coincidenza» tra questi diritti e quelli compresi nella categoria dei diritti potestativi, nota alla nostra tradizione di pensiero, è rilevata da P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 243. Un tratto potestativo si riscontrerebbe infatti nel recesso, nella misura in cui compete al titolare del diritto la scelta se esercitare o meno il medesimo. Di diritto potestativo discorre apertamente W. D'AVANZO, voce «Recesso (diritto civile)», in *Novissimo dig.*, XIV, Torino, 1967,

soggetto che esercita il recesso, la disdetta o la revoca è tenuto a dare un preavviso, ovvero sia deve concedere all'altra parte un arco temporale che le consenta di provvedere diversamente agli interessi dedotti in contratto⁵⁴. In questi casi, la modalità di esercizio del recesso è rigidamente predeterminata, sicché non residuano margini per una valutazione di abusività, difettando il requisito sopra detto, il quale richiede ai fini dell'abuso che il diritto possa essere in concreto esercitato secondo una molteplicità di contegni.

La durata del preavviso è talvolta fissata dalla legge o dagli usi: il giudice non può sindacarne, quindi, l'estensione. Altre volte, il compito di definire il preavviso è deferito alle parti, ma un vaglio del giudice non è del pari ammesso in questi casi. E tale assunto sembra trovare conferma nella previsione dell'art. 1569 c.c., là dove si prevede che ciascuno dei contraenti possa recedere dal contratto di somministrazione dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura del contratto. Solo in quest'ultimo caso, ossia in assenza di una definizione del termine di preavviso, residua un margine per un sindacato del giudice circa la congruità del termine stesso.

Tali considerazioni conducono a muovere un ulteriore rilievo avverso la pronuncia del Tribunale di Bergamo. Ivi la clausola del contratto, nell'assegnare il diritto, ne aveva subordinato l'esercizio al rispetto di preavviso di tre mesi puntualmente osservato dall'impresa resistente; ciò nonostante il giudice ha rilevato profili di abusività del contegno consistente in un preavviso di «soli»⁵⁵ tre mesi, giungendo a sindacare, quindi, la congruità del termine stabilito dai contraenti.

L'operazione compiuta dal decidente appare criticabile, in quanto non tiene affatto in considerazione la mancanza del requisito dell'abuso

1027. In giurisprudenza, sembra aver accolto questa tesi Cass., 28 gennaio 1976, in *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 1976, c. 82. In senso contrario, S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, 167 ss.

⁵⁴ S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, 130; G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *op. cit.*, 31. Rappresentativo, in tal senso, sebbene in tema di rinuncia del mandatario, è l'art. 1727, il quale stabilisce che la rinuncia debba essere fatta, in ogni caso, in modo e in tempi tali che il mandante possa provvedere altrimenti, salvo il caso di impedimento grave da parte del mandatario.

⁵⁵ Così Trib. Bergamo, in commento.

di cui si è sopra detto, esplicitato peraltro dalla stessa pronuncia della Cassazione del 2009 richiamata dall'estensore.

Nel caso di specie, inoltre, sembra difettare un'alterata utilizzazione dello schema del diritto. Il recesso *ad nutum* viene comunemente riconosciuto nei rapporti di durata⁵⁶, nei quali l'esercizio del medesimo risulta strumentale alla fissazione di un termine del contratto⁵⁷, in mancanza di un'apposita previsione legale o convenzionale. L'intento sotteso dal contegno della resistente, nella fattispecie in esame, era quello di incrementare le vendite mediante una riorganizzazione della rete di distribuzione, ed esso non si mostra incompatibile con la *ratio* della previsione attributiva⁵⁸.

⁵⁶ Nel senso di riconoscere una facoltà di recedere liberamente dai contratti di durata, fondata sulla temporaneità dei rapporti obbligatori, si esprime la giurisprudenza. Esemplicative: Cass., 7 marzo 2002, n. 3296, in *Giust. civ.*, 2003, I, 196 ss.; Cass., 20 giugno 2001, n. 8429, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 8 ss.; Cass., 1 luglio 1998, n. 6427, in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 1998, c. 557 ss.. In dottrina: S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, 183; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 741, il quale considera comunque necessario un congruo preavviso, a prescindere da una sua previsione legale o convenzionale. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto, artt. 1372-1405*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1993, 62 ss.. L'a. individua un principio di sfavore per i rapporti contrattuali perpetui, vincolanti le parti per l'intera propria esistenza. Pur essendo il contratto un atto di autonomia del singolo, l'accettazione di un simile vincolo comporterebbe una rinuncia alla stessa libertà contrattuale. Oltretutto, vincoli contrattuali perpetui ostacolerebbero un impiego proficuo delle risorse, impedendo il mutamento della loro destinazione. Il recesso, insieme al termine (finale massimo), risulterebbe appunto strumentale alle riferite esigenze. Contratti con durata a tempo indeterminato sarebbero quindi ammessi, ma dovrebbe riconoscersi alle parti in tali casi la facoltà di sciogliere il contratto.

⁵⁷ S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, 19. Discorre a tal proposito di recesso «ordinario» o «determinativo», sulla falsariga della distinzione di origine tedesca tra recesso «ordinario» e «straordinario», G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro – I. Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, 205 ss.

⁵⁸ Una riflessione che può essere sul punto utilmente richiamata – seppure maturata in tema di abuso di dipendenza economica – è svolta da A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, Napoli, 2008, 142 s., la quale considera l'art. 41 Cost. come referente normativo tanto dell'interesse dell'impresa recedente alla cessazione dei rapporti quanto della controparte alla prosecuzione dei medesimi. Ambedue e non solo il secondo si mostrerebbero dunque bisognosi di tutela, e risulterebbero meritevoli di protezione giuridica nel concorso di differenti criteri valutativi.

Può in definitiva osservarsi, nel caso del recesso, una sovrapposizione non infrequente tra il piano dell'esercizio del potere e quello della previsione attributiva, in quanto il primo si realizza proprio mediante un atto i cui elementi sono delineati dalla seconda. Il richiamo alla categoria dell'abuso conduce a porre in discussione le modalità di esercizio del diritto, ma quando tali modalità risultano conformi alla previsione attributiva, l'operazione descritta sfocia in un sindacato della stessa, e un esito siffatto risulta inammissibile, tanto più se si considera che nella sopra richiamata sentenza della Cassazione del 2009 l'abuso figura come «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva»⁵⁹.

Nell'ambito del recesso *ad nutum*, dunque, sembra residuare uno spazio invero assai ristretto per la categoria dell'abuso, ma ciò non implica la mancanza di forme di protezione diverse e ulteriori⁶⁰ in favore del soggetto che subisce l'esercizio del diritto. Un rilievo potrebbe essere assunto da comportamenti realizzati dal titolare del diritto nel corso dell'esecuzione del contratto⁶¹. Si può con ciò alludere, per esempio, a quel criterio di coerenza delle condotte compendiate nella formula del divieto di *venire contra factum proprium*⁶². È l'ipotesi

⁵⁹ Peraltro, la medesima – opinabile – sovrapposizione tra l'apprezzamento dell'atto di autonomia privata, «sospeso tra interpretazione e controllo», e quello dell'esercizio del recesso è stata rilevata a proposito della stessa sentenza del 2009 da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 10.

⁶⁰ A. D'ANGELO, *op. cit.*, 110, il quale riferisce l'assunto tanto alle ipotesi legali di recesso quanto ai diritti di recesso pattiziamente concessi.

⁶¹ *Ibidem*

⁶² Sul tema: F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; F. PROCCHI, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazione giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, L. GAROFALO (a cura di), Padova, 2006, 77 ss. Propone un ricorso a tale divieto, in commento a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit., A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, II, 361 ss., in particolare 364. In tal caso, l'abuso non concernerebbe il comportamento attuativo della facoltà *ex contractu*, bensì la condotta (contraddittoria) della parte che da un lato con propri atti postuli la prosecuzione del rapporto e dall'altro receda in maniera improvvisa e incoerente. Quindi, riferendosi al caso di specie, l'a. osserva che se il concedente avesse con i propri atti giustificato l'affidamento nella prosecuzione del rapporto, i concessionari avrebbero contestato legittimamente il di lui recesso, in quanto egli «venit contra factum proprium». Tuttavia, M.R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 95, puntualizza che, nel caso di specie, le parti si trovavano in una situazione non diversa

dell'esercizio di un diritto di opzione o di recesso, della revoca o dello scioglimento per effetto di clausole risolutive espresse, che facciano séguito a comportamenti i quali abbiano suscitato affidamenti circa il loro mancato esercizio⁶³. Tali considerazioni rapportate al caso di specie impongono di verificare se l'impresa recedente avesse tenuto, nel corso dell'esecuzione, contegni idonei a far confidare la controparte nella prosecuzione dei rapporti e quindi nel mancato esercizio del recesso. Emerge dall'ordinanza in commento, per esempio, che si erano svolti tre incontri, durante i quali la casa madre non aveva mai accennato al recesso. Ed allora, pur nel rispetto delle peculiarità che contraddistinguono il giudizio cautelare, un'indagine ulteriore in questa direzione sarebbe stata, probabilmente, proficua.

5. *Segue. Il c.d. abuso di potere contrattuale*

La conclusione del Tribunale non può essere argomentata neppure a partire dal c.d. abuso del potere contrattuale⁶⁴, cui la ricorrente sembra aver accennato con il lamentare l'imposizione di clausole vessatorie. L'estensore dimostra di aver considerato la problematica, ma solo in parte. Il giudice ha dato risalto al contenuto di alcune clausole evidenziate nel ricorso. Ciò ha fatto, tuttavia, solo per affermare la presenza di un partner c.d. forte, in virtù della quale, poi, ha dato rilievo alla condotta della casa madre, a prescindere dall'eventuale carattere vessatorio delle stesse e da un controllo circa il fatto che esse

da quella tipicamente precontrattuale, in quanto gli investimenti delle concessionarie erano stati fatti nel periodo successivo al recesso, durante il tempo concesso a titolo di preavviso. Più che di affidamento sulla continuazione del rapporto, dunque, si sarebbe trattato di un affidamento in ordine a una «nuova» determinazione da parte del produttore. L'a. citata ritiene di conseguenza opportuno il riferimento all'art. 1337 c.c., piuttosto che agli artt. 1366, 1175 o 1375 c.c.

⁶³ A. D'ANGELO, *op. cit.*, 110.

⁶⁴ In argomento, R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, cit., 217 ss.; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 296 ss.; F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio della libertà contrattuale*, in *Giur. merito*, 2007, XII (suppl.), 8 ss.; F. DI MARZIO, voce «Abuso contrattuale», in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2007, 1 ss.; Id., *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 27 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663 ss.

integrassero o meno delle condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie.

L'abuso del potere contrattuale non presuppone – a differenza dell'abuso del diritto – una deviazione dell'atto di esercizio dalla situazione sottostante, ma si configura nell'ipotesi in cui si approfitti di una situazione contingente la quale attribuisce a una parte una maggiore forza contrattuale, consentendo ad essa d'imporre condizioni gravose⁶⁵.

Siffatto paradigma accomunerebbe diverse disposizioni⁶⁶. Nelle fattispecie non riconducibili ad alcuna delle riferite previsioni, la condotta del contraente dotato di maggiore forza contrattuale sembra in definitiva risolversi in una condotta contraria alla clausola generale richiamata; di modo che l'abuso di potere contrattuale non pare avere in questi casi autonomia sul piano dell'individuazione di una fattispecie cui ricondurre determinati effetti.

La riscontrata non conformità del contegno rispetto alla clausola generale di buona fede e correttezza non è peraltro sufficiente ad autorizzare un sindacato del giudice in termini di validità⁶⁷; controllo

⁶⁵ Già P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 235 rilevava che l'approffittamento della minore forza negoziale dell'altro contraente non integrasse propriamente un abuso del diritto. Sul punto si è soffermato ulteriormente C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 138 ss., il quale ha efficacemente evidenziato che nelle ipotesi riconducibili allo schema dell'abuso di potere contrattuale il limite alla libertà negoziale del soggetto (diretto a impedire che costui commetta l'abuso) non è posto per assicurare l'aderenza dell'esercizio di tale libertà alla razionalità ad essa sottesa, bensì a tutela dell'altra parte, la cui libertà negoziale risulta minacciata dalle proprie condizioni di debolezza.

⁶⁶ Si allude, in primo luogo, allo stesso art. 9, l. n. 192 del 1998. Rilevano, inoltre: l'art. 3, l. n. 287 del 1990, in materia di abuso di posizione dominante; l'art. 7, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, riguardante la clausola di dilazione dei termini di pagamento; l'art. 52, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. codice del consumo, relativamente ai contratti stipulati telefonicamente; l'art. 34 del citato codice, in tema di clausole vessatorie.

⁶⁷ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Danno resp.*, 2008, 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Dir. fall.*, 2008, 1 ss., con nota di F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.U.) 19 dicembre 2007, n. 26725*. Sulla pronuncia, altresì: A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 393 ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, *ibidem*, 403 ss. Nell'ordinanza della prima sezione, che ha rimesso la questione alle Sez. un. (Cass., 16 febbraio 2007, n. 3684), la Suprema corte ha riconosciuto che

che possa sfociare, di séguito, in un intervento sulla determinazione convenzionale imposta dal contraente c.d. forte a scapito di quello debole.

Adottando questa prospettiva, in presenza di una disparità «qualificata», tale cioè da integrare una dipendenza economica, l'impresa debole può attivare, in caso di abuso, i rimedi previsti dalla l. n. 192 del 1998, ossia: nullità della clausola, inibitoria, risarcimento del danno. Laddove la disparità di forza non presenti i caratteri della dipendenza economica – ed è questo il caso deciso dall'ordinanza in esame – sembra prospettarsi per la parte «debole», al piú, una tutela risarcitoria⁶⁸, rimanendo invece valida la pattuizione⁶⁹.

il tradizionale principio di non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità del negozio è stato incrinato da molteplici interventi del legislatore: essi assegnerebbero rilievo al comportamento contrattuale delle parti anche ai fini della validità del contratto. Le stesse Sez. un. hanno preso atto di questo dato; hanno tuttavia ribadito l'opportunità di mantenere la separazione, reputando la tendenza riscontrata non ancora sufficiente a giustificare una diversa soluzione (Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit.). In senso contrario, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 9 ss., il quale ritiene che l'allargamento dell'orizzonte all'integrazione europea abbia eroso in maniera sostanziosa la valenza delle categorie tradizionali, incapaci di adeguarsi, nella loro rigidità, agli interessi di nuova emersione e alla duttilità dello strumentario rimediale dettato dalla legislazione di derivazione comunitaria.

⁶⁸ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Contr. impr.*, 2005, 892 ss., con commento di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, confermata da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.; Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725 (e 26724), in *Obbligazioni e contratti*, II, 2008, 104 ss., con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*. La Cassazione ha precisato in quell'occasione che le regole di validità non esauriscono ogni altra valutazione dei contegni relativi alla fase formativa, sicché la responsabilità precontrattuale o contrattuale può essere affermata anche in presenza di un contratto già concluso e valido.

⁶⁹ Tale soluzione sembra riferibile pur sempre al tema della giustizia contrattuale, ma si distacca dalla c.d. *substantive justice*, mantenendosi nei limiti di quella *procedural justice* da cui non pare discostarsi A. D'ANGELO, *op. cit.*, 176 ss., cui si rinvia per un approfondimento della cennata distinzione.

6. *Necessità di un cambio di prospettiva. Recesso ad nutum e disciplina codicistica. Ratio delle specifiche previsioni in materia*

Ciò posto, è possibile domandarsi se davvero la soluzione prescelta dall'estensore fosse l'unica via da intraprendere per conseguire il risultato verso cui egli s'indirizzava, ossia dare tutela all'impresa connotata come «debole».

Un'indagine può essere compiuta nell'ambito delle norme relative ai singoli contratti. Con riferimento al recesso nella concessione di vendita, parte della dottrina attribuisce risalto all'art. 1569 c.c.⁷⁰, in materia di somministrazione, il quale consente a ciascuna delle parti di sciogliere il contratto ove la durata di quest'ultimo non risulti stabilita, previo avviso nel termine pattuito ovvero in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione.

L'applicazione di tale articolo può rivelarsi, tuttavia, di scarsa incidenza⁷¹, soprattutto nei casi – come quello da cui muove l'ordinanza in commento – in cui un termine di preavviso sia stato stabilito dalle parti⁷². La disposizione non risulta idonea a supportare una valutazione del giudice circa la congruità del termine pattuito: il decidente può compiere un vaglio sulla congruità del termine di preavviso in via residuale ed eventuale, ossia soltanto laddove l'estensione del medesimo non sia stata altrimenti stabilita.

Questo non è però il caso del provvedimento annotato, ove – come si è più volte evidenziato – il termine era stato fissato dalla stessa clausola contrattuale attributiva del recesso.

Una soluzione può essere rintracciata nell'art. 1750 c.c., a patto di reputare applicabili alla concessione di vendita le norme in materia di agenzia⁷³. La disposizione richiamata autorizza il giudice a intervenire

⁷⁰ R. BALDI e A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2008, 125.

⁷¹ R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, 325.

⁷² In questo senso, M.R. MAUGERI, *op. cit.*, 93. L'a. reputa difatti indivisibile il ricorso all'art. 1569 c.c. «ovviamente solo se l'ordinamento pattizio non disponga diversamente».

⁷³ Un'affinità tra concessione di vendita e agenzia è intravista da F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, 222, il quale ritiene che il contratto di concessione di vendita, basato su un rapporto di scambio, si pone per le sue peculiarità sullo stesso piano dei contratti di agenzia e commissione. Dottrina e giurisprudenza prevalenti rimarcano, però, la differenza tra i contratti in questione, ponendo l'accento in particolare sui connotati

sulla durata del preavviso a prescindere dall'esistenza o meno di una determinazione convenzionale al riguardo. Invocando tale norma, il Tribunale di Bergamo avrebbe potuto reputare non congruo il termine fissato dalle parti e prolungarlo fino a un massimo di sei mesi.

Piú delicata è la questione concernente l'applicabilità dell'art. 1751 c.c., in tema di indennità in caso di cessazione del rapporto. Le maggiori riserve che la dottrina ha manifestato circa la possibilità di estendere alla concessione di vendita le norme in materia di agenzia si concentrano proprio su questo profilo, in quanto nella concessione di vendita difetterebbero i connotati previdenziali che caratterizzerebbero invece il contratto di agenzia e giustificerebbero la previsione dell'indennità⁷⁴.

La tesi riferita si basa sul dato letterale risultante dalla formulazione originaria della disposizione richiamata⁷⁵. Occorre tuttavia considerare che l'art. 1751 c.c. ha subito importanti modifiche⁷⁶. In sèguito alla

previdenziali caratterizzanti all'origine la disciplina dell'agenzia per escludere che l'art. 1751 c.c., in tema di indennità per la cessazione del rapporto, possa essere applicato alla concessione di vendita. Un'adesione a tale tesi si riscontra in O. CAGNASSO, *op. cit.*, 226 s. Evidenzia una incompatibilità tra i due contratti anche Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, *cit.*, ove i concessionari avevano sostenuto il proprio diritto a percepire una somma a titolo di indennità, invocando l'applicazione analogica del citato art. 1751 c.c. Ad avviso della Corte, il contratto di concessione di vendita si caratterizzerebbe per una complessa funzione di scambio e di collaborazione. Esso si porrebbe, però, «al di fuori dell'area di affinità con il contratto di agenzia», in quanto i profili di collaborazione sarebbero irrilevanti. In questo senso, già Cass. 21 luglio 1994, n. 6819, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 381 ss., secondo cui la concessione di vendita si collocherebbe in un'area di affinità con i contratti di somministrazione o di commissione, ma non con quello di agenzia.

⁷⁴ O. CAGNASSO, *op. loc. cit.*

⁷⁵ L'art. 1751 c.c. disponeva testualmente: «All'atto dello scioglimento del contratto a tempo indeterminato, il preponente è tenuto a corrispondere all'agente un'indennità proporzionale all'ammontare delle provvigioni liquidategli nel corso del contratto e nella misura stabilita dagli accordi economici collettivi, dai contratti collettivi, dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità.

Da tale indennità deve detrarsi quanto l'agente ha diritto di ottenere per effetto di atti di previdenza volontariamente compiuti dal preponente.

L'indennità è dovuta anche se il rapporto di agenzia è sciolto per invalidità permanente e totale dell'agente.

Nel caso di morte dell'agente l'indennità spetta agli eredi».

⁷⁶ Modifiche sono state apportate alla disciplina di cui all'art. 1751 c.c. mediante il d.lgs. 10 settembre 1991, n. 303, attuativo della direttiva n. 86/653/CEE del

novella, la funzione dell'indennità risulta essere ora quella di compensare l'agente «per l'apporto dato alla clientela del preponente»⁷⁷. Nel testo attualmente vigente la disposizione citata prevede infatti che l'indennità sia da quest'ultimo dovuta all'agente se questi gli abbia procurato nuovi clienti oppure abbia sensibilmente sviluppato affari con quelli esistenti, potendosi ancora ricavare vantaggi da essi.

Sulla scorta di queste osservazioni può concludersi che, se da un contratto di concessione di vendita risultano obblighi di collaborazione idonei a determinare un trasferimento di clientela, non appare opportuno negare al concessionario l'indennità⁷⁸, sempre che nel caso di specie ricorrano le condizioni esplicitate dalla disposizione richiamata.

7. Considerazioni conclusive

In conclusione, è molto probabile che un'influenza nel senso di orientare il decidente all'opinabile soluzione sia stata esercitata proprio dalla riscontrata posizione di forza o di supremazia dell'una impresa nei riguardi dell'altra. Tale dato rappresenta la chiave di volta dell'intera argomentazione del Tribunale; ad avviso del quale, «in presenza di un partner forte», se non in virtù dell'art. 9, l. subfornitura, il contegno consistente nel recesso sarebbe «rilevante alla luce della teorica della buona fede e dell'abuso del diritto in generale». Dopo aver constatato l'impossibilità di offrire tutela all'impresa debole mediante l'applicazione della norma sul divieto di abuso di dipendenza economica, il giudice ha fatto riferimento alla buona fede e all'abuso del diritto. Non potendo tale argomentazione consentire, del pari, una soluzione favorevole alla concessionaria, l'estensore si è spinto oltre, ammettendo un sindacato sull'atto di autonomia privata, passando dal

Consiglio del 18 dicembre 1986, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, a norma dell'art. 15 della l. 29 dicembre 1990, n. 428 (L. comunitaria 1990), in G.U. del 20 settembre 1991 n. 221; nonché per mezzo del d.lgs. 15 febbraio 1999, n. 65, adeguamento della disciplina relativa agli agenti commerciali indipendenti, in ulteriore attuazione della direttiva 86/653/CEE.

⁷⁷ M.R. MAUGERI, *op. cit.*, 94.

⁷⁸ *Ibidem*.

piano dei comportamenti a quello concernente la valutazione delle determinazioni convenzionali e intervenendo sulle medesime, modificando l'estensione del termine di preavviso.

Un'argomentazione differente era possibile. Volendo cercare una soluzione nella clausola generale di buona fede e correttezza, il giudice avrebbe potuto ritenere contraria ad essa non la previsione attributiva del diritto bensì la condotta dell'impresa, ponendo eventualmente l'accento sul contegno tenuto dalla recedente negli incontri precedenti, richiamandosi al divieto di *venire contra factum proprium* e verificando se tale comportamento fosse idoneo a far sorgere un affidamento circa il mancato o comunque non imminente esercizio del recesso. In alternativa, spostandosi su un piano diverso, il Tribunale avrebbe potuto rilevare una condotta contraria a buona fede nella fase della conclusione del contratto, consistente nell'imposizione di condizioni gravose. Ad ogni modo, ciò non avrebbe autorizzato il giudice a modificare – come invece ha fatto – il termine contemplato nella previsione attributiva del recesso, perché ritenuto non «equo e pertinente».

Una soluzione avrebbe potuto essere rintracciata, ancora, scegliendo una diversa opzione, ossia considerando le norme in materia di recesso nell'ambito del contratto di agenzia.

La pronuncia in commento reca allora con sé un equivoco di fondo: il contemperamento tra gli interessi delle parti, pur riferibile alla clausola di buona fede e correttezza, non consente al giudice di intervenire in senso contrario alle determinazioni convenzionali. Il decidente si è servito – in maniera discutibile – della categoria dell'abuso del diritto. Quest'ultimo presuppone una possibilità di scelta tra diverse modalità di esercizio, ma proprio per tale ragione esso, così configurato, non risulta pertinente al caso in esame, in cui questa possibilità non è data. Una volta rilevato l'equivoco, sembra opportuno ammonire da un ricorso indiscriminato alla c.d. «teorica della buona fede e dell'abuso del diritto», onde i predetti termini sono accostati fino a formare una sorta di endiadi «totipotente», capace di giustificare decisioni come quella in commento.