

UNIVERSITA' COMMERCIALE "LUIGI BOCCONI"

SCUOLA DI DOTTORATO

Dottorato di Ricerca in Legal Studies – Business and Social Law

Ciclo: XXXV

Settore Disciplinare (codice): IUS/04

Gli effetti delle operazioni di fusione sui rapporti contrattuali

Advisor: Mario NOTARI

Tesi di Dottorato di

Federica MONTELEONE

Matricola: 1683978

Anno 2024

*“Ora i vasti programmi, i Grandi Temi, mi mettono a disagio.
Preferisco la quaestio iuris concreta. Preferisco il cabotaggio.
Il mare aperto... mi fa venire il mal di mare”*

F. D'Alessandro

INDICE

INDICE	- 3 -
INTRODUZIONE	- 6 -
PRIMO CAPITOLO LE OPERAZIONI DI FUSIONE E GLI EFFETTI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI PENDENTI	- 11 -
1. Premessa.....	- 11 -
SEZIONE I L'evoluzione normativa della fusione e la sua natura giuridica.....	- 13 -
1. L'evoluzione normativa della disciplina degli effetti delle fusioni	- 13 -
2. Le tesi sulla natura giuridica della fusione	- 17 -
2.1. La tesi estintivo-successoria	- 17 -
2.2. La tesi modificativo-estintiva	- 20 -
2.3. La tesi evolutivo-modificativa	- 21 -
2.4. Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali.....	- 24 -
SEZIONE II Gli effetti delle fusioni sui rapporti contrattuali pendenti.....	- 26 -
3. La natura giuridica della fusione con riferimento ai rapporti contrattuali pendenti.-	26 -
4. Gli effetti della fusione sui rapporti contrattuali aventi ad oggetto delle obbligazioni elastiche.	- 29 -
4.1. L'estensione dell'obbligazione all'intera società risultante dalla fusione.....	- 31 -
4.2. (Segue) L'estensione dell'obbligazione ad una quota della produzione... ..	- 32 -
4.3. (Segue) La rideterminazione del contratto per volontà delle parti o per via giudiziaria	- 35 -
4.4. L'approccio della giurisprudenza: gli effetti delle fusioni sui rapporti di fideiussione -	37 -
5. (Segue) Gli effetti della fusione sui rapporti contrattuali aventi ad oggetto delle obbligazioni tra loro collidenti.	- 43 -
6. (Segue) sui rapporti contrattuali aventi carattere personale.	- 46 -
6.1. L'irrilevanza del carattere personale per l'ipotesi della fusione.	- 46 -
6.2. Profili di dubbio.	- 49 -

SEZIONE III Le tutele dei terzi contraenti nella disciplina della fusione.....	- 50 -
7. La legittimazione dei terzi contraenti ad opporsi alla fusione.....	- 52 -
8. Sull'esistenza di un diritto dei terzi contraenti a sciogliere il rapporto.	- 61 -
8.1. Premessa.....	- 61 -
8.2. Sulla possibilità di riconoscere un diritto di recesso ai terzi contraenti.	- 63 -
9. Riflessioni sull'adeguatezza dei rimedi offerti dalla disciplina della fusione (rinvio).....	- 66 -
SECONDO CAPITOLO. LA CESSIONE DI AZIENDA E LA SCISSIONE: GLI EFFETTI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI.....	- 69 -
SEZIONE I La cessione d'azienda e gli effetti sui rapporti contrattuali.....	- 69 -
1. La nozione di azienda	- 69 -
2. La cessione d'azienda e i suoi effetti nei rapporti tra le parti e con i terzi.	- 71 -
3. In particolare: la cessione d'azienda e la successione nei contratti.	- 76 -
3.1 La ratio della disciplina dell'art. 2558 cod. civ. e i contratti oggetto di cessione di cessione.	- 77 -
3.2. L'esclusione dei contratti aventi "carattere personale"	- 79 -
3.3. Il recesso per giusta causa del terzo contraente.	- 82 -
4. La disciplina della cessione d'azienda e le operazioni straordinarie.	- 88 -
4.1. L'applicazione dell'art. 2558 cod. civ. oltre la cessione d'azienda.	- 88 -
4.2. La cessione d'azienda e i rapporti contrattuali in esame	- 91 -
SEZIONE II La scissione e i suoi effetti sui rapporti contrattuali.....	- 92 -
1. La scissione	- 92 -
1.1. Premessa.....	- 92 -
1.2. L'evoluzione normativa	- 94 -
2. La natura della scissione	- 98 -
3. Gli effetti della scissione sui rapporti contrattuali	- 103 -
3.1. Il progetto di scissione.....	- 103 -

3.2. Gli effetti della scissione sui rapporti contrattuali non riferiti ad un ramo di azienda. -
108 -

3.3. L'applicabilità dell'art. 2558 cod. civ. per analogia o per rinvio contenuto nel progetto
di scissione - 116 -

**TERZO CAPITOLO LA FUSIONE E L'OBBLIGO DI RINEGOZIARE IN BUONA FEDE I
RAPPORTI CONTRATTUALI COLPITI..... - 121 -**

1. Introduzione..... - 121 -

**SEZIONE I L'OBBLIGO DI RINEGOZIARE IN BUONA FEDE I RAPPORTI
CONTRATTUALI - 123 -**

2. Il tema delle sopravvenienze..... - 123 -

3. L'obbligo legale di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale - 126 -

3.1. L'obbligo di rinegoziare nel nostro ordinamento - 128 -

3.2. L'obbligo di rinegoziare nelle esperienze internazionali e comparate - 135 -

4. Le conseguenze del mancato accordo a seguito della rinegoziazione. - 143 -

**SEZIONE II L'OBBLIGO DI RINEGOZIARE IN BUONA FEDE I RAPPORTI CONTRATTUALI E LE
OPERAZIONI DI FUSIONE..... - 145 -**

*4. L'obbligo di rinegoziare in buona fede alla luce delle caratteristiche dei rapporti
contrattuali conclusi dalle società..... - 146 -*

*4.1. I contratti commerciali nel quadro dei rapporti tra diritto civile e diritto commerciale.
..... - 146 -*

4.2. I contratti commerciali di lunga durata..... - 150 -

*5. L'obbligo di rinegoziare in buona fede nei rapporti contrattuali strumentali all'attività
d'impresa - 153 -*

6. La fusione come evento determinante per il sorgere dell'obbligo di rinegoziare - 157 -

BIBLIOGRAFIA..... - 161 -

INTRODUZIONE

Il presente lavoro muove da due considerazioni preliminari: la prima riguarda la scarsa disciplina degli effetti sui rapporti contrattuali delle operazioni di fusione societaria; la seconda concerne, invece, la progressiva attenzione (e valorizzazione) da parte di dottrina e giurisprudenza dei rimedi manutentivi quali strumenti per la soluzione dei conflitti nei rapporti contrattuali, in particolare quando questi coinvolgono soggetti che svolgono attività imprenditoriali.

Nell'ambito delle operazioni di fusione l'art. 2504-bis, primo comma, cod. civ. si limita a disporre che *“la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione”*, senza prevedere eccezioni né tutele ad hoc per le controparti contrattuali nel caso in cui l'operazione abbia effetti significativi sul loro rapporto. La disciplina sembra partire dal presupposto che l'operazione di fusione abbia una rilevanza ridotta per chi intrattiene con la società un rapporto contrattuale, tanto da giustificare una limitata tutela dei loro interessi a beneficio della semplificazione dell'operazione di fusione. Sebbene questo presupposto si ritenga ragionevolmente fondato, esistono, tuttavia, delle situazioni ove la disciplina prevista non sembra essere adeguata ad individuare chiaramente le conseguenze dell'operazione di fusione in relazione ai rapporti contrattuali e/o a prevenire o gestire eventuali conflitti tra le parti determinati dalla stessa. Non solo: quando ciò avviene, le uniche alternative di tutela espressamente previste sono quelle di sciogliere il rapporto contrattuale – di comune accordo o perché una di esse si rende inadempiente – oppure, in questo caso solo le controparti, di opporsi all'operazione di fusione in modo da prevenire del tutto le sue ripercussioni. Questi rimedi spingono, però, le parti verso il conflitto, verso lo scioglimento del loro rapporto – con le relative conseguenze economiche in termini di ricchezza generale e di organizzazione dell'attività d'impresa – o verso la paralisi di un'operazione determinata da esigenze od opportunità imprenditoriali. Non vi è nessuna norma che, al contrario, incentivi le parti a continuare il loro rapporto adattandolo alla nuova situazione.

L'impostazione appena descritta rientra nel generale *favor* del Codice civile verso i rimedi demolitori dei rapporti contrattuali in caso di crisi di quest'ultimi, a discapito dei rimedi manutentivi previsti solo per circostanze straordinarie (es. art. 1467 cod. civ.) o nelle leggi speciali. Un'impostazione di cui da tempo si è avvertita l'inadeguatezza anche nel campo del diritto civile¹. Difatti la dottrina – nonostante alcune importanti voci contrarie – sostiene la presenza nel nostro ordinamento di un generale obbligo di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali in caso di sopravvenienze che incidano sul rapporto contrattuale, anche quando queste non rientrino tra le sopravvenienze tipiche codificate nella disciplina relativa all'impossibilità o all'eccessiva onerosità sopravvenuta. La pandemia da Covid 19 ha ulteriormente alimentato (o riaperto) il dibattito intorno ai rimedi manutentivi, in particolare intorno all'obbligo di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale e alle conseguenze della sua violazione. Si assiste, pertanto, ad una progressiva valorizzazione di tali rimedi con diverse voci che incoraggiano un intervento del Legislatore affinché proceda ad una sua introduzione esplicita, anche seguendo la tendenza di altri ordinamenti². Partendo da queste due considerazioni, il presente lavoro si propone, anche in un'ottica *de jure condendo*, di valorizzare l'obbligo di

¹ Ed infatti, la proposta (arenata in Parlamento) di riforma del Codice civile contenuta nel disegno di legge presentato dal Governo nel marzo del 2019 – disponibile *on-line* https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DDLPRES/0/1106422/index.html?part=ddlpres_ddlpres1 – prevede tra i criteri di delega prospettati (anche) di disciplinare il diritto delle parti contrattuali di pretendere la rinegoziazione secondo buona fede dei contratti, qualora questi divengano eccessivamente onerosi per cause eccezionali o imprevedibili o, in alternativa, di chiedere l'adeguamento giudiziale. Nella relazione, in cui si sentono gli echi degli argomenti utilizzati dalla dottrina favorevole alla tesi secondo cui un simile obbligo è già presente nel nostro ordinamento (*infra*), viene evidenziata sia l'ormai diffusa prassi delle clausole di rinegoziazione che portano a ritenere opportuna la sua introduzione espressa sia la coerenza di tale obbligo con il principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.

² In particolare, si pensi all'ordinamento francese, che ha recentemente codificato all'art. 1195 *code civil* l'obbligo di rinegoziare in buona fede i contratti in determinate ipotesi, all'ordinamento tedesco, che prevede un *adeguamento* del contratto in caso di uno squilibrio del suo fondamento o all'ordinamento argentino che prevede una disciplina *ad hoc* dell'obbligo di rinegoziare in buona fede per i contratti di lunga durata (art. 1011 del *Código civil y comercial*). Su tali previsioni si dirà più precisamente nel Terzo Capitolo (*infra*).

rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale come strumento per la risoluzione di conflitti determinati dall'impatto di un'operazione di fusione, affidandogli un ruolo complementare (ma preventivo) ai rimedi espressamente previsti dal Legislatore.

Al fine di esaminare tali problemi nel dettaglio, l'elaborato è strutturato in tre parti. La prima parte mira a identificare la chiave della questione, analizzando le operazioni di fusione dal punto di vista dei loro effetti sui rapporti contrattuali. Svoltata una breve premessa sulla natura giuridica della fusione – oggetto di un dibattito mai sopito né in dottrina né in giurisprudenza – si identificano quei rapporti contrattuali in cui le operazioni di fusione possono avere effetti dirompenti dal punto di vista oggettivo o soggettivo. Il tema non è stato particolarmente esplorato né a livello dottrinale o giurisprudenziale, ma sono state evidenziate tre categorie di rapporti che possono subire alterazioni significative di un'operazione di fusione: i contratti aventi ad oggetto obbligazioni elastiche, collidenti oppure aventi un carattere personale³. A fronte di tali potenziali effetti dirompenti le parti – in assenza di una disciplina ad hoc – hanno a disposizione ben pochi rimedi: demolire il contratto in questione – di comune accordo o per vie “conflittuali” – oppure opporsi alla fusione ai sensi dell'art. 2503 cod. civ.. Non sono, invece, presenti norme che incentivino le parti a rivedere il loro rapporto quando quest'ultimo potrebbe essere utilmente proseguito nel nuovo contesto fattuale.

Evidenziato tale problema, la seconda parte analizza istituti aventi profili comuni con la fusione allo scopo di comprendere se e come il Legislatore, per detti istituti attigui, abbia previsto norme che possono prevenire o risolvere le situazioni problematiche finora evidenziate. In particolare, nel caso della

³ Tra i primi (e pochi) a porsi il problema e ad analizzarlo utilizzando le categorie indicate, cfr. G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, M. GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Padova, 1937, i quali fanno ampio riferimento alla dottrina tedesca in materia.

cessione d'azienda⁴, l'art. 2558 cod. civ. regola la successione nei rapporti contrattuali dando alla controparte il diritto di recedere per giusta causa oppure, nel caso dei contratti aventi carattere personale, di negare il proprio consenso alla cessione. La stessa disciplina, nonostante alcune voci contrarie, viene richiamata a tutela dei contraenti anche nel caso della scissione di società che, pur incidendo sul "soggetto"-società, presenta anche una componente traslativa. Per quest'ultima operazione straordinaria è anche prevista la tutela del diritto all'opposizione dei creditori ex art. 2503 cod. civ. (espressamente richiamato) e dalla responsabilità solidale delle società risultanti dalla scissione ex art. 2506-quater cod. civ.. Ancora una volta, non sono previsti rimedi manutentivi di eventuali accordi colpiti dalle operazioni in questione o norme che incentivino le parti a proseguire il rapporto contrattuale una volta opportunamente "adeguato" alle nuove circostanze.

A conclusione di questo lavoro, la terza parte, affronta il tema dell'obbligo di rinegoziare in buona fede il contratto, secondo molti già presente "tra le righe" nel nostro ordinamento, allo scopo di valorizzarne il ruolo "risolutivo" delle "crisi" dei rapporti contrattuali, in particolare di quelli strumentali all'esercizio dell'attività d'impresa. Una volta ricostruite, in generale, le caratteristiche dell'obbligo di rinegoziare in buona fede e le conseguenze della sua violazione, occorre analizzare come esso si articoli una volta inserito nel contesto delle relazioni commerciali. Infatti, i rapporti contrattuali strumentali all'attività d'impresa presentano caratteristiche tali da richiedere adattamenti nell'applicazione delle norme e dei principi generali del diritto civile. I rapporti di cui si è discusso possono normalmente essere ricondotti a tale "gruppo": si tratta di contratti che, al di là delle obbligazioni dedotte, sono strumentali all'attività d'impresa, di lunga durata ed hanno, di regola, una forte componente relazionale. In tali rapporti la risoluzione del rapporto contrattuale dovrebbe essere l'*extrema ratio*, a cui giungere solo dopo aver esplorato senza successo la possibilità di proseguire il

⁴ Sulla fusione come fattispecie "acquisitiva", si veda S. CACCHI PESSANI, *La fusione come tecnica di acquisizione*, Milano, 2023, M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, tipicità e polimorfismo delle operazioni straordinarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2, 2019, 285 ss.

proprio rapporto attraverso il ricorso a strumenti manutentivi. In tale ottica, già prima della diffusione della pandemia da Covid 19, é stata prospettata l'opportunità di introdurre un'ipotesi di mediazione obbligatoria nel caso di controversie riguardanti rapporti commerciali di durata allo scopo di incentivare le parti, ogni qualvolta vi sia una "crisi di cooperazione", a superare i loro conflitti e proseguire il loro rapporto (con l'ausilio del terzo-mediatore)⁵. Anche tra le innumerevoli analisi sulle conseguenze della pandemia sui rapporti contrattuali, vi è chi ha proposto di introdurre un sistema di *alternative dispute resolution* (ADR) ad hoc per la risoluzione dei conflitti negoziali determinati dall'impatto della pandemia da Covid 19 sugli stessi, anche al fine di rideterminare i termini e le condizioni del loro rapporto (e non solo a risolverlo)⁶. Assenti previsioni che introducano simili meccanismi o che prevedano l'obbligo di ricorrere alla mediazione in caso di conflitti contrattuali riguardanti rapporti commerciali, la tesi si propone di dimostrare l'appropriatezza di prevedere un obbligo di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale nel caso in cui l'esecuzione di un'operazione di fusione alteri significativamente il rapporto contrattuale, come nelle ipotesi meglio descritte nella prima parte, e, più in generale, come alternativa alle tutele "conflittuali" fornite ai terzi in simili circostanze. Sebbene si ritenga possibile considerare tale obbligo come già presente nel nostro ordinamento, guardando anche al dato comparato, sarebbe utile una sua esplicita introduzione da parte del Legislatore, così da avere una norma di diritto positivo che ne indichi precisamente i presupposti e il bilanciamento degli interessi coinvolti.

⁵ P. LUCARELLI – L. RISTORI, I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento, Milano, 2017.

⁶ M. RABITTI, Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea "grezza", in dirittobancario.it

PRIMO CAPITOLO

LE OPERAZIONI DI FUSIONE E GLI EFFETTI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI PENDENTI

SOMMARIO:	1.	Premessa	–	SEZIONE	I
		L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELLA FUSIONE E LA SUA NATURA GIURIDICA. – 2.			
		L'evoluzione normativa della disciplina degli effetti delle fusioni. – 2.1. Le			
		tesi sulla natura giuridica della fusione. – 2.1. La tesi estintivo-successoria.			
		– 2.2. La tesi modificativo-estintiva. – 2.3. La tesi evolutivo-modificativa. –			
		2.4. Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali. – SEZIONE II			
		GLI EFFETTI DELLE FUSIONI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI PENDENTI. – 3. La			
		natura giuridica della fusione con riferimento ai rapporti contrattuali			
		pendenti. – 4. Gli effetti della fusione sui rapporti contrattuali aventi ad			
		oggetto delle obbligazioni elastiche. – 4.1. L'estensione dell'obbligazione			
		all'intera società risultante dalla fusione... – 4.2. (<i>Segue</i>) L'estensione			
		dell'obbligazione ad una quota della produzione... – 4.3. (<i>Segue</i>) La			
		rideterminazione del contratto per volontà delle parti o per via giudiziaria.			
		– 4.4. L'approccio della giurisprudenza: gli effetti delle fusioni sui rapporti			
		di fideiussione. – 5. (<i>Segue</i>) Gli effetti della fusione sui rapporti contrattuali			
		aventi ad oggetto delle obbligazioni tra loro collidenti. – 6. (<i>Segue</i>) sui			
		rapporti contrattuali aventi carattere personale. – 6.1. L'irrilevanza del			
		carattere personale per l'ipotesi della fusione. – 6.2. Profili di dubbio.			
		SEZIONE			III
		LE TUTELE DEI TERZI CONTRAENTI NELLA DISCIPLINA DELLA FUSIONE. – 7. La			
		legittimazione dei terzi contraenti ad opporsi alla fusione. – 8.			
		Sull'esistenza di un diritto dei terzi contraenti a sciogliere il rapporto. – 8.1.			
		Premessa. – 8.2. Sulla possibilità di riconoscere un diritto di recesso. – 9.			
		Riflessioni sull'adeguatezza dei rimedi offerti dalla disciplina della fusione			
		(rinvio).			

1. Premessa

Come noto, la fusione è l'operazione straordinaria per mezzo della quale due o più società uniscono i propri patrimoni e le proprie compagini sociali. Il Legislatore non offre una vera e propria definizione di fusione, ma descrive le diverse forme che essa può assumere: *“La fusione di più società può eseguirsi mediante costituzione di una nuova società, o mediante l'incorporazione di una società di una o più società”* (articolo 2501, primo comma del Codice civile). Quindi, nella norma citata si distinguono due tipologie di fusione: (i) la fusione *propria* (o in senso stretto), che ricorre quando le società si fondono mediante la costituzione di una nuova società, e (ii) la fusione *impropria* (o per

incorporazione), che ricorre quando una delle società coinvolte “assorbe” le altre. Nel primo caso, tutte le società coinvolte nella fusione “*perdono la propria autonomia*”, nel secondo caso, una di esse non solo non si estingue, ma si rafforza avendo assorbito gli altri enti coinvolti⁷.

Da un punto di vista sostanziale, la fusione consente la compenetrazione di due o più società in una sola, la quale consolida e continua l'attività imprenditoriale delle altre⁸. La fusione rappresenta, quindi, un utile strumento per rispondere a diverse esigenze imprenditoriali. Ad esempio, nel caso di società indipendenti e concorrenti, consente di realizzare sinergie industriali e produttive determinando la crescita dell'impresa esercitata dalla società risultante dalla fusione⁹. Quando, invece, si tratta di società appartenenti al medesimo gruppo imprenditoriale, essa può rappresentare un utile strumento per la sua riorganizzazione e per la riduzione della sua articolazione soggettiva. O ancora, la fusione può altresì essere utilizzata al fine di ridistribuire, liquidare o riallocare i beni e il patrimonio delle società coinvolte¹⁰ o può essere un efficace strumento

⁷ L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, Milano, 2022, 1566. Nel seguito, le due forme di fusione verranno trattate per lo più congiuntamente, coerentemente con l'impostazione della disciplina dell'istituto nel Codice civile. Pertanto, salvo quando diversamente specificato, ogni riferimento alla società risultante dalla fusione deve intendersi includere anche la società incorporante, così come ogni riferimento alle società “fuse” dovrà intendersi includere anche le società incorporate.

⁸ A. GENOVESE, sub *art. 2504-bis cod. civ.*, in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, Milano, 2016, 3349.

⁹ In questo caso, le operazioni di fusione, oltre a realizzare una concentrazione giuridica, comportano anche una concentrazione economica e qualora superino una determinata soglia sono soggette al controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza, ai sensi in particolare degli articoli 5 e 16 della Legge del 10 ottobre 1990 n. 287.

¹⁰ A. GENOVESE, sub *art. 2504-bis cod. civ.*, *cit.*, 3349.

di ristrutturazione finanziaria finalizzata (anche) a soddisfare i creditori di una società in crisi¹¹ o di acquisizione¹².

Nonostante le diverse sfaccettature che caratterizzano l'istituto della fusione, la disciplina dei suoi effetti giuridici è relativamente scarna e lascia spazio ad alcuni dubbi applicativi che vengono alla luce soprattutto in relazione ai rapporti contrattuali ancora in corso al momento dell'esecuzione dell'operazione straordinaria in esame.

L'argomento in questione viene affrontato nelle pagine che seguono in tre parti. La prima si riassume i termini del dibattito intorno alla natura giuridica della fusione anche allo scopo di identificarne l'effettiva portata rispetto al tema in esame (*SEZIONE I*). La seconda parte identifica alcune tipologie di obbligazioni rispetto alle quali la disciplina degli effetti della fusione determina incertezze applicative od esiti dubbi (*SEZIONE II*). La terza parte, infine, affronta il tema dei rimedi previsti per i terzi contraenti al fine di evidenziarne alcuni punti critici e gli eventuali spazi per tutele di diversa natura (*SEZIONE III*).

SEZIONE I

L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELLA FUSIONE E LA SUA NATURA GIURIDICA

1. *L'evoluzione normativa della disciplina degli effetti delle fusioni*

Prima di ricostruire le tesi sulla natura giuridica della fusione che si sono via via affermate, si ritiene utile ricostruire la storia normativa della previsione che ne ha influenzato fortemente l'andamento.

La fusione era un istituto già presente nel Codice di Commercio italiano del 1882¹³, il quale – pur senza dare una definizione – la considerava come causa

¹¹ A. GENOVESE, sub *art. 2504-bis cod. civ.*, *cit.*, 3349.

¹² In tal senso, in particolare *cfr.* S. CACCHI PESSANI, *La fusione come tecnica di acquisizione*, Milano, 2023, M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, tipicità e polimorfismo delle operazioni straordinarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 285 ss.

¹³ La sua disciplina era contenuta negli articoli 193 a 196 del Codice di Commercio. Al contrario, come si vedrà, la nozione di azienda e la disciplina della sua cessione sono state

di scioglimento delle società (ex art. 189 n. 7) e come loro *causa di estinzione*¹⁴, secondo un'interpretazione letterale dell'art. 196 ai sensi del quale: "*la società che rimane sussistente o che risulta dalla fusione assume i diritti e le obbligazioni delle società estinte*".

Nel riportare la disciplina della fusione nel Codice civile del 1942 il Legislatore la esclude dal novero delle cause di scioglimento delle società (art. 2484 cod. civ.). Nonostante questo, la disciplina dei suoi effetti (art. 2504 cod. civ.¹⁵) rimane sostanzialmente invariata e mantiene il riferimento all'estinzione delle società coinvolte¹⁶. Tale scelta del Legislatore deriva dalla volontà di non modificare in modo sostanziale la disciplina della fusione, ma di renderla più chiara e più favorevole al fenomeno di concentrazione industriale allora in corso¹⁷.

La formulazione dell'art. 196 cod. comm. e del successivo art. 2504 cod. civ. favorì l'affermarsi della tesi secondo cui la fusione è un'operazione straordinaria avente natura estintiva e i cui effetti possono essere assimilati a quelli della successione *mortis causa* nelle persone fisiche (*infra*). La stessa lettura viene adottata anche dal legislatore comunitario, così come evidenziato dalla disciplina della fusione prevista dalla Direttiva CEE del 9 ottobre 1978, n.

introdotte solo nel 1942, mentre la scissione fu introdotta nell'ordinamento italiano (quantomeno a livello normativo) solo nel 1991 (*infra*).

¹⁴ M. GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Padova, 1937, 79.

¹⁵ La norma riprende in modo quasi identico la formulazione dell'art. 196 cod. comm. 1882: "*la società incorporante o quella risultante dalla fusione assume i diritti e gli obblighi delle società estinte*".

¹⁶ Nella Relazione al Codice civile del 1942 si ribadisce che la fusione, sia per incorporazione che in senso stretto, ha un effetto successorio "*la differenza tra la disciplina delle due forme di fusione consiste essenzialmente in ciò che nella prima forma è la società nuova che succede nei rapporti giuridici di tutte le società che si fondono, mentre nella seconda la società incorporante succede in tutti i rapporti giuridici della società incorporata, conservando la propria individualità e con essa i propri rapporti giuridici*", cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, §1023, disponibile *on-line* sul sito www.normattiva.it.

¹⁷ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, §1023, disponibile *on-line* sul sito www.normattiva.it.

855 (c.d. Terza Direttiva in materia societaria)¹⁸. In tale contesto, non solo viene data un'espressa definizione della fusione come *"l'operazione con la quale più società, tramite il loro scioglimento senza liquidazione, trasferiscono a una società che esse costituiscono l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione ai loro azionisti di azioni della nuova società"*¹⁹, ma ne vengono esplicitati gli effetti: *"a) il trasferimento tanto tra la società incorporate e la società incorporante quanto nei confronti dei terzi, dell'intero patrimonio attivo e; b) gli azionisti della società incorporata divengono azionisti della società incorporante; e c) la società incorporata si estingue"*²⁰.

Il Legislatore italiano, al fine di recepire le disposizioni della Terza Direttiva nel nostro ordinamento, interviene nuovamente nella disciplina della fusione con il d.lgs. del 16 gennaio 1992, n. 22²¹. Anche questo intervento, tuttavia, lascia la disciplina dei suoi effetti rimane sostanzialmente invariata, poiché non viene recepito l'elenco previsto dalla Direttiva appena citato²². La Relazione al d.lgs. del 16 gennaio 1992, n. 22 giustifica tale scelta affermando che un simile modifica

¹⁸ La Terza Direttiva è stata successivamente modificata, ed è ora sostituita dalla Direttiva UE del 14 giugno 2017, n. 1132 e seguenti modifiche, la quale costituisce una sorta di *"testo unico"* che ha raccolto e sistematizzato gli interventi del legislatore comunitario ed europeo in materia societaria raccogliendoli in un'unica direttiva (articoli da 87 a 134).

¹⁹ Articolo 4 della Terza Direttiva, ora articolo 90 della Direttiva UE 1132/2017. Si noti che l'articolo 3 della Terza Direttiva (ora articolo 89 della Direttiva UE 1132/2017) disciplina negli stessi termini l'ipotesi di fusione per incorporazione.

²⁰ Articolo 19 della Terza Direttiva, ora articolo 105 della Direttiva UE 1132/2017. Gli stessi effetti sono disciplinati per le società coinvolte in una fusione in senso stretto dall'articolo 109 della stessa (con rinvio).

²¹ Si segnala che il Legislatore italiano non ha ripreso lo "sdoppiamento" di disciplina tra la fusione in senso stretto e per incorporazione contenuto nella Direttiva, disciplinando la fusione in maniera unica.

²² Con riferimento a questo aspetto, la Terza Direttiva viene ritenuta non vincolante *"in quanto meramente descrittiva di un fenomeno ancora troppo eterogeneo nelle varie legislazioni nazionali per prestarsi ad una definizione unitaria"*, cfr. F.M. DIMUNDO, sub art. 2504-bis cod. civ., in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 2006, 827. Nello stesso senso, C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, VII, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, Torino, 2004, 6.

sarebbe, da un lato, “*superflua*”, poiché ricostruibile tramite riferimento ad altre norme regolanti l’istituto, dall’altro lato, “*inopportuna*”, visto il riferimento nel diritto comunitario al fenomeno della successione universale, “*in base all’assunto che il compito del legislatore è quello di disciplinare il procedimento di fusione, piuttosto che quello di definire la natura giuridica dell’istituto, prendendo posizione nel dibattito fra coloro che ravvisano nella fusione un fenomeno di successione in universum ius e coloro che invece la considerano alla stregua di una peculiare modificazione dell’atto costitutivo*”²³.

Tuttavia, nel 2003, il Legislatore interviene sull’art. 2504-*bis*, primo comma, cod. civ. modificandolo nella sua formulazione attuale formulazione secondo cui “*la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assume i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione*”. Con la Riforma, dunque, il Legislatore non solo elimina il riferimento alla “*estinzione*” delle società fuse o incorporate, ma utilizza un’espressione analoga a quella che descrive gli effetti delle operazioni di trasformazione²⁴. Nel silenzio del Legislatore²⁵, alcuni ritennero che quest’ultimo avesse deciso infine di avallare la tesi favorevole alla natura *modificativo-evolutiva* della fusione²⁶ (*infra*).

²³ Relazione del Ministro di grazia e giustizia concernente il decreto legislativo 16 gennaio 1991, n. 22 recante norme sulle fusioni e scissioni di società, in *Riv. Soc.*, 1991, 1, 339.

²⁴ L’articolo 2498 del Codice civile stabilisce infatti che “*con la trasformazione l’ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell’ente che ha effettuato la trasformazione*”. Nel senso di ritenerli la stessa regola, cfr. M. MALTONI, *Le Sezioni Unite sulla natura della fusione: tanto rumore per nulla*, in *Riv. not.*, 2021, 924, F. MAGLIULO, *Clamoroso revirement della Cassazione sulla natura giuridica della fusione* (nota a Cass., 30 luglio 2021, n. 21970), in *Not.*, 2021, 526.

²⁵ P.G. JAEGER – F. DENOZZA – A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*^{VIII}, 2019, 686-687. Si noti che, a differenza di quanto avviene per la modifica dell’articolo 2506 del Codice civile – per la quale il Legislatore fornisce una giustificazione per la sostituzione del verbo “*trasferire*” con il verbo “*assegnare*” (*infra*) – la Relazione non contiene alcun commento riferito all’intervento sulla disciplina della fusione.

²⁶ Per completezza, si noti che la disciplina della fusione – come quella della scissione – è stata oggetto di ulteriori modifiche, in particolare a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. del 3 agosto 2012, n. 123 (attuativo della direttiva 2009/109/CE) avente lo scopo principale di

2. *Le tesi sulla natura giuridica della fusione*

Sin dalla sua prima enunciazione normativa, come abbiamo visto, la tecnica legislativa adottata non definisce la natura giuridica della fusione, limitandosi a dare una descrizione delle sue modalità di realizzazione²⁷. Nel silenzio del Legislatore, gli interpreti si sono interrogati sulla natura giuridica della fusione avviando un dibattito descritto come “*uno dei problemi teorici più tormentati e complessi della disciplina di tale istituto*”²⁸.

2.1. *La tesi estintivo-successoria*

La tesi tradizionale, affermata già ai tempi del Codice di Commercio²⁹, vede la fusione come un fenomeno di successione universale³⁰, analogo – ad avviso dei più - a quello che si verifica nel caso della successione *mortis causa*³¹.

semplificare il procedimento attuativo delle operazioni di fusione scissione (in merito, *cfr.* S. SALVADEO – G. TEDESCHI, *Le operazioni straordinarie e la gestione dei processi di acquisizione*, Milano, 2012, 120 ss.). A tali provvedimenti, si aggiunge anche le direttive in materia di fusioni transfrontaliere.

²⁷ M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018, 1 s.

²⁸ F. MAGLIULO, *Clamoroso revirement della Cassazione*, *cit.*, 513 ss., nello stesso senso, A. BUSANI – F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la fusione*, in *Soc.*, 2018, 354. Si noti che il dibattito era iniziato ben prima del 2003 nonostante l'espresso riferimento all'estinzione delle società anche nell'articolo 196 del Codice di commercio del 1882, come riportano anche gli Atti della Commissione incaricata del progetto per il nuovo Codice di commercio, tornata 23 ottobre 1869: “*alcuni sostengono che la fusione produce la morte o la cessazione delle società preesistenti per dare vita a un ente affatto nuovo. Altri ammettono la continuazione di entrambe le società che si fondono e considerano la loro unione come un contratto fra due corpi morali avente la natura di società*”, come riportati, in G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, 3.

²⁹ Sul tema si veda, M. GHIDINI, *Estinzione*, *cit.*, Padova, 1937.

³⁰ In termini generici di “*successione universale*”, *cfr.* G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2021, 703 s., nello stesso senso G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*^{XVI}, a cura di C. ANGELICI - G.B. FERRI, 2018, 504, 509, L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale. Società per azioni*, IV, 1957, 586, G. DE SEMO, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1921, 212 ss.

³¹ In dottrina, *cfr.* G. VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, I, 1945, 110, U. NAVARRINI, *Commentario al codice di commercio. Delle società e delle associazioni commerciali*^{II}, Milano, 1924, 844, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*^{VIII}, III, 1, Milano, 1954, 558, R.

Secondo quest'impostazione, con l'operazione di fusione si determina l'estinzione delle società incorporate o fuse e, di conseguenza, la necessaria successione della società incorporante o risultante dalla fusione nel patrimonio delle prime³².

Il principale argomento a sostegno di tale tesi, sin dall'introduzione dell'istituto, era il dato normativo: il Codice di Commercio del 1882 non solo faceva espresso riferimento alla "*estinzione*" delle società coinvolte nella fusione, ma includeva quest'ultima tra le cause di scioglimento delle società³³. I successivi interventi (*supra*) hanno via via indebolito tale argomentazione, incrementando anche il numero di voci che si erano espresse in senso critico rispetto a questa teoria. Tuttavia, i sostenitori di questa tesi anche dopo la riforma, ridimensionano l'importanza della modifica del Legislatore poiché il riferimento alle società "*partecipanti alla fusione*" e l'uso dell'espressione "*prosecuzione*" in relazione all'esecuzione dei rapporti giuridici "*assunti*" dalla società risultante dalla fusione è comunque compatibile con la tesi estintivo-successoria, senza contare che la modifica verso l'utilizzo di espressioni più "neutre" per la natura giuridica della fusione si allinea con l'intenzione del Legislatore di sorvolare sulla relativa questione dogmatica³⁴.

Più dubbia, tuttavia, è l'assimilazione *tout court* della successione determinata dalla fusione a quella *mortis causa*. Si è infatti osservato che l'analogia non sarebbe del tutto sostenibile, in primo luogo, perché la fusione si realizza con un atto "*tra vivi*", ossia l'atto di fusione, difficilmente assimilabile ad

NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 295. Sembra in tal senso anche, P. SPADA, *Diritto Commerciale*, II, Padova, 2006, 170.

³² G.G. PETTARIN, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, 1992, 76.

³³ G.G. PETTARIN, *Acquisizione, fusione e scissione, cit.*, 76. Nello stesso senso, P. GUERRA, *In tema di effetto estintivo creativo della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1967, 34 il quale, con riferimento alla formulazione anteriforma, nel confutare la tesi evolutivo-modificativa prospettata da un altro autore sottolinea come l'argomento letterale fosse a favore della tesi estintiva.

³⁴ L. ALBERTINI, *Trasferimento del marchio e operazioni societarie straordinarie (trasformazione, fusione, scissione)*, in *Contr. Impr.*, 2012, 910, il quale infatti ritiene alla fusione applicabile quanto previsto dall'art. 23 c.p.i. in materia di trasferimento di marchi.

un testamento sia per i suoi effetti che per le sue modalità di creazione. In secondo luogo, diversamente da quanto avviene nel caso della successione *mortis causa* tra persone fisiche, la fusione è “causa” dell’estinzione della società, non un evento che la presuppone³⁵. La fusione, quindi, determinerebbe una successione universale *inter vivos*³⁶ o *sui generis*³⁷, avente una sua disciplina specifica “*da fusione*”, sulla scorta di quanto previsto dalla normativa comunitaria³⁸. Alcune opinioni isolate, pur confermando la natura estintivo-successoria della fusione, propendono per ritenerla un’ipotesi di successione a titolo particolare³⁹.

³⁵ In tale senso, A. GRAZIANI, *Diritto delle società*^V, Napoli, 1963, 522 s, P. GRECO, *Le società, cit.*, 459 s.

³⁶ In giurisprudenza, *cf.* Cass., 12 ottobre 1971, 2871 in AA.VV., *Società per azioni*, II, in *Casi e materiali di diritto commerciale*, Milano, 1974, 1841 ss., Trib. Milano, 20 febbraio 1950, in AA.VV., *Società per azioni*, II, in *Casi e materiali di diritto commerciale*, Milano, 1974, 1847 ss., Cass., 27 agosto 1997, n. 8100. Con riferimento alle formulazioni precedenti il 2003, *cf.* M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 971, M. GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Padova, 1937, 80 ss., P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 454 ss., G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, 505-506, P. MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in *Riv. Not.*, 1991, 48.

³⁷ *Cfr.* L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 2, Napoli, 1956, 144 ss., il quale ritiene che la fusione dia luogo ad una successione universale “*da estinzione*”, da ritenersi diversa sia dalla successione *mortis causa* che da una successione *inter vivos*.

³⁸ In proposito, chi di contro sostiene la tesi modificativo-evolutiva, ritiene che non solo la normativa comunitaria risulterebbe impropriamente influenzata da alcuni degli ordinamenti degli Stati Membri in merito alla natura giuridica della fusione, ma che, in ogni caso, l’armonizzazione comunitaria può riguardare il dettato normativo ma non la concezione giuridica di determinati istituti. Sul punto, si veda anche F. MUCCIARELLI, *E pluribus unum? Language diversity and the harmonisation of company law in the European Union*, disponibile *on-line* su www.ssrn.com., dove si sottolinea, commentando le argomentazioni del governo tedesco e dell’Avvocato Generale Tizzano nella decisione CGUE C-411/03, *SEVIC System AG* in materia di fusione, come le diverse categorie giuridiche nazionali possono costituire un ostacolo all’armonizzazione del diritto europeo.

³⁹ In tal senso anche, A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società. Società per azioni*, II, Milano, 1948, 650, il quale la ritiene un “*caso riconosciuto dalla legge di successione a titolo particolare nel debito, per atto tra vivi*”, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*^X, Napoli, 2002, 95, il quale ritiene che la successione ereditaria sia l’unica forma di

2.2. La tesi modificativo-estintiva

Negli anni Sessanta, quando per le prime volte si dubita della tesi tradizionale, inizia a farsi strada un nuovo approccio interpretativo che pone l'attenzione sulle *“indicazioni offerte dai profili della disciplina dell'istituto di carattere più squisitamente societario”*.

In particolare, secondo autorevole dottrina, la fusione non si può ricondurre ad una vicenda successoria in senso stretto, poiché il reale fondamento dell'istituto deve essere identificato nella reciproca modificazione statutaria delle società partecipanti all'operazione, finalizzata ad assimilare le diverse posizioni sociali allo statuto della società risultante dalla fusione adeguando lo statuto e il rapporto sociale delle società partecipanti alla fusione a quello della società risultante dalla stessa. La conseguente *“coincidenza oggettiva”* dei relativi statuti e l'imputazione di tutti i rapporti giuridici ad un unico ente renderebbe inutile il loro permanere come *“distinti centri di imputazione”*, qualificando l'istituto, almeno sul piano soggettivo, come una vicenda successoria⁴⁰. Viene quindi riconosciuta una natura modificativa della fusione *“senza escludere il fenomeno estintivo”*, ma ritenendolo *“una conseguenza formale, un effetto necessario della fusione, atto a definire ‘i rapporti organici’ e le ‘qualificazioni funzionali per l’operatività’ delle società fuse”*⁴¹. In sostanza, pur

successione universale. In senso parzialmente conforme, A. CICU, *Successione fra persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 1156, il quale ritiene che la fusione realizzi una successione analoga a quella ereditaria, ma essa sarà a titolo universale solo qualora il nuovo ente conservi *“l'ordinamento giuridico e le strutture organizzative dell'ente estinto. Altrimenti la successione, sempre analoga a quella mortis causa, sarà successione a titolo particolare”*.

⁴⁰ C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, 64. Nello stesso senso, anche G. FERRI, *op. cit.*, 925 ss. e 936 s, dove l'A. pur riconoscendo la natura modificativa della fusione, sostiene che l'atto di fusione determina un fenomeno di successione universale.

⁴¹ Tale tesi aveva comunque già iniziato ad affermarsi anche in precedenza, cfr. AA.VV., *Società per azioni*, II, in *Casi e materiali di diritto commerciale*, Milano, 1974, 1841 ss., G. FERRI, *La fusione, cit.*, 94-95. Nello stesso senso, cfr. M. CAVANNA, *Della fusione delle società, cit.*, 13 ss. Nello stesso senso anche, F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, 419 il quale sottolinea come le due tesi prima descritte non abbiano *“alcun inconciliabile contrasto”*.

riconoscendo che la fusione si traduce in una modifica del contratto sociale delle società coinvolte nell'operazione, essa rimane “veicolo di un radicale riassetto dei rapporti e di strutture organizzative, da cui l'estinzione di una o più società e – o – la costituzione di una nuova sembrerebbero rappresentare, come si diceva, il logico trait d'union”⁴².

In altre parole, secondo questa tesi, che ha di recente ripreso vigore⁴³, la fusione avrebbe una doppia natura. Quando si guarda alla società come un rapporto contrattuale tra i soci, essa comporta un reciproco mutamento degli atti costitutivi delle società in essa coinvolte; quando si guarda ai rapporti giuridici esterni, essa comporta l'estinzione delle società partecipanti alla fusione che passano da una preesistente pluralità ad un unico soggetto “perdendo la loro originaria individualità e cessando di essere autonomi centri d'imputazione dei rispettivi rapporti aziendali”⁴⁴.

2.3. La tesi evolutivo-modificativa

In seguito alla prospettazione di quella che può essere definita la tesi “intermedia”, la dottrina – seguita più tardi dalla giurisprudenza – si allontana ulteriormente dalla tesi estintivo-successoria, caratterizzando la fusione come una mera modifica dello statuto sociale delle società coinvolte. Secondo la tesi

⁴² G. COTTINO, *Diritto Societario*^l, a cura di O. CAGNASSO – A. BERTOLOTTI, Padova, 2011, 684-685. Anche prima, F. FERRARA, *Le persone giuridiche*^l, Torino, 1958, 361, descriveva la fusione come una trasformazione impropria dove il “rinnovamento” del soggetto veniva operato “attraverso l'estinzione della personalità originaria”.

⁴³ S. CACCHI PESSANI, *La fusione come tecnica di acquisizione*, Milano, 2023, 1 s. (nt. 1)

⁴⁴ F.M. DIMUNDO, sub art. 2504-bis cod. civ., in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 2006, 838 s. Nello stesso senso, anche se sulla base di argomenti parzialmente diversi, richiamando anche la differenza tra persona fisica e persona giuridica, cfr. M. MOZZARELLI, *Estinzione e continuità dei rapporti giuridici nella fusione, con uno sguardo all'apertura delle procedure concorsuali (nota a Cass., Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970, in Soc., 2022, 7, 836. Nello stesso senso, cfr. M. DI SARLI, sub art. 2504-bis, in Codice Civile, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milano, 2013, 1674.*

*modificativo-evolutiva*⁴⁵, attualmente prevalente in dottrina⁴⁶, le società partecipanti alla fusione modificano i rispettivi contratti sociali fino a adottare un contenuto coincidente a quello della società risultante dalla fusione⁴⁷.

Anche in questo caso viene invocato l'argomento letterale, sempre più rafforzato dagli interventi dai già descritti interventi del Legislatore, in particolare, l'esclusione della fusione tra le cause di scioglimento delle società nel Codice civile del 1942⁴⁸. Quando poi, la riforma del 2003 elimina il riferimento alla "estinzione" delle società partecipanti alla fusione⁴⁹, molti leggono in tale

⁴⁵ Tra i primi, *cf.* E. SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, II, Torino, 1934, 898 ss. e 437.

⁴⁶ La ritiene prevalente, pur aderendo alla tesi "mista", M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, *cit.*, 7 ss.

⁴⁷ F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2003, 528, *Id.*, *Diritto civile e commerciale*^{IV}, III, 2, Padova, 2004. Nello stesso senso, *cf.* L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società*, *cit.*, 1572; L. RUSSO, *sub art. 2504-bis cod. civ.*, in *Codice delle società*, a cura di N. ABRIANI, Torino, 2016, 2351, M.E. SALERNO, *sub art. 2504-bis cod. civ.*, in *La riforma delle società*, Torino, 2003, 458-459, G. SAVIOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*^V, Milano, 2012, 159, F. FERRARA *jr* – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*^{XV}, Milano, 2011, 977 s., G. ANDREANI, *Trasformazioni, fusioni e scissioni*, Napoli, 2005, 193-194, M. M. GAETA, *sub art. 2504-bis*, in *Codice Commentato delle S.p.A.*, diretto da G. FAUCEGLIA e G. SCHIANO DI PEPE, Milano, 2007, 1786 ss., F. DI SABATO, *Diritto delle società*^{II}, Milano, 2005, 513, A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori e società*^V, Milano, 1959, 372 s. Lo stesso principio era stato affermato anche dalle Sezioni Unite che avevano affermato come l'intervento del Legislatore fosse "innovativo" rispetto alla precedente disciplina, in tal modo confermando, da un lato, l'orientamento tradizionale che ricostruiva la fusione in termini di successori, e dall'altro, riconoscendo che l'intervento del Legislatore avrebbe "chiarito" che la fusione debba essere interpretata in termini di vicenda modificativo-evolutiva (*cf.* Cass., Sez. Un. (ord.), 8 febbraio 2006, n. 2637). Nello stesso senso, in giurisprudenza, *inter alia*, Cass., 12 febbraio 2019, n. 4042.

⁴⁸ E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione*, *cit.*, 217 s., F. DI SABATO, *Diritto delle società*^{II}, Milano, 2005, 512.

⁴⁹ Si noti che la Direttiva UE del 14 giugno 2017, n. 1132, agli articoli già citati nel paragrafo precedente, fa riferimento espresso all'estinzione delle società incorporate o partecipanti ad una fusione. Il conflitto, secondo i sostenitori della tesi modificativo-evolutiva, è in realtà solo apparente poiché l'espressione sarebbe utilizzata "in funzione della continuità ai fini dell'unificazione" visto che in occasione della fusione il complesso dei rapporti aziendali confluirebbe nella società incorporante o risultante dalla fusione, proseguendo in capo a

intervento una presa di posizione del Legislatore a favore della tesi modificativo-evolutiva, maggiormente più in linea con la logica di una disciplina della fusione focalizzata sull'attività d'impresa⁵⁰. A ciò si aggiunge anche il fatto che non solo l'espressione utilizzata richiama il principio di continuità, analogo a quello espresso per l'operazione di trasformazione, ma anche l'impressione che il Legislatore abbia inteso la fusione quale fenomeno "meno grave" della trasformazione, richiedendo maggioranze meno stringenti per la sua approvazione da parte dell'assemblea e non prevedendo un diritto di recesso in caso di approvazione della stessa⁵¹.

Come si è appena accennato, la tesi evolutivo-modificativa sembra essere più coerente con l'intento delle parti coinvolte di "potenziare" gli organismi societari, al fine di ridistribuire il rischio dell'attività svolta e di ridurre i relativi costi per la società risultante dalla fusione. La decisione operata dalle parti è quindi una scelta di "vita", molto diversa nello scopo da quella che porta allo scioglimento od estinzione della società⁵². Da questo punto di vista, secondo alcuni, *"la dottrina che configura l'estinzione dell'ente e la creazione di un ente nuovo sia artificiosa e complicata oltre il giustificabile e che per di più implichi un ingiustificabile eccesso degli effetti (...) rispetto a quello che sarebbe il risultato pratico e anche il risultato giuridico richiesto. Non è necessario distruggere per*

quest'ultima (cfr. C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione*, in *Trattato delle società per azioni*, VII, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, Torino, 2004, 45-46).

⁵⁰ F. FERRARA jr – F. CORSI, *Gli imprenditori*, cit., 994, nello stesso senso, L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società*, cit., 1572, F. DI SABATO, *Diritto delle società*¹, Milano, 2005, 531 s., A. RICCIO, *Nella fusione di società si ha, dunque, continuità dei rapporti giuridici anche processuali*, in *Contratto e impresa*, 2005, 489. In giurisprudenza, in particolare, tale tesi viene affermata – in una decisione relativa all'applicazione dell'art. 300 cod. proc. civ. relativo all'estinzione del processo in caso di fusione – in Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Soc.*, 2006, 459 ss. con nota di F.M. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le sezioni unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*.

⁵¹ E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 221 s. Nello stesso senso, F. DI SABATO, *Problemi in tema di fusione: la situazione patrimoniale; le variazioni del capitale; l'efficacia dell'atto di fusione*, in *Vita Notarile*, 1987, 472.

⁵² E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna – Roma, 1976, 211 s.

creare poi ex novo quando basta mettere insieme, per far direttamente un organismo solo, ossia ‘fondere’ e ‘unificare’, per soddisfare l’interesse delle parti stipulanti”⁵³. Secondo questa lettura, la fusione comporterebbe quindi un “*unico mutamento, ossia quello della perdita dell’individualità delle singole società, perdita di individualità che è conseguenza necessaria e voluta della fusione*”, che comporta la sopravvivenza delle società coinvolte nella fusione “*nell’ambito di un organismo più vasto e comprensivo dell[e] entità che perd[ono] la propria individualità*”⁵⁴. Questa lettura della fusione rafforzerebbe la tesi secondo cui l’accostamento di quest’ultima alla successione universale *mortis causa* non dia conto delle sostanziali differenze tra i due fenomeni che, in realtà, sono tali da escludere (o sostanzialmente ridurre) l’operazione analogica che ne dovrebbe conseguire⁵⁵. Secondo altri, invece, il meccanismo della successione universale potrebbe essere comunque richiamato con un significato descrittivo o strumentale⁵⁶, facendo attenzione a non sovrapporlo alla realtà del fenomeno che comporta una mera modifica statutaria⁵⁷.

2.4. Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali

⁵³ E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 213, richiamato anche da F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, Milano, 2000, 317.

⁵⁴ E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 221 s. Nello stesso senso, C. SILVETTI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. AZARA e E. EULA, XIX, 1957, 544. Secondo alcuni, invece, le società coinvolte nella fusione mantengono tale individualità sebbene all’interno della società risultante dalla fusione, cfr. P. GRECO, *Le società*, cit., 451 s, G. FERRI, *La fusione*, cit., 7 ss.. *Contra*, cfr. E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 233 s..

⁵⁵ E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 228 ss.

⁵⁶ In tal senso, cfr. I. CAPELLI, *Fusione e scissione*, in *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di A. BORTOLUZZI, Torino, 2004, 538, G. COTTINO, *Le Società. Diritto commerciale*^V, 1, II, Padova, 1999, 628, C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in AA.VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. PATRONI GRIFFI, Milano, 1995, 13.

⁵⁷ G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. GALGANO, VIII, 1985, 288.

Sebbene la tesi evolutivo-modificativa sembri rappresentare la posizione della dottrina maggioritaria, la giurisprudenza più recente sembra prospettare un “ritorno” della tesi estintivo-successoria.

Nella vigenza del vecchio testo, la giurisprudenza era compatta nel ritenere che la fusione desse luogo all'estinzione delle società coinvolte e che la società risultante dalla fusione subentrasse nel patrimonio delle prime seguendo i principi della successione *mortis causa*⁵⁸. Nonostante, seguendo la spinta della dottrina, alcuni giudici già precedentemente avessero sollevato dei dubbi con riguardo alla natura giuridica della fusione come evento estintivo-successorio, solo a seguito della riforma del 2003 la maggioranza di essi, salvo eccezioni⁵⁹, iniziò a invertire la rotta, favorendo la tesi evolutivo-modificativa e giustificando tale nuovo orientamento con la modifica della norma fatta dal Legislatore, ritenuta innovativa della disciplina in esame⁶⁰. Sul punto si espressero a più riprese anche le Sezioni Unite⁶¹, ma non mancarono decisioni di senso opposto, rimaste ancorate alla “vecchia” natura della fusione⁶². Le Sezioni Unite si sono di recente espresse di nuovo sul tema, con il *revirement* del 30 luglio 2021, n. 21970⁶³, ri-

⁵⁸ *Inter alia*, Trib. Milano, 20 febbraio 1950 in *Foro It.*, 1951, I, 390 ss., Cass. 21 agosto 1996, n. 7704.

⁵⁹ *Cfr.* ad esempio, Cass., 19 maggio 2011, n. 11059, Cass., 10 dicembre 2019, n. 29256.

⁶⁰ *Inter alia*, Cass., 17 marzo 2020, n. 7397, Cass., 12 febbraio 2019, n. 4042, Cass., 21 giugno 2017, n. 15414, Cass., 16 settembre 2016, n. 18188, Cass., 26 gennaio 2016, n. 1376, Cass., 5 febbraio 2015, n. 2063, Cass., 11 aprile 2014, n. 8600, Cass., 18 novembre 2014, n. 24498, Cass. 11 dicembre 2013, n. 27762, Cass., 26 luglio 2013, n. 18128, Cass. 17 gennaio 2013, n. 1088, Cass., 21 dicembre 2011, n. 27905, in *Corr. Giur.*, 2012, 908 ss. con nota di F. MELONCELLI, *Estinzione della società ed ultrattività del mandato alle liti tra overruling giurisprudenziale e incertezza normativa*, Cass., 25 febbraio 2011, n. 4740, Cass. 22 marzo 2010, n. 6845 *Contra*, ossia nel senso di ritenere che la modifica del 2003 abbia avuto solo un effetto “interpretativo” della norma, senza alcun effetto innovativo, *cfr.* Cass., 10 dicembre 2019, n. 32142.

⁶¹ In particolare, si veda la già citata Cass., Sez., Un. (ord.), 8 febbraio 2006, n. 2637, Cass. Sez. Un. 17 settembre 2010, 19698, e Cass. Sez. Un., 14 settembre 2010 19509.

⁶² *Inter alia*, Trib. Crotone, 13 settembre 2021, n. 751 in *Dejure*.

⁶³ In particolare, Cass. Sez. Un., 17 settembre 2010, 19698 in *Corr. Giur.*, 2010, 1565 ss. con nota di F. MELONCELLI, *La fusione dopo la riforma del diritto societario: natura giuridica e conseguente estinzione della società fusa*, Cass., Sez. Un., 14 settembre 2010, n. 19509, in *Giur. It.*, 2011, 1073 ss. con nota di A. BERTOLOTTI, *Certezza del diritto e ragionevolezza: due linee*

affermando che la fusione “*extingue la società incorporata*”⁶⁴. In seguito alla pronuncia delle Sezioni Unite, la giurisprudenza si è orientata – almeno per ora – di nuovo in favore della tesi estintiva⁶⁵, ma non mancano decisioni di senso opposto (quindi favorevoli alla tesi modificativo-evolutiva) a dispetto della citata pronuncia di legittimità⁶⁶.

SEZIONE II

GLI EFFETTI DELLE FUSIONI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI PENDENTI

3. La natura giuridica della fusione con riferimento ai rapporti contrattuali pendenti.

Nella Sezione che precede si sono riassunti i termini del dibattito intorno alla natura giuridica della fusione ed i principali argomenti a sostegno delle varie tesi espresse nel tempo. A seconda della ricostruzione cui si aderisce, la fusione determina “*uno scambio o trasferimento di ricchezza*” oppure un “*cambiamento del soggetto che controlla le risorse produttive o comunque le opportunità*

guida nel rendere giustizia, Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Corr. Giur.*, 2006, 795 ss.

⁶⁴ Cass., Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970, in *DeJure*, nonché (con note dottrinali critiche e non); in *Soc.*, 2022, 834 ss., con nota di M. MOZZARELLI, *Estinzione e continuità dei rapporti giuridici nella fusione, con uno sguardo all’apertura delle procedure concorsuali*; in *Giur. It.*, 2022, 3, 663 ss., con nota di D. VITALE, *La natura giuridica della fusione, tra effetti modificativi ed estintivi: fine del dibattito?*; in *Soc.*, 2021, 11, 1193 ss., con nota di O. CAGNASSO, *Le Sezioni Unite sugli effetti della fusione: un ritorno al passato?*; in *Riv. dir. comm.*, 2022, II, 272 con nota di F. D’ALESSANDRO, *Società delinquenti, fusioni e logica fuzzy*; in *Not.*, 2021, 513 ss., con nota di F. MAGLIULO, *Clamoroso revirement della Cassazione sulla natura giuridica della fusione*. Con riferimento sempre alla stessa sentenza, si vedano anche L. GALANTI, *Di una fusione che estingue il «soggetto» ma non la «parte»*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 923 ss., M. MALTONI, *Le Sezioni Unite sulla natura della fusione, cit.*, 915 ss.; G. RIZZI, *La sentenza delle Sezioni Unite n. 21970/2021: quali ricadute per gli atti di fusione in presenza di immobili?*, in *Not.*, 2021, 604 ss., Nello stesso senso, in dottrina, G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*^{XVI}, a cura di C. ANGELICI - G.B. FERRI, 2018, 504, 509.

⁶⁵ Cfr. Cass., 9 agosto 2022, n. 24579, App. Venezia, 28 gennaio 2022, n. 175, Trib. Milano, 16 febbraio 2022, n. 1396 (ove però si esclude l’interruzione del processo a causa dell’estinzione, in quanto escluso *ex-lege* dall’articolo 2504-bis del Codice civile, nello stesso senso anche Cass., 25 ottobre 2016, n. 21482).

⁶⁶ Trib. Crotone, 13 settembre 2021, n. 751.

economiche dell'organizzazione per cui si verifica un cambiamento del soggetto che le controlla"⁶⁷. In ogni caso, il subentro della società risultante dalla fusione nelle situazioni giuridiche e la prosecuzione dei rapporti delle società coinvolte "rappresentano un effetto tipico dell'operazione". Il problema, dunque non starebbe tanto nell'identificazione dei rapporti imputabili alla società risultante dalla fusione, ma nel *titolo* della loro imputazione⁶⁸. Tant'è che la disciplina relativa al progetto di fusione non richiede alcuna specifica contemplazione dei rapporti contrattuali in cui subentra la società incorporante – come invece avviene nella disciplina della scissione (*infra*) – perché l'operazione non può che coinvolgere l'intero patrimonio delle società in essa coinvolte⁶⁹. Si noti poi come, nonostante l'importanza teorica del dibattito, la differenza tra le due tesi posso ritenersi quasi del tutto dogmatica, tant'è che spesso, di fronte ai problemi di carattere pratico che possono sorgere in relazione agli effetti della fusione sui rapporti giuridici pendenti, le soluzioni fornite dai sostenitori dell'una o dell'altra tesi (sebbene fondate su argomentazioni differenti⁷⁰) non sono poi così diverse.

⁶⁷ M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, tipicità e polimorfismo delle operazioni straordinarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 310

⁶⁸ F. DI SABATO, *Problemi in tema di fusione: la situazione patrimoniale; le variazioni del capitale; l'efficacia dell'atto di fusione*, in *Vita not.*, 1987, 473

⁶⁹ G. A. RESCIO, *La fusione*, *cit.*, 327. Nello stesso senso, *cf.* F. DI SABATO, *Problemi in tema di fusione: la situazione patrimoniale; le variazioni del capitale; l'efficacia dell'atto di fusione*, in *Vita not.*, 1987, 473 s.; C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusioni*, *cit.*, 70, i quali però ritengono che tale effetto riguardi tutti i rapporti patrimoniali pertinenti alle società fuse o incorporate "purché suscettibili di inserimento nel patrimonio della società incorporante".

⁷⁰ F. DI SABATO, *Problemi in tema di fusione: la situazione patrimoniale; le variazioni del capitale; l'efficacia dell'atto di fusione*, in *Vita Notarile*, 1987, 473 s. Nello stesso senso, *cf.* P.G. JAEGER – F. DENOZZA – A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, *cit.*, 687 "è da ritenere comunque che l'importanza della controversia [sulla natura della fusione] sia oggi molto ridimensionata di fronte a una disciplina che risolve direttamente molti problemi. Va aggiunto che la soluzione dei maggior problemi suscitati dalla fusione impone delicate scelte tra i confliggenti interessi che intercorrono tra i gruppi di controllo ed i soci di minoranza delle diverse società coinvolte. Il reperimento delle soluzioni in grado di realizzare gli equilibri più adeguati dipende molto dalla chiarificazione di alcuni problemi generali (diritti individuali, parità di trattamento, ecc.) e molto poco dalla definizione della natura giuridica della fusione"; M.M. PRATELLI, *Effetti della fusione*, in *La fusione*, a cura di S. CACCHI PESSANI, Torino, 2019, 105-106; M. SPOLIDORO, *Effetti*

Ciò detto, é bene osservare che “*non tutti i rapporti facenti capo alla società ‘fusa’ continuano indisturbati dopo la fusione*” poiché “*la fusione ne modifica alcuni e ne annulla addirittura degli altri*”⁷¹. In particolare, se è vero che la società risultante dalla fusione subentra nei rapporti contrattuali definibile come “*esterni*” (ossia rivolti verso terzi estranei alla società), è anche vero che sorgono diverse difficoltà quando si vuole stabilire quali di questi rapporti possono subire senza conseguenze una simile modificazione soggettiva e quali, al contrario, si estinguono o possono estinguersi oppure fino a che punto la fusione può determinare una modificazione oggettiva del rapporto senza alcuna conseguenza⁷². Quando si guarda alla fusione dal punto di vista delle controparti contrattuali delle società coinvolte essa rappresenta un mutamento della situazione di fatto rispetto alla quale erano stati conclusi e determinati i relativi accordi: non solo “*cambia*” la controparte, ma ciò può incidere sul contenuto delle obbligazioni oggetto del contratto anche in modo sostanziale, andando ad alterare l’equilibrio contrattuale *ante* fusione⁷³.

Diventa quindi forse più rilevante analizzare la questione tenendo a mente le modalità con cui le operazioni di fusione possono interagire con i diritti e gli interessi delle controparti contrattuali. Da questo punto di vista, si può distinguere tra fusioni che interferiscono o meno con i diritti e gli interessi di terzi: “[a]nzi, nel

della fusione, in A. SERRA - M.S. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, 1994, Torino, 140 s. Nello stesso senso, la Corte d’appello di Venezia (*infra*) – nel confermare la decisione del Tribunale di Verona antecedente il *revirement* delle Sezioni Unite – in merito alla “*successione*” in un rapporto contrattuale della banca incorporante afferma che “*il mutato orientamento della giurisprudenza di legittimità non porta, nel processo in esame a conclusioni diverse da quelle cui è giunto il Tribunale di Verona*” (cfr. App. Venezia, 28 gennaio 2022, n. 175, in *DeJure*).

⁷¹ M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico*, cit., 310.

⁷² C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, 45 s.. Con riferimento specifico al caso delle società assicurative, cfr. T. RICOLFI, *Fusione e scissione di imprese assicurative*, in *Riv. Soc.*, 1999, 159, il quale parla di un potenziale “*impatto dirompente*” nel caso di reti di distribuzione delle imprese assicurative coinvolte qualora la fusione ne determini la ridondanza.

⁷³ In tale senso, anche se riferito in particolare alle ipotesi di debiti e crediti, Cfr. M. SPOLIDORO, *Fallimento della società scissa nella scissione totale (con uno sguardo alla fusione)* (Nota a Cass., 21 febbraio 2020, n. 4737), in *Soc.*, 680.

*procedere a queste distinzioni non si può fare a meno di tener conto della configurazione concreta del diritto o dell'interesse attualmente o potenzialmente confliggente con quello che apparentemente esigerebbe la più lata applicazione del principio di continuità o di quello (...) di universalità della successione"*⁷⁴. Inoltre, se è vero che i vari rapporti contrattuali aziendali che compongono il patrimonio delle società partecipanti alla fusione restano vincolati alla realizzazione dell'attività d'impresa, è anche vero che essi subiscono una modifica di prospettiva poiché *"la tendenziale persistente funzionalità dei rapporti aziendali facenti capo a ciascuna società deve adeguarsi alla programmata compresenza degli ulteriori rapporti pertinenti a tutte le altre società partecipanti alla fusione, nella prospettiva di un complesso aziendale unificato, strumentale alla realizzazione di un programma imprenditoriale integrato"*⁷⁵. Tale valutazione non può non passare da una verifica dello "scopo" dell'operazione, ossia del fatto che essa si risolva nella mera riorganizzazione delle risorse *"senza incidere sui soggetti a cui in ultima analisi sono riconducibili le attività e i patrimoni"* e quelle che invece comportano un effettivo mutamento della *"proprietà"* e del *"governo"* dell'impresa⁷⁶.

Al fine di svolgere tale analisi, si procede anzitutto individuando tre tipologie di obbligazioni oggetto di rapporti contrattuali rispetto ai quali si ritiene che l'applicazione dell'articolo 2504-*bis* del Codice civile presenta maggiori difficoltà. I paragrafi che seguono, quindi, considerano gli effetti della fusione rispetto ai rapporti contrattuali aventi ad oggetto obbligazioni elastiche (§4), obbligazioni tra loro collidenti (§5), o aventi carattere personale (§6).

4. Gli effetti della fusione sui rapporti contrattuali aventi ad oggetto delle obbligazioni elastiche.

⁷⁴ M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, cit.*, 310.

⁷⁵ C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in AA.VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. PATRONI GRIFFI, Milano, 1995, 11.

⁷⁶ G.A. RESCIO, *La fusione, cit.*, 157. M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, cit.*, 314.

Come già visto, la società incorporante o risultante dalla fusione ai sensi dell'articolo 2504-*bis* del Codice civile subentra in tutti i rapporti contrattuali che fanno capo alla società incorporata o alle società partecipanti alla fusione. Per definizione, i diritti e gli obblighi che la società risultante dalla fusione “*assume*” non potranno essere più ampi o più ristretti dei diritti o delle obbligazioni in capo alle società partecipanti alla fusione. L'applicazione di tale principio è di norma agevole quando i rapporti contrattuali hanno ad oggetto obbligazioni determinate o fisse: se una delle società partecipanti alla fusione era tenuta ad una determinata prestazione “fissa”, anche la società risultante dalla fusione sarà obbligata per la stessa prestazione. A seguito della fusione, i contratti avranno la stessa scadenza, proseguiranno alle stesse condizioni, prevedendo il medesimo corrispettivo e così via. Più complessa è la situazione in cui i rapporti contrattuali hanno ad oggetto delle obbligazioni elastiche⁷⁷.

Le c.d. obbligazioni elastiche (o evolutive)⁷⁸ sono state definite come “*quegli obblighi a prestazione successiva, che non hanno una estensione precisa e predeterminata bensì più o meno ampia, cioè oscillante a seconda di fattori variabili, soprattutto a seconda dell'ampiezza e potenzialità dell'azienda, della entità della produzione, delle vendite, degli utili ecc. L'obbligazione insomma segue il movimento di tali fattori e così si dilata o si contrae se essi si sviluppano o si riducono*”⁷⁹. A seguito di un'operazione di fusione possono sorgere delle problematiche quando tali obbligazioni sono parametrizzate alla dimensione dell'impresa esercitata dalle società coinvolte nella fusione, all'estensione della sua attività o alla capacità di produzione⁸⁰: in tali casi, la fusione può avere effetti significativi quando non dirompenti. L'esempio ricorrente in dottrina è quello di una società mineraria che si vincola a fornire la sua intera produzione ad un altro

⁷⁷ G. FERRI, *La fusione*, cit., 242, nello stesso senso M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 1007, P. GRECO, *Le società*, cit., 481.

⁷⁸ G. FERRI, *La fusione*, cit., 244.

⁷⁹ M. GHIDINI, *Estinzione e nullità*, cit., 86.

⁸⁰ P. GRECO, *Le società*, cit., 481. Nello stesso senso, cfr. S. LANDOLFI, *Effetti della fusione sui rapporti giuridici delle società incorporate*, in *Soc.*, 1986, 973.

soggetto. Se la prima si fonde con un'altra società mineraria di eguale grandezza, la produzione raddoppierà improvvisamente: quali conseguenze ci saranno, quindi, per la relativa obbligazione? Sono state suggerite tre possibili soluzioni, l'obbligazione contrattuale (i) dovrà estendersi all'intera produzione della società risultante dalla fusione, (ii) verrà estesa per una *quota* dell'ente da individuare sulla base delle caratteristiche dell'obbligazione elastica, in particolare del suo grado di elasticità, e/o sulla base di un rapporto quantitativo tra la *potenzialità* della società assorbita e quella assorbente, (iii) le parti dovranno trovare un nuovo accordo oppure richiedere un provvedimento giudiziario che modifichi o porti alla risoluzione il contratto in questione.

4.1. *L'estensione dell'obbligazione all'intera società risultante dalla fusione...*

Atteso che il disposto dell'articolo 2504-*bis* del Codice civile richiede l'assunzione della relativa obbligazione da parte della società incorporante, si potrebbe ritenere che la società risultante dalla fusione abbia diritto a pretendere (o sia tenuta a subire) l'estensione del suo oggetto all'intera entità produttiva realizzata tramite la fusione⁸¹. Tale soluzione sembra essere quella demandata dal disposto del primo comma dell'articolo 2504-*bis* cod. civ., oltre ad essere stata sostenuta anche prima dell'intervento della riforma del 2003, sebbene con argomentazioni riferite alla natura estintivo-successoria della fusione, alla naturale elasticità dell'obbligazione e alla capacità "*espansiva*" della successione universale determinata dalla fusione⁸².

Alcuni autori, correttamente, sostengono che questa soluzione non sia accettabile in quanto porta la fusione ad andare oltre la mera modifica soggettiva del rapporto poiché "*postulerebbe l'inglobamento nell'effetto successorio persino del criterio determinativo dell'entità dell'obbligazione*"⁸³. Si pensi alla citata fusione tra società minerarie in cui una si è obbligata a fornire la propria intera

⁸¹ C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione*, cit., 76.

⁸² M. GHIDINI, *Estinzione e nullità*, cit., 87.

⁸³ S. LANDOLFI, *Effetti della fusione*, cit., 973.

produzione ad un terzo: l'estensione dell'obbligazione all'intera produzione della società risultante dalla fusione comporterebbe l'improvviso aumento del quantitativo che la società mineraria deve fornire al suo acquirente. Una simile eventualità – specie quando la società risultante dalla fusione abbia dimensioni notevolmente maggiori rispetto alla società originariamente vincolata – può alterare significativamente gli equilibri contrattuali a vantaggio dell'una o dell'altra parte, a seconda dei casi. Se, ad esempio, le parti hanno stabilito un prezzo forfettario nel loro accordo, la società acquirente otterrà il doppio della produzione al medesimo prezzo potendo eventualmente rivendere quanto acquisito in eccesso rispetto alle proprie esigenze; la società mineraria risultante dalla fusione, invece, si ritroverà di fatto a dover vendere quanto estratto ad un prezzo per unità estratta significativamente inferiore rispetto all'impostazione iniziale del contratto. Se, al contrario, la controparte fosse obbligata ad acquistare l'intera produzione, senza la previsione di un alcun limite, la fusione determinerebbe il suo obbligo ad acquistare un quantitativo di materia prima alla quale potrebbe non essere interessata, o che avrebbe acquistato, ma negoziando un prezzo unitario minore visto il maggior quantitativo acquistato oppure che non ha le risorse per acquistare rendendosi eventualmente inadempiente.

Ritenere *a priori* un'obbligazione elastica come automaticamente estensibile all'intera società risultante dalla fusione può portare a distorsioni nel rapporto tra le parti contrattuali, salvo che tale evento sia disciplinato all'interno del contratto. Come evidenziato dai casi prospettati, l'estensione dell'obbligazione all'intera produzione della società risultante dalla fusione comporterebbe un indebito danno (o vantaggio) per il terzo contraente o per la società risultante dalla fusione⁸⁴.

4.2. *(Segue) L'estensione dell'obbligazione ad una quota della produzione...*

Una diversa soluzione potrebbe essere quella di limitare l'estensione dell'obbligazione seguendo la naturale elasticità della stessa, anche sulla base

⁸⁴ C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione*, cit., 77.

di una proporzione tra la società risultante dalla fusione e la teorica crescita “*potenziale*” crescita della società originariamente vincolata qualora la fusione non fosse stata eseguita. In altre parole, l’obbligazione potrebbe estendersi solo nei limiti della dimensione che avrebbe *comunque* raggiunto (o potuto raggiungere) se la fusione non si fosse mai realizzata e la società si fosse sviluppata in maniera “*organica*”. In questo modo, l’obbligazione dovrebbe estendersi “*ad una quota proporzionale in rapporto alla rispettiva potenzialità, nei vari profili, delle imprese partecipanti alla fusione*”⁸⁵, ossia estendersi solo ad una quota della produzione della società incorporante post-fusione⁸⁶, corrispondente alla produzione che la società originariamente vincolata avrebbe comunque potuto potenzialmente raggiungere secondo quanto prospettato dalle parti in sede di conclusione del contratto⁸⁷.

Con tale impostazione, l’obbligazione quindi si estenderebbe ad una “*quota*” dell’entità risultante dalla fusione – senza alcuna necessità di distinguere tra ciò che era di una società o dell’altra prima della fusione – da individuarsi caso per caso in base all’elasticità dell’obbligazione in questione e alle caratteristiche della fusione⁸⁸. Riprendendo l’esempio della produzione mineraria, qualora la fusione si realizzi all’interno dei limiti di elasticità dell’obbligazione inizialmente prospettati dalle parti, questa si estenderà all’intera produzione della società risultante dalla fusione (ad esempio, ciò potrebbe verificarsi quando la società incorporata abbia dimensioni contenute rispetto alla società incorporante originariamente vincolata); viceversa, qualora la fusione si realizzi fuori da questi limiti, l’obbligazione dovrà ritenersi vincolante soltanto per la quota della produzione rientrante nei limiti di elasticità dell’obbligazione. Quest’impostazione

⁸⁵ C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione, cit.*, 78.

⁸⁶ G. FERRI, *La fusione, cit.*, 249.

⁸⁷ Nello stesso senso, *cf.* F. DI SABATO, *Problemi in tema di fusione: la situazione patrimoniale; le variazioni del capitale; l’efficacia dell’atto di fusione*, in *Vita not.*, 1987, 473 s., secondo cui la fusione incide sulla sorte del rapporto ma non modifica in alcun modo i criteri di determinazione del suo contenuto. Nello stesso senso *cf.* S. LANDOLFI, *Effetti della fusione, cit.*, 973.

⁸⁸ *Contra* M. GHIDINI, *Estinzione e nullità, cit.*, 87, il quale sottolinea le numerose difficoltà pratiche di una simile soluzione.

appiattirebbe la differenza tra obbligazioni elastiche e obbligazioni “fisse”, dato che *“l’obbligazione della società fusa non varia per effetto della fusione, ma rimane tale e quale era antecedentemente: questo principio vale tanto per le obbligazioni a contenuto fisso, come per le obbligazioni a contenuto elastico. Per queste la obbligazione passerà nella società incorporante o risultante dalla fusione con quella elasticità, e cioè con quella capacità di evoluzione che la obbligazione aveva inizialmente”*⁸⁹. Per continuare con lo stesso esempio “minerario”, se l’obbligazione in questione, sulla base delle circostanze in cui è stato concluso il contratto, avrebbe potuto estendersi fino a “100”, allora essa si estenderà alla produzione della società risultante alla fusione solo fino a tale soglia (a prescindere dai giacimenti minerari di provenienza della produzione); la parte potrà disporre della parte in eccesso come meglio crede, non essendo “vincolata” dall’obbligazione dedotta nel contratto anche quando questa si riferisca all’intera produzione. Se, invece, la fusione realizzata non comporta un aumento della produzione oltre tale soglia, l’obbligazione sarà estesa all’intera produzione della società risultante dalla fusione. Un altro criterio suggerito per la determinazione dell’obbligazione elastica nel nuovo contesto è quello di definire la “*quota*” sulla base della proporzione tra la potenzialità della società iniziale e quella risultante la fusione per determinare la dimensione dell’estensione dell’obbligazione: tale criterio avrebbe il pregio di essere meno soggetto all’arbitrio e più rispondente ad un principio di proporzionalità⁹⁰.

Anche questa soluzione, tuttavia, non sembra esente da critiche. Quella forse più evidente è la difficoltà di applicare in concreto i principi appena descritti, poiché ritenere vincolata “in parte” la società risultante alla fusione – sulla base del grado di elasticità dell’obbligazione o mantenendo il riferimento alla sua dimensione iniziale o potenziale – potrebbe dare luogo “*a evidenti asprezze ed*

⁸⁹ G. FERRI, *La fusione, cit.*, 255.

⁹⁰ M. GHIDINI, *Estinzione e nullità, cit.*, 87, Nello stesso senso, P. GRECO, *Le società, cit.*, 482, il quale la ritiene un’alternativa al criterio quotate o matematico (nt. 270).

*incongruenze*⁹¹. In primo luogo, potrebbe essere “*disagevole e artificioso*” distinguere (o mantenere distinti) gli impianti produttivi che, prima della fusione, appartenevano ad una delle società partecipanti alla fusione, ormai appartenenti ad un unico soggetto giuridico. Altrettanto difficoltoso sarebbe determinare esattamente il grado di elasticità dell’obbligazione di volta in volta rilevante o il livello di potenziale crescita del soggetto inizialmente vincolato se non si fosse verificata la fusione. In secondo luogo, una simile concezione degli effetti della fusione creerebbe un “*ente bifronte*”, obbligato a adempiere solo con “*metà di sé stesso*”: si pensi al diverso esempio di una società partecipante ad una fusione vincolata da un contratto di consorzio che prevede un obbligo di non concorrenza verso gli altri consociati. Se l’obbligazione non potesse estendersi all’intera società risultante dalla fusione, essa sarebbe obbligata a non svolgere attività in concorrenza solo “a metà”, di fatto vanificando lo scopo dell’adesione dell’ente al consorzio⁹².

4.3. (Segue) *La rideterminazione del contratto per volontà delle parti o per via giudiziaria*

Nei paragrafi che precedono abbiamo visto le diverse soluzioni prospettate tra chi favorisce l’estensione *tout court* dell’obbligazione all’intera nuova entità e chi invece favorisce una limitazione della capacità espansiva della stessa. A ben vedere, la varietà degli elementi che possono di volta in volta presentarsi in concreto (in relazione al contratto, alle parti, al mercato, etc.), rendono difficile individuare una soluzione predefinita e unitaria nel senso di escludere o

⁹¹ M. GHIDINI, *Estinzione e nullità, cit.*, 88. Nello stesso senso, G. FERRI, *La fusione, cit.*, il quale, inoltre, prende ad esempio un’obbligazione di non concorrenza contenuta in un contratto di consorzio: un’interpretazione del genere porterebbe a ritenere la società incorporante *in parte* consorziata e *in parte* esterna al consorzio.

⁹² L’esempio è di M. GHIDINI, *Estinzione e nullità, cit.*, 88 s. Sempre con riferimento all’esempio dei consorzi, ritiene invece che l’obbligazione assunta dalla società incorporante debba mantenere i limiti che il relativo vincolo aveva presso la società incorporata, senza potersi estendere all’intera attività economica della prima se questa non era a sua volta tra gli aderenti al consorzio, *cf.* V. SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese. Consorzi e gruppi*, Padova, 1934, 161 s.

prevedere l'estensione dell'obbligazione alla totalità della società risultante dalla fusione o incorporante. Inoltre, la soluzione dipende anche dalla volontà delle parti e dall'interpretazione del contratto (in altri termini, esse potrebbero riferirsi ad un obbligo elastico legato all'espansione delle fabbriche esistenti anziché ad illimitate possibilità di espansione).

Occorre ora riportare l'attenzione al punto di partenza, ossia all'obbligazione elastica che di volta in volta viene in rilievo, tenendo presente che l'estensione automatica all'intera società risultante dalla fusione non può essere giustificata riferendosi meramente alla sua natura elastica o evolutiva dell'obbligazione stessa. Questa, infatti, non può, di *default*, fare sì "*che la misura dell'obbligazione possa raddoppiarsi e triplicarsi di un sol tratto*". L'effetto della fusione sull'ampiezza di un'obbligazione elastica deve essere determinato sulla base delle caratteristiche della stessa, della fusione e delle caratteristiche delle società coinvolte nell'operazione. Ad esempio, nel caso di un obbligo negativo, come un patto di non concorrenza, si può sostenere che questo debba necessariamente estendersi all'intera società risultante dalla fusione: diversamente, risulterebbe difficile sostenere che l'obbligo di non concorrenza sia rispettato qualora l'attività in questione sia svolta "da una parte" della società risultante dalla fusione. Sembra quindi opportuno suggerire la ricerca di una soluzione caso per caso, sulla base dei dettagli che in concreto si presentano⁹³, senza stabilire una regola netta e a priori.

Alle parti, rimane inoltre la possibilità di invocare i criteri di equità e buona fede, poiché sarebbe iniquo imporre all'acquirente il ritiro di una produzione che superi i bisogni e le possibilità di assorbimento⁹⁴ o imporre ad un venditore di cedere la propria produzione ad un prezzo unitario molto più basso di quello di mercato o inizialmente stabilito. Ciò non toglie che, qualora non sia individuabile un'interpretazione in un senso o nell'altro, o la variazione dell'obbligazione in

⁹³ G. FERRI, *La fusione*, cit., 245. Nello stesso senso, M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 1007.

⁹⁴ P. GRECO, *Le società*, cit., 482, il quale però subordina tale soluzione all'eventualità in cui non si ritenga sufficiente ricorrere ad un principio di esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede, come prospettato dalla dottrina tedesca dell'epoca (nt. 270).

questione assuma caratteristiche tali da sconvolgere l'impianto contrattuale iniziale, le parti potrebbero rinegoziare il contratto in questione oppure agire in giudizio per ottenere una rideterminazione del suo contenuto⁹⁵.

4.4. *L'approccio della giurisprudenza: gli effetti delle fusioni sui rapporti di fideiussione*

Delle numerose pronunce relative agli effetti della fusione e alla sua natura giuridica, solo poche – a quanto consta – si sono occupate del tema delle conseguenze della fusione sui rapporti contrattuali aventi ad oggetto delle obbligazioni elastiche. Le più rilevanti – sebbene non menzionino espressamente questa categoria – sono alcune decisioni in materia di fideiussioni *omnibus*, ovvero quella particolare forma di fideiussione prestata a favore delle banche per tutte le obbligazioni, anche future rispetto a un rapporto fideiussorio, derivanti da operazioni bancarie di qualsiasi natura concluse dal debitore principale (fermo restando la fissazione di un massimo a pena di nullità)⁹⁶.

Mentre la fusione della società *garante* non sembra generare particolari problemi dal punto di vista delle conseguenze sull'obbligazione fideiussoria⁹⁷, più complessa è la determinazione delle conseguenze derivanti dalla fusione del

⁹⁵ Cfr. G. FERRI, *La fusione*, cit., 250, P. GRECO, *Le società*, cit., 482.

⁹⁶ La validità delle fideiussioni *omnibus* è stata messa in discussione da parte, in particolare, della giurisprudenza di merito la quale aveva rilevato, da un lato, la mancanza di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto e, dall'altro, la possibilità che i moduli utilizzati dalle banche – determinati da associazioni di categoria – rappresentassero un abuso di mercato e/o contenessero clausole che esponevano il garante a possibili abusi da parte degli istituti di credito, cfr. F. CERRI, sub art. 1938 cod. civ., in *Della Fideiussione*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2023, 150. Senza pretesa di completezza, in generale sulla fideiussione cfr. V. D'ANTONIO – B. MEOLI – G. SCIANCALEPORE, *Della fideiussione*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2023, S. CAMPOLATTARO, *La fideiussione*, in A. CHIANALE – G. TERLIZZI – S. CAMPOLATTARO – M. MARTELLI, *Garanzie reali e personali*, Torino, 2018, 73 ss., F. MASTROPAOLO – A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *I Contratti di Garanzia*, a cura di F. MASTROPAOLO, in *Trattato dei Contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Milano, 2006, 333 ss., A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957.

⁹⁷ Sul punto, cfr. Trib. Napoli, 3 giugno 1994 (massima) disponibile in *DeJure*, secondo cui la fideiussione non si estingue per effetto della fusione per incorporazione della società garante.

debitore principale con un altro soggetto o della fusione della banca beneficiaria della fideiussione quando quest'ultima aveva instaurato (prima della fusione) altri rapporti debitori con lo stesso soggetto garantito⁹⁸.

(a) *La fusione del debitore*

Del primo caso si è occupata, in particolare, una decisione risalente del Tribunale di Milano⁹⁹ relativo ad una vicenda societaria complessa, semplificabile per quanto qui rileva come di seguito. Due società, B e C, rilasciavano alla Banca X, fideiussioni *omnibus* a copertura delle obbligazioni assunte dalla società controllante (totalitaria) A verso la Banca X nell'eventualità in cui venisse meno il controllo totalitario o la funzione di tesoreria di gruppo della società controllante. La società A veniva poi incorporata nella società D, la quale comunicava di aver cessato il servizio di tesoreria per le società controllate. Quando la società D finì in liquidazione, divenuto attuale l'impegno fideiussorio, la Banca agiva nei confronti di B e C (oltre che di E, nuova controllante) per l'adempimento di quest'ultimo obbligo.

Il Tribunale, una volta accertata la validità delle fideiussioni¹⁰⁰, si interroga su quali debbano essere i limiti della garanzia oggetto della fideiussione. Le società convenute, infatti, avevano rilevato che, se la fideiussione fosse stata ritenuta valida, avrebbe dovuto essere limitata al debito contratto dalla società A (e solo da quest'ultima), fino alla sua incorporazione nella società D. Secondo le società convenute, la fusione del debitore principale avrebbe comportato l'estinzione della fideiussione; secondo la banca, poiché la fusione determina una

⁹⁸ Analogo problema si è posto in alcune decisioni giurisprudenziali relative alla *trasformazione* del soggetto garantito, *cfr.* Cass. 20 ottobre 1994, n. 8582, App. Milano, 27 ottobre 1192, Trib. Napoli, 22 maggio 1995, richiamate – insieme alla sentenza in commento – in D. MARASCIULO, *La fideiussione omnibus nella giurisprudenza*, Milano, 1999, 190 ss.

⁹⁹ Trib. Milano, 20 giugno 1991, in *Giur. Comm.*, 1992, II, 101 ss. Il punto di cui si discute è stato anche confermato, in ultimo, dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 12325 del 5 dicembre 1998.

¹⁰⁰ La vicenda, riguardante una fideiussione *omnibus*, precede la modifica della Legge n. 154 del 17 febbraio 1992 e si inseriva nel dibattito relativo alla validità di simili garanzie fideiussorie in caso di mancata fissazione di un limite massimo all'obbligazione.

mera modifica del soggetto l'incorporato e non anche la sua estinzione. Il Tribunale di Milano, in primo luogo, dà atto del dibattito in dottrina e in giurisprudenza in relazione alla natura giuridica della fusione, sostenendo tuttavia che *“ai fini della soluzione del caso in esame, appare peraltro sufficiente affermare che vi è stato un cambiamento nel soggetto che esisteva prima della fusione, con la conseguente perdita della sua individualità, per escludere che la fideiussione promessa a favore del primo, possa perdurare in capo al diverso soggetto che, come nel caso presente, risulta dall'incorporazione di diverse società in un'unica, di rilevanti dimensioni”*¹⁰¹. Il Tribunale quindi, riducendo la rilevanza della natura della fusione rispetto alla controversia in esame, ritiene che la *“perdita di individualità”* della società garantita determinata dalla sua incorporazione in una diversa società, impedisce l'estensione della fideiussione anche ai debiti contratti dalla società successivamente alla fusione, da considerarsi come un soggetto *diverso*¹⁰². Né ritiene percorribile una soluzione diversa, poiché anche ammettendo che il rapporto di garanzia persista malgrado la fusione *“esso potrebbe unicamente avere ad oggetto l'indebitamento del soggetto originario, il quale è però indistinguibile all'interno della nuova compagine societaria”*¹⁰³. La stessa conclusione viene raggiunta con riguardo

¹⁰¹ Trib. Milano, 20 giugno 1991, in *Giur. Comm.*, 1992, II, 106.

¹⁰² Da notare che la stessa conclusione a cui perviene il Tribunale di Milano nella decisione in discussione, viene raggiunta anche in sentenze successive in cui vengono riconosciute da una, la natura modificativo-evolutiva della fusione (Trib. Bologna, 7 aprile 2021, n. 888, disponibile su *DeJure*), dall'altra, la natura estintivo-successoria anteriforma (Trib. Genova, 20 marzo 2006, n. 01016, disponibile su *OneLegale*).

¹⁰³ Trib. Milano, 20 giugno 1991, in *Giur. Comm.*, 1992, II, 106. Sul punto, può essere interessante rilevare che il tema si è posto anche in materia penale con riguardo al sequestro preventivo dei beni finalizzato alla confisca per equivalente: secondo un indirizzo, possono essere oggetto di sequestro solo i beni intestati alla società incorporata al momento della fusione (*cf.* Cass, 3 maggio 2017, n. 47312), mentre secondo un altro possono essere oggetto del sequestro tutti i beni della società incorporante purché si abbia riguardo della tutela dei terzi in buona fede e si verifichi se, in concreto, (i) la società incorporante abbia conseguito un vantaggio o utilità, e (ii) se, al momento dell'atto di fusione, conoscesse o fosse in condizione di conoscere che la società incorporata stava traendo dei profitti dal reato per il quale viene disposta la misura cautelare (Cass. 27 ottobre 2015, n. 4064).

all'estensione della fideiussione ai rapporti obbligatori facenti capo al soggetto incorporante. In tale caso, la diversa soluzione comporterebbe non solo un mutamento del soggetto garantito, ma anche dell'oggetto dell'obbligazione fideiussoria. A seguito della fusione, l'indebitamento inizialmente garantito acquisterebbe dimensioni tali *“da passare da lire 300.000.000 fino a superare, secondo la domanda iniziale dell'attrice, la ragguardevole somma di 5.000.000.000, rendendo per sé evidente il salto quantitativo oltre che qualitativo che comporterebbe l'estensione della fideiussione ai debiti del soggetto risultante dalla fusione”*. Ed ancora, sottolinea che anche dal punto di vista negoziale, non potesse sostenersi *“che le promesse di fideiussione (...), possano estendersi al nuovo soggetto detentore del 100% delle azioni rappresentanti il capitale delle società promittenti, in quanto tale circostanza costituiva solo il motivo dell'impegno a prestare la fideiussione, non già un criterio di individuazione del soggetto garantito”*¹⁰⁴. In altre parole, il Tribunale¹⁰⁵ afferma il principio secondo cui la garanzia fideiussoria può coprire solo l'impegno per le obbligazioni contratte da una società, ma non quelle in capo alla sua (successiva) incorporante. In una decisione successiva, questa volta del Tribunale di Genova¹⁰⁶, lo stesso principio viene confermato in relazione ad una fideiussione il cui testo obbligava il fideiussore per i debiti della società e di chiunque *“avesse comunque a subentrare nei rapporti con codesta Cassa R.”*, in quanto un simile impegno, stando alla sua lettera della clausola, *“si riferisce inequivocabilmente ai rapporti facenti capo alla predetta società (gli unici in relazione ai quali è configurabile un 'subentro'), non già a quelli che il subentrante avrebbe potuto successivamente instaurare con la banca”*.

Stando a questo principio, dunque, la fideiussione pur avendo ad oggetto una obbligazione elastica non subirebbe alcuna conseguenza dalla fusione del punto di vista oggettivo: il fideiussore rimane obbligato a garantire i debiti contratti

¹⁰⁴ Trib. Milano, 20 giugno 1991, in *Giur. Comm.*, 1992, II, 106.

¹⁰⁵ Principio poi confermato dalla sentenza di Cassazione relativa alla medesima vicenda, *cfr.* Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325.

¹⁰⁶ Trib. Genova, 20 marzo 2006, n. 01016, disponibile su *OneLegale*.

dalla società originaria, ma la garanzia fideiussoria non si estende ai debiti contratti dalle altre società e/o dalla società incorporante, prima o dopo la fusione.

(b) La fusione del beneficiario

Quando la fusione riguarda il soggetto a favore del quale viene rilasciata la fideiussione, sorge il problema di definire se la fideiussione debba estendersi ai rapporti debitori sorti con un'altra delle società coinvolte nella fusione *prima* di tale evento oppure se debba estendersi solo ai rapporti sorti dopo l'avvenuta fusione. In entrambi i casi, la giurisprudenza sembra propendere per la prima accezione, in contrasto con l'orientamento descritto nel precedente paragrafo, portando l'operazione di fusione ad incidere sul contenuto dell'obbligazione fideiussoria.

Il primo caso è oggetto di una recente sentenza della Corte d'Appello di Venezia¹⁰⁷ relativa agli effetti della fusione di due istituti di credito sulla fideiussione rilasciata da un soggetto a favore della banca incorporata. In particolare, per semplificare la vicenda, Tizio rilascia alla Banca A una fideiussione a copertura "*delle obbligazioni verso codesta Banca, dipendenti da operazioni bancarie di qualsiasi natura, già costituite o che venissero in seguito consentite*" contratte dal fratello Caio, per un limite massimo pari a 500 milioni di lire. Nel 2006, la Banca B concede a Caio un mutuo fondiario per 750.000 euro da rimborsare in dieci anni. Successivamente, nel 2008, la Banca A viene incorporata nella Banca B. Nel 2016 la Banca B, prendendo atto dell'irregolare esecuzione da parte Caio dell'obbligo di restituzione legato al suddetto mutuo fondiario, dichiara il debitore decaduto dal beneficio del termine ed intima al mutuatario e ai suoi (asseriti) garanti l'immediata restituzione di quanto ancora dovuto. Convenuto in giudizio, Tizio, per quanto qui rileva, nega che la fideiussione – prestata a favore della Banca A – possa essere estesa fino a coprire le obbligazioni di Caio nei confronti della Banca B sorte prima

¹⁰⁷ App. Venezia, 28 gennaio 2022, n. 175 in *DeJure*. La decisione riguarda una fusione successiva alla riforma del 2003, ma è stata emessa dopo l'ultimo *revirement* della Cassazione in merito alla natura giuridica della fusione (*supra*).

dell'operazione che *“anche ritenendo che la fusione abbia determinato il trasferimento delle garanzie dall'incorporata all'incorporante (...) [le garanzie] potrebbero riguardare solo i crediti sorti in capo alla stessa banca nonché quelli sorti dopo la fusione, ma non potrebbero estendersi ai crediti sorti in capo a MPS prima della fusione”*. Inoltre, secondo l'appellante, una simile estensione violerebbe quanto disposto dall'art. 1937 cod. civ., andando ad estendere la garanzia oltre l'ambito della fideiussione come effettivamente voluto ed espresso dalla garante¹⁰⁸.

La Corte, nel confermare la sentenza di primo grado, dà atto dell'intervento delle Sezioni Unite a favore della tesi estintivo-successoria, avvenuto nelle more del procedimento d'appello, ma ritiene che esso *“non porta, nel processo in esame a conclusione diverse da quelle cui è giunto il Tribunale”*. Al momento della fusione, in ragione del rapporto tra Tizio e la Banca A, quest'ultima era titolare del diritto *“ad essere garantita dall'appellante in ordine all'adempimento dei crediti, “dipendenti da operazioni bancarie di qualsiasi natura, già costituite o che venissero inseguito costituite” (...) anche in tale diritto è succeduta l'incorporante”*. Rispetto a tale diritto, il fatto che la Banca B sia divenuta titolare del diritto ad essere garantita *dopo* l'erogazione del mutuo, con l'incorporazione della Banca A, non è rilevante vista l'ampia formulazione utilizzata nel contratto di fideiussione, che non dà spunti per *“escludere dal novero dei rapporti obbligatori futuri garantiti quelli acquisiti dalla banca in forza di una vicenda come quella della fusione di due società bancarie”*¹⁰⁹. Lo stesso principio era stato affermato anche in un'altra decisione dove la fideiussione era stata sottoscritta a favore della banca incorporante e la Corte ha riconosciuto l'estensione di quest'ultima a garanzia di un mutuo sottoscritto *prima* della fusione con la banca

¹⁰⁸ L'appellante, inoltre, ritiene che l'estensione sarebbe contraria anche all'art. 1936 cod. civ. in quanto violerebbe la *“limitazione personale della garanzia tra fideiussore e creditore”*. La Corte nega la fondatezza di tale argomento, citando quell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene che nell'obbligazione derivante dalla fideiussione non sia essenziale l'*intuitu personae*: l'estinzione del soggetto beneficiario non comporta il venir meno dell'obbligo di garanzia del fideiussore che, in questo caso, andrà a beneficio della società incorporante.

¹⁰⁹ App. Venezia, 28 gennaio 2022, n. 175.

incorporata poiché ammesso il subentro della banca incorporante nei rapporti della banca incorporata “*la circostanza che i due contratti siano stati stipulati con banche diverse è un profilo neutro posto*”¹¹⁰.

La soluzione adottata dalle due Corti appena citate, tuttavia, solleva alcune perplessità. Da un lato, sembra risolvere il tema dell'estensione della garanzia fideiussoria in senso opposto a quello del Tribunale di Milano: la fusione dell'istituto beneficiario della fideiussione finisce con l'incidere sul contenuto dell'obbligazione fideiussoria. Se è vero che la garanzia viene pur sempre invocata entro i limiti previsti dall'accordo di fideiussione, è anche vero che l'estensione a dei debiti sorti quando l'istituto incorporato o incorporante non era ancora beneficiario della fideiussione lascia perplessi. Sarebbe diverso se la fideiussione fosse invocata per coprire un debito sorto nei confronti dell'incorporante *dopo* la fusione poiché ciò rientrerebbe senz'altro nella normale operatività di una fideiussione *omnibus*, una volta che il garante sia consapevole del mutamento del soggetto beneficiario¹¹¹. Nei casi sopra descritti, però, l'estensione della fideiussione a garanzia di debiti sorti *prima* della stessa, garantirebbe alla società risultante dalla fusione un indebito vantaggio, a discapito degli altri due soggetti coinvolti nel rapporto fideiussorio. Infatti, il soggetto garante vedrebbe potenzialmente compromesse le tutele a lui garantite dalla disciplina della fideiussione (in particolare, quelle previste dall'art. 1956 cod. civ.), mentre il soggetto garantito – per quanto a sua volta benefici di tale estensione – si trova vincolato ad un contratto di mutuo negoziato sul presupposto di un'assenza di garanzie a condizioni presumibilmente inferiori rispetto all'eventualità in cui avesse potuto fornire una simile copertura.

5. (*Segue*) Gli effetti della fusione sui rapporti contrattuali aventi ad oggetto delle obbligazioni tra loro collidenti.

¹¹⁰ Cfr. App. Aquila, 15 maggio 2020, n. 682, disponibile in *DeJure*.

¹¹¹ In tal senso, cfr. Trib. Milano, 21 gennaio 2015, n. 814 disponibile online su www.giurisprudenzadelleimprese.it, Trib. Parma, 5 luglio 2017, n. 1020 disponibile in *Dejure*.

Secondo alcuni, il problema delle obbligazioni elastiche è per certi versi simile a quello che si pone con riguardo al subentro della società risultante dalla fusione in rapporti contrattuali aventi ad oggetto delle *obbligazioni collidenti*, ossia il cui adempimento è (almeno in apparenza) inconciliabile. Più precisamente, le c.d. *obbligazioni collidenti* sono state definite come “*obbligazioni eguali e contrarie facenti capo alla società incorporante, di modo che questa si troverebbe nella singolare condizione che non potrebbe adempiere a quella pervenutagli per effetto della fusione, senza violare quella in capo ad essa già sussistente*”¹¹². Si pensi, ad esempio, al caso in cui le società partecipanti alla fusione siano vincolate da obblighi di distribuzione esclusiva di una determinata tipologia di prodotto ma con produttori differenti: una volta che i due soggetti diventano uno in ragione della fusione sorgerà una situazione di conflitto tra le due obbligazioni, ove l’adempimento integrale di uno dei due contratti comporta la violazione dell’altro.

Benché in giurisprudenza non sembrano esserci precedenti sul tema, in dottrina sono state prospettate due diversi approcci. Secondo il primo, le obbligazioni collidenti non dovrebbero essere intese come obbligazioni tra loro inconciliabili, ma come obbligazioni elastiche. Se si accetta che la loro estensione resti vincolata ai soggetti originari, esse possono convivere senza che l’adempimento di uno comporti la violazione dell’altro. In altre parole, le obbligazioni “*collidenti*” non sarebbero realmente tali, poiché “*precisati i limiti entro cui la elasticità della obbligazione può operare e chiarito come non possa ritenersi che la obbligazione si estenda alla totalità dell’impresa sociale, non vi è collisione giuridica delle obbligazioni*”¹¹³. Si pensi all’ipotesi in cui le due società siano vincolate da accordi di distribuzione esclusiva non conciliabili tra loro: se la società risultante dalla fusione mantenesse per ciascun prodotto la medesima rete di distribuzione, secondo quest’approccio, l’esclusiva rimarrebbe inviolata. Se si accettasse tale impostazione, di conseguenza, non vi sarebbe più un

¹¹² S. LANDOLFI, *Effetti della fusione*, cit., 973. La stessa definizione, *mutatis mutandis*, può essere adottata anche in caso di fusione in senso stretto.

¹¹³ G. FERRI, *La fusione*, cit., 263.

problema di conflitto tra obbligazioni – in realtà inesistente – ma piuttosto una modifica delle condizioni contrattuali come diretta conseguenza dell’operazione di fusione. Se quest’ultimo fosse tale da rendere impossibile realizzare quanto inizialmente previsto dalle parti, al terzo contraente (e/o alla società risultante dalla fusione¹¹⁴) si dovrebbe riconoscere, secondo alcuni autori, un diritto a sciogliere il contratto per giusti motivi¹¹⁵. Secondo autorevole dottrina, inoltre, non vi sarebbe un diritto al risarcimento del danno, poiché il giusto motivo di scioglimento del contratto non sarebbe determinato dall’inadempimento dell’obbligazione a carico della società risultante dalla fusione, ma dal fatto che l’operazione determina una situazione di fatto rispetto alla quale i contraenti possono non avere più interesse alla continuazione (nei termini inizialmente stabiliti) del contratto ¹¹⁶.

Il secondo approccio, invece, ritiene tale soluzione non pienamente convincente: da un lato, si ripropone il tema della creazione di “ente *bifronte*”, dall’altro, non sembra legittimo neanche l’eventuale “*snaturamento*” degli obblighi in questione come nell’esempio che precede, dove gli obblighi di “*esclusiva*” smettono di essere tali a seguito della fusione di uno dei soggetti. Secondo questo secondo approccio, quindi, la conseguenza dell’operazione sarebbe quella di mettere la società risultante dalla fusione nell’impossibilità di adempiere ad un accordo senza violare l’altro. Quindi, la società risultante dalla fusione dovrà scegliere quale accordo non rispettare¹¹⁷ ed assumersi le relative

¹¹⁴ Ovviamente, in questo caso, il diritto sarebbe condizionato al fatto che la fusione non sia stata realizzata proprio al fine di sciogliersi da determinati rapporti contrattuali. Oltre al fatto che, in tale caso, il terzo contraente avrebbe diritto (anche) al risarcimento del danno.

¹¹⁵ G. FERRI, *La fusione*, cit., 263.

¹¹⁶ G. FERRI, *La fusione*, cit., 264. *Contra*, P. GRECO, *Le società*, cit., 483.

¹¹⁷ F. DI SABATO, *Problemi in tema di fusione: la situazione patrimoniale; le variazioni del capitale; l’efficacia dell’atto di fusione*, in *Vita Notarile*, 1987, 474

conseguenze in termini di risoluzione del rapporto contrattuale e di eventuali obblighi risarcitori¹¹⁸.

6. (Segue) sui rapporti contrattuali aventi carattere personale.

6.1. L'irrelevanza del carattere personale per l'ipotesi della fusione.

La lettera della norma in esame prevede che la società risultante dalla fusione subentri in *tutti* i rapporti giuridici facenti capo alle società fuse o all'incorporata senza prevedere alcuna eccezione. L'assunzione da parte della società risultante dalla fusione avrà “*la massima ampiezza*”¹¹⁹, dovendosi ritenere inclusi anche i rapporti ignoti – visto che non è richiesta alcuna descrizione dei rapporti contrattuali nel progetto di fusione – o in via di formazione al momento dell'operazione¹²⁰. Sia che si richiamino le regole relative alla successione universale sia che si neghi che vi sia un trasferimento vero e proprio, la fusione non può che coinvolgere l'intero patrimonio delle società partecipanti, visto che nessun rapporto o situazione giuridica può restare in capo a società destinate a venire meno come soggetti giuridici a sé stanti¹²¹. Tale principio non solleva particolari perplessità nel caso della fusione per incorporazione con riguardo ai rapporti aventi carattere personale di cui la società incorporante era parte prima della fusione. Essa, infatti, a seguito della fusione, non solo “*conserva*” tali rapporti contrattuali, ma mantiene anche la propria autonomia giuridica¹²². Possono però sorgere alcuni dubbi rispetto ai rapporti contrattuali

¹¹⁸ P. GRECO, *Le società, cit.*, 483. Nello stesso senso, *cf.* C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione, cit.*, 80.

¹¹⁹ C. SANTAGATA – R. SANTAGATA *Fusione, cit.*, 73 s.

¹²⁰ C. SANTAGATA – R. SANTAGATA *Fusione, cit.*, 70. Nello stesso senso, G. A. RESCIO, *La fusione, cit.*, 327.

¹²¹ G. A. RESCIO, *La fusione, cit.*, 327.

¹²² Tale ragionamento viene svolto anche in Cass., 18 aprile 2012, n. 6058, che nel decidere una controversia avviata dalla Banca di Roma (poi Capitalia S.p.A. e poi incorporata da Unicredit S.p.A.), relativa a un mutuo erogato dallo stesso istituto bancario con il nome di Banco di Santo Spirito, aveva notato che la Banca di Roma, fino alla sua incorporazione in Unicredit – avvenuta però dopo il 2003 – aveva sì partecipato a delle fusione essendo “*sempre società incorporante, e quindi il fenomeno estintivo ha riguardato solo le società in esso incorporate*”, nonostante, in

aventi carattere personale di cui siano parte le società partecipanti alla fusione o incorporate. Sebbene tali perplessità siano chiare a chi aderisce alla tesi estintivo-successoria della natura della fusione¹²³, con autorevoli eccezioni¹²⁴, esse vengono riconosciute anche da autori che, pur aderendo alla tesi evolutivo-modificativa, sostengono l'esistenza di contratti "*intrasmissibili*"¹²⁵.

È però dubbio che un'esclusione dei contratti fondati sul carattere personale degli stessi abbia ragion d'essere. Premesso che nei rapporti contrattuali riguardanti una società anziché un piccolo imprenditore la componente dell'elemento personale non può che affievolirsi¹²⁶, essa è pur sempre presente, ma dipende "*da quei motivi di tradizione e da quei coefficienti oggettivi e soprattutto soggettivi della loro organizzazione che possono determinare, fra una società e l'altra differenze di reputazione e di credito, e per esse di avviamento*"¹²⁷. Infatti, nelle operazioni di fusione, le "imprese" delle società coinvolte non si dissolvono, ma si ha una compenetrazione delle stesse fino a formare la "impresa" della società risultante dalla fusione¹²⁸. Nella fusione non viene meno né viene dispersa l'organizzazione di persone, di mezzi e di capacità, e quant'altro costituisce un catalizzatore della clientela per un'azienda sociale del soggetto originario, ma tutto ciò prosegue nel nuovo ente¹²⁹. In altre parole, al mutamento del soggetto non corrisponde uno "*smantellamento*" del

occasione delle fusioni in questione, avesse sempre proseguito anche a cambiare la propria denominazione sociale (evento privo di rilievo in quanto "*il cambio di denominazione sociale non modifica l'identità della persona giuridica*").

¹²³ P. RUGGERI, *L'irreversibilità della fusione societaria*, Padova, 2012, 7 (nt. 12)

¹²⁴ G. A. RESCIO, *La fusione*, cit., 327, il quale, si noti, ritiene l'espressione equivalente all'*intuitus personae*. Nello stesso senso, cfr. C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in AA.VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. PATRONI GRIFFI, Milano, 1995, 14.

¹²⁵ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*^V, III, 2, Padova, 2004, 482.

¹²⁶ M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 1006

¹²⁷ P. GRECO, *Le società*, cit., 480

¹²⁸ P. GRECO, *Le società*, cit., 480

¹²⁹ C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, cit., 14. Nello stesso senso, P. GRECO, *Le società*, cit., 480

patrimonio aziendale o dell'impresa a cui il rapporto contrattuale fa riferimento, ma solo la sua riorganizzazione – per compenetrazione delle società fuse o per “assorbimento” della società incorporata nell'incorporante – all'interno di una nuova realtà societaria. Proprio per questo motivo, l'ipotesi dei rapporti contrattuali aventi un carattere personale, secondo alcuni, evidenzia i “vizi” dell'analogia con la successione universale *mortis causa*¹³⁰. La fusione comporta sì la perdita dell'individualità giuridica da parte delle società coinvolte o incorporate (o la loro estinzione), ma non disperde – almeno in linea di principio – l'organizzazione di persone, di mezzi e di capacità facenti riferimento alle stesse¹³¹. Al contrario, essa continua, in forma addirittura potenziata, nella società risultante dalla fusione¹³².

Di conseguenza, il cambiamento di soggetto – comunque lo si voglia leggere – avrebbe una portata ridotta poiché la fusione “*al di là della modifica soggettiva, si traduce ugualmente in un fenomeno di persistenza dell'organizzazione nel cui ambito sono inseriti [i contratti]*”¹³³. Nel quadro della fusione societaria, l'eventuale “*carattere personale*” dei rapporti contrattuali non impedirebbe la prosecuzione del rapporto in capo alla società risultante dalla fusione poiché “*operandosi la confluenza dell'intero apparato organizzativo di persone e di mezzi in capo alla società risultante dalla fusione, di tali capacità e qualità finisce con l'esser dotata anche quest'ultima*”, per cui l'assunzione dei rapporti contrattuali non potrebbe essere preclusa “*dagli estremi atti a qualificare la prestazione come soggettivamente infungibile, né dalla previsione della*

¹³⁰ C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, cit., 14.

¹³¹ In tal senso, cfr. G. FERRI, *La fusione*, cit., 1936, P. GRECO, *Le società*, cit., 480.

¹³² S. LANDOLFI, *Gli effetti*, cit., 974.

¹³³ C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione*, cit., 72, nello stesso senso, cfr. M. MOZZARELLI, Estinzione e continuità dei rapporti giuridici nella fusione, con uno sguardo all'apertura delle procedure concorsuali (nota a Cass., Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970, in Soc., 2022, 7, 841.

clausola che ne preveda lo scioglimento in ipotesi di morte del contraente o di trasferimento dell'azienda"¹³⁴.

6.2. Profili di dubbio.

Ciò non toglie, però, che la "*persistente funzionalità dei rapporti per una organizzazione imprenditoriale societaria deve tuttavia adeguarsi alla programmata confluenza in un più ampio organismo*", tale per cui l'operazione di fusione potenzialmente può tradursi in un mutamento sostanziale del soggetto, coerente con il nuovo assetto organizzativo e societario¹³⁵, che potrebbe non essere indifferente alla controparte contrattuale. Quanto appena detto vale tanto più per quei contratti il cui presupposto fondato in base "*all'esistenza della società come soggetto di diritto, cioè al fatto che il gruppo sociale conservi la propria individualità ed autonomia anche sul piano patrimoniale*"¹³⁶ o, se si aderisce a tale tesi, subordinata all'esistenza della società estinta¹³⁷. Per questo motivo, si è osservato che vi sono rapporti che, a seguito della fusione, non possono che estinguersi (es. rapporti *organici*¹³⁸) e altri per i quali sono stati sollevati dubbi sulla possibilità per la società risultante dalla fusione subentrare.

¹³⁴ C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione, cit.*, 74. *Contra*, Cass., 19 maggio 2011, n. 11059, la quale – aderendo però ad una lettura della fusione come fenomeno estintivo-successorio anche dopo la modifica del 2003, sostiene che la società che risulta dalla fusione subentri nei rapporti giuridici "*già riguardanti i soggetti fusi o incorporati, ivi comprese, al di là del letterale riferimento dell'art. 2504-bis cod. civ. ai diritti ed agli obblighi, tutte le situazioni giuridiche per loro natura trasmissibili*".

¹³⁵ C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione, cit.*, 76.

¹³⁶ App. Genova, 22 gennaio 1962 (*inedita*), il cui passaggio viene riportato da C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione, cit.*, 72. Nello stesso senso, M. GHIDINI, *Società personali, cit.*, 1013, il quale sostiene inoltre che tali contraenti – avendo a disposizione il rimedio previsto dall'art. 2503 cod. civ. potrebbero invocarlo al fine di ricevere un'adeguata garanzia dell'adempimento della nuova società oppure al fine di impedire che la fusione abbia luogo.

¹³⁷ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Le società commerciali*^{IV}, II, Milano, 1928, A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società. Società per azioni.*, II, Milano, 1948, 649.

¹³⁸ *Cfr.* C. SANTAGATA, *La fusione, cit.* 25, G. FERRI, *La fusione, cit.* 235, C. SILVETTI, *Trasformazione e fusione delle società, cit.*, 551.

Tra i rapporti giuridici su cui sono stati sollevati dubbi sull'assunzione da parte della società incorporante vi sono i *patti parasociali*. Qualora le società coinvolte nella fusione siano parti di un patto parasociale, sono stati sollevati dubbi riguardo la trasmissibilità di quest'ultimi alla società risultante dalla fusione (si noti, da esponenti di entrambe le teorie "estreme" riguardanti la natura giuridica della fusione)¹³⁹. Al contrario, vi è chi ritiene che la disposizione dell'art. 2504-*bis* cod. civ., pur rappresentando un'ipotesi di successione universale, rechi una disciplina *ad hoc*, che consente la trasmissione di rapporti giuridici altrimenti non trasmissibili¹⁴⁰. O ancora, nel caso di cui al paragrafo che precede, l'ipotesi della fusione del soggetto garantito affrontata dal Tribunale di Milano viene decisa anche sulla base del fatto che la fusione ha determinato un mutamento del soggetto garantito (*supra*), peraltro nonostante giurisprudenza pacifica neghi il carattere personalistico della fideiussione¹⁴¹.

SEZIONE III

LE TUTELE DEI TERZI CONTRAENTI NELLA DISCIPLINA DELLA FUSIONE

Nella Sezione che precede si sono analizzate le problematiche determinate dall'occorrere di un'operazione di fusione evidenziando non solo le possibili conseguenze, ma il fatto che si crea un'oggettiva incertezza riguardo alla portata delle conseguenze dell'operazione di fusione sui rapporti contrattuali in corso di esecuzione.

¹³⁹ Cfr. G. ANDREANI, *Trasformazioni*, cit., 93 s, il quale aderisce alla tesi estintivo-successoria; nello stesso senso, pur aderendo alla tesi modificativo-evolutiva, cfr. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., 530 ss., I. CAPELLI, *Fusione e scissione*, in *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di A. BORTOLUZZI, Torino, 2004, 538. Non vi è invece dubbio che, l'eventuale obbligazione risarcitoria sorta a seguito della sua violazione da parte della società incorporata o coinvolta nella fusione potrà essere assunta dalla società incorporante.

¹⁴⁰ G. G. PETTARIN, *Acquisizione*, cit., 151. La stessa conclusione viene raggiunta, sulla base della teoria modificativo-evolutiva da C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione*, cit., 75 ss. (nt. 182).

¹⁴¹ Si noti che secondo uno stabile orientamento, la fideiussione non è un rapporto contrattuale fondato sull'*intuitu personae* né avente un carattere personale ex art. 2558 cod. civ., sul punto, *inter alia*, cfr. F. CERRI, sub art. 1936 cod. civ., in *Codice Civile*^X, a cura di P. RESCIGNO, MILANO, 2018, 3856. In senso contrario, C. FALQUI MASSIDA, *Fideiussione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989

Analizzare il problema della circolazione dei rapporti giuridici contrattuali dal punto di vista della qualificazione della sostituzione del soggetto originariamente titolare degli stessi, in una certa misura, può essere come abbiamo visto “[non] *sufficientemente realistica, pregiudicata com’è dalla polemica circa l’effetto estintivo o meramente modificativo della fusione sul rapporto sociale e sulla persona giuridica delle società destinate ad essere assorbite in altra società*”¹⁴². Cambiando prospettiva, e guardando le circostanze in esame dal punto di vista del terzo contraente, quest’ultimo può avere un interesse contrario al trasferimento o talora un diritto di opporsi o impedirlo. Anche in questo caso, è bene tenere presente – dal punto di vista fattuale – la differenza tra fusioni che interferiscono con diritti e interessi di terzi e fusioni che, al contrario, non realizzano tale interferenza, “*anzi, nel procedere a queste distinzioni non si può fare a meno di tener conto della configurazione concreta del diritto o dell’interesse attualmente o potenzialmente confliggente con quello che apparentemente esigerebbe la più lata applicazione del principio di continuità o di quello (...) di universalità della successione*”¹⁴³. Una distinzione che si fonda, in sostanza, sull’effettivo “scopo” dell’operazione, ossia sul fatto che essa si risolva nella mera riorganizzazione delle risorse “*senza incidere sui soggetti a cui in ultima analisi sono riconducibili le attività e i patrimoni*” oppure in un effettivo mutamento della “*proprietà*” e del “*governo*” dell’impresa¹⁴⁴.

La questione, dunque, richiede di indagare di quali rimedi possano avvalersi i terzi contraenti per difendersi, o comunque bilanciare, gli effetti

¹⁴² M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, cit.*, 310. Nello stesso senso, *cf.* G.A. RESCIO, *La fusione e la scissione*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. IBBA e G. MARASÀ, VII, Milano, 2015, 152, secondo cui entrambe le visioni presentano dei limiti innati, se assunte in purezza, oltre ad essere suscettibile di “*fornire più concettualismi di supporto all’argomentazione che risposte adeguate per la soluzione di problemi concreti: con conseguente sostanziale indifferenza della concezione di partenza, spesso incline ad incontrarsi con la teoria avversa in formulazioni ibride*”.

¹⁴³ M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, cit.*, 311.

¹⁴⁴ G.A. RESCIO, *La fusione, cit.*, 157. V. anche M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, cit.*, 314.

dell'operazione sulla loro attività e sui loro diritti od obbligazioni contrattuali. Il rimedio che si rinviene nella disciplina della fusione è notoriamente quello dell'opposizione alla fusione (§7), ma essa non sempre è idonea a tutelare gli interessi di coloro che hanno dei rapporti continuativi con la società. L'alternativa potrebbe essere rappresentata dalla possibilità di applicare per analogia quanto previsto dall'art. 2558 cod. civ. o da altra forma di recesso applicabile qualora le circostanze in concreto della fusione rendano la vicenda simile a una cessione di azienda o ad altra forma di trasferimento (§8)

7. La legittimazione dei terzi contraenti ad opporsi alla fusione

Come più volte rammentato, le operazioni di fusione comportano la compenetrazione dei patrimoni delle società coinvolte; di conseguenza, i creditori delle diverse società partecipanti all'operazione – una volta che questa è efficace – si trovano a concorrere senza distinzioni sul medesimo patrimonio dell'ormai unica società debitrice. Tale situazione può compromettere ingiustificatamente gli interessi e le aspettative di alcuni creditori, cui la legge offre il rimedio dell'opposizione ai sensi dell'art. 2503 cod. civ.¹⁴⁵ da esercitarsi, a pena di decadenza, entro 60 giorni dall'ultimo degli adempimenti previsti dall'art. 2502-*bis*.

¹⁴⁵ L. ROVELLI, sub art. 2503 cod. civ., in *Codice civile. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, V, 2022, Milano, 1084, G. FERRI, *Manuale, cit.*, 508 s, G. SAVIOLI, *Le operazioni, cit.*, 186 s., F. FERRARA – F. CORSI, *Imprenditori, cit.*, 991, M. PERRINO, sub art. 2503 cod. civ., in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza (Artt. 2452-2510)*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario al Codice Civile. Dell'azienda e della concorrenza*, diretto da E. GABRIELLI, 2015, 1548. Si pensi all'emblematico caso di una società debitrice ampiamente in attivo incorporata da una società in dichiarato stato di insolvenza (cfr. M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018, 238 (nt. 1). Una tutela simile era garantita anche dal Codice del Commercio Italiano del 1882 all'art. 195 “*La fusione non può avere effetto, che dopo trascorsi tre mesi dalla pubblicazione indicata nella prima parte dell'articolo precedente, salvo che consti del pagamento di tutti i debiti sociali, o del deposito della somma corrispondente nella cassa dei depositi e prestiti, o del consenso di tutti i creditori*”

L'istituto in esame presenta diversi profili controversi attinenti alla sua natura, al suo fondamento e ai suoi effetti, che determinano diverse incertezze applicative che non si ha la possibilità di approfondire in maniera completa in questa sede¹⁴⁶; ai fini del presente lavoro, tuttavia, è utile identificare gli *effetti* e il *fondamento* dell'opposizione.

Quanto ai primi, la proposizione dell'opposizione alla fusione ha l'effetto di sospendere l'esecuzione della fusione. Non si tratta di una conseguenza espressamente prevista dalla legge, ma deducibile in via interpretativa dalla facoltà della società "colpita" di chiedere al tribunale l'*autorizzazione* all'esecuzione dell'operazione in pendenza del procedimento d'opposizione. Se il procedimento non venisse sospeso dall'opposizione dei creditori, il Legislatore non avrebbe avuto necessità di prevedere l'autorizzazione a procedere del tribunale¹⁴⁷. Qualora l'opposizione venga accolta, la sospensione viene consolidata ed impedisce definitivamente l'attuazione della fusione¹⁴⁸. Decisamente più controverso è il tema degli effetti dell'accoglimento dell'opposizione su una fusione eseguita in anticipo con l'autorizzazione del tribunale oppure in violazione di quanto previsto dalla norma in esame. In quest'ultimo caso, da un lato, si è sostenuto che l'accoglimento dell'opposizione determina l'inefficacia *erga omnes* dell'atto di fusione eventualmente registrato,

¹⁴⁶ Per una ricostruzione in generale, *cfr.* L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società, cit.*, 1625 ss., P.G. JAEGER – F. DENOZZA – A. TOFFOLETTO, *Appunti, cit.*, 692 ss., G. CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978.

¹⁴⁷ M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018, 245. Nello stesso senso, *cfr.* S. CACCHI PESSANI, sub *art. 2503 cod. civ.*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 2006, 719, A. VICARI, sub *2503 cod. civ.*, in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, Milano, 2016, 3330.

¹⁴⁸ S. CACCHI PESSANI, sub *art. 2503 cod. civ., cit.*, 720; M. CAVANNA, *Della fusione delle società, cit.*, 242.

dall'altro, che l'accoglimento ha effetto nei confronti dei soli creditori che hanno proposto l'opposizione, lasciando a quest'ultimi una tutela di tipo risarcitorio¹⁴⁹.

Quanto al secondo aspetto, il Legislatore ha taciuto sia sul fondamento del potere dei creditori di proporre opposizione sia sui presupposti per l'accoglimento dell'opposizione¹⁵⁰. È opinione ormai comune che la domanda possa essere accolta solo qualora i creditori siano in grado di dimostrare che la realizzazione della fusione costituisce un pregiudizio per le loro ragioni¹⁵¹. Da notare che, secondo una parte della dottrina, il pregiudizio rilevante riguarda "*tutti i creditori collettivamente considerati*": il giudice dovrebbe svolgere una valutazione di sintesi del pregiudizio verso i creditori collettivamente considerati, mentre gli interessi del singolo opponente verrebbero in rilievo solo al momento in decidere se disporre la prestazione della garanzia e in quale misura¹⁵². Più controverso è in cosa debba consistere questo pregiudizio. La tesi prevalente lo identifica con la lesione della *garanzia patrimoniale generica*, conseguente alla confusione dei patrimoni della società debitrice e delle altre società partecipanti all'operazione, qualora si traduca in una diminuzione del patrimonio della società debitrice¹⁵³.

¹⁴⁹ A. VICARI, sub 2503 cod. civ., in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, Milano, 2016, 3330.

¹⁵⁰ M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, cit., 245. Nello stesso senso, S. CACCHI PESSANI, sub art. 2503 cod. civ., cit., 720

¹⁵¹ M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018, 245.

¹⁵² Cfr. S. CACCHI PESSANI, sub art. 2503 cod. civ., cit., 719, A. VICARI, sub 2503 cod. civ., in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, Milano, 2016, 3328

¹⁵³ In tal senso, G. PETTARIN, *Acquisizione*, cit., 139, M. M. GAETA, sub art. 2503, in *Codice Commentato delle S.p.A.*, diretto da G. FAUCEGLIA e G. SCHIANO DI PEPE, Milano, 2007, 1778, M. PERRINO, sub artt. 2503-2503-bis cod. civ., in *Società di Capitali*, a cura di G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, VIII, 1985, 288. L'opposizione ex art. 2503 cod. civ è invocabile anche in caso di scissione, visto l'espresso rinvio fatto dall'art. 2506-ter cod. civ.. A differenza della fusione, però, nella scissione realizzandosi un fenomeno di scomposizione patrimoniale, l'oggettiva riduzione del patrimonio è fisiologica dell'operazione: il diritto dei creditori si fonda, dunque, non solo sulla riduzione della loro garanzia patrimoniale, ma occorre provare l'esistenza di un'effettiva probabilità che l'operazione possa

Più convincente è la tesi minoritaria, secondo cui il pregiudizio rilevante è da identificarsi nella lesione della c.d. *garanzia commerciale*, ossia della capacità dell'impresa debitrice di dare regolare e spontanea esecuzione al rapporto giuridico. L'opposizione tutelerebbe non tanto l'interesse dei creditori alla soddisfazione coattiva del credito, ma quello alla regolare esecuzione del rapporto contrattuale e quindi alla realizzazione delle utilità economiche dedotte nel rapporto. Tale considerazione valorizza maggiormente i profili imprenditoriali della fattispecie¹⁵⁴, fermo restando che le due tesi potrebbero anche essere ritenute complementari tra di loro¹⁵⁵. Infine, secondo una tesi più risalente, l'istituto dell'opposizione sarebbe espressione del principio per il quale il mutamento del lato passivo del rapporto obbligatorio è possibile solo con il

arrecare un pregiudizio – anche solo potenziale – al soddisfacimento del credito, *cfr.* Trib. Milano, 23 ottobre 2020 in *BBTC*. 2022, 5, 694 ss., con nota di M. GHILARDI, *Funzione dell'opposizione alla scissione e rapporto con la responsabilità delle altre società partecipanti all'operazione*. e in *Giur. It.*, 3, 2021 637 ss. con nota di F. PETRITAJ, *L'opposizione dei creditori alla scissione: natura e profili procedurali*, Trib. Milano, Sez. Imp., 24 gennaio 2019, in *Giur. It.*, 5, 2019, 1125 ss., con nota di M. DI SARLI, *Fusione (transfrontaliera) e fondamento del diritto di opposizione dei creditori* e in *Soc.* 8-9, 2019, con nota di M.V. ZAMMITTI, *L'opposizione dei creditori alla fusione, ex art. 2503, comma 2, c.c. al vaglio della giurisprudenza milanese*, Trib. Roma, Sez. Imp., 12 giugno 2017, n. 11875 in *Riv. Not.*, 2018, 2, 381 ss. con nota di S. PEPE, *L'opposizione alla scissione ex art. 2503 cod. civ.*, Trib. Milano, 14 novembre 2011, in *Giur. It.*, 2012, con nota di O. CAGNASSO, *L'opposizione alla fusione: profili sostanziali e procedurali*, Trib. Genova, 13 luglio 1992, in *Riv. Not.*, 1994 con nota di R. GUGLIELMO, *L'opposizione dei creditori ex art. 2503 cod. civ.: natura del procedimento*, e in *Giur. Comm.*, 1994, 4, 719 ss. con nota di S. VALERIO, *Il diritto di opposizione alla fusione*, e in *Soc.*, 1993, 4, 499 ss., con nota di C. SANTAGATA, *Condizioni di accoglimento dell'opposizione a fusione: natura e prova*.

¹⁵⁴ S. CACCHI PESSANI, sub art. 2503 cod. civ., in *Trasformazione, fusione, scissione* a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 2006, 719. Per primo, G. CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, 99 ss., il quale però ne fa derivare l'estrema conseguenza della non necessità per l'opponente di fornire una motivazione per l'opposizione.

¹⁵⁵ M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018, 245 s. Prima della riforma, si era affermata anche un'altra tesi – da ritenersi ormai superata – secondo cui l'opposizione altro non sarebbe che espressione del principio secondo cui il mutamento del lato passivo del rapporto obbligatorio è possibile solo con il consenso del creditore, senza che questi debba dimostrare l'esistenza di alcun danno.

consenso del creditore stesso, senza che questi debba dimostrare l'esistenza di alcun danno¹⁵⁶.

Svolte tali premesse, ci si può interrogare sul significato del termine “*creditori*”, utilizzato dal Legislatore per indicare coloro che sono legittimati a proporre opposizione. A ben vedere, l'art. 2503 cod. civ., nella sua attuale formulazione, pone espressamente come unica preclusione l'anteriorità del titolo rispetto all'iscrizione della delibera di fusione presso il relativo registro delle imprese, da intendersi come “*che la sua fonte risiede in un fatto costitutivo già realizzatosi alla data del deposito per l'iscrizione*”¹⁵⁷. Tale limite, introdotto con d.lgs. del 16 gennaio 1992, n. 22, si giustifica considerando che i creditori il cui titolo sia sorto successivamente alla fusione erano consapevoli, o avrebbero dovuto esserlo, dell'imminente operazione e ne hanno potuto valutare i relativi rischi (o comunque avrebbero dovuto farlo)¹⁵⁸.

Secondo la tesi largamente prevalente, il termine “*creditori*” utilizzato dalla norma deve essere letto nell'accezione più ampia possibile¹⁵⁹, dovendosi

¹⁵⁶ G. CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978.

¹⁵⁷ Trib. Milano, Sez. Imp., 24 gennaio 2019, in *Giur. It.*, 5, 2019, 1125 ss., con nota di M. DI SARLI, *Fusione (transfrontaliera) e fondamento del diritto di opposizione dei creditori* e in *Soc.* 8-9, 2019, con nota di M.V. ZAMMITTI, *L'opposizione dei creditori alla fusione, ex art. 2503, comma 2, c.c. al vaglio della giurisprudenza milanese*.

¹⁵⁸ cfr. M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018, 238, A. VICARI, sub 2503 cod. civ., in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, Milano, 2016, 3328, L. RUSSO, sub art. 2503 cod. civ., in *Codice delle società*, a cura di N. ABRIANI, Torino, 2016, 2338, F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, Milano, 2000, 468, V. SANGIOVANNI, *Fusione di società e opposizione dei creditori*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 6, 1349

¹⁵⁹ Cfr. G. COTTINO, *Le società*, cit., 635. Nello stesso senso, cfr. E. SIMONETTO, *Delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, 313 s, G. TANTINI, *Trasformazione e fusione*, cit., 327, secondo i quali il diritto d'opposizione può essere esercitato da tutti i creditori titolari di crediti che debbono essere iscritti nel passivo del bilancio per disposizione di legge. In giurisprudenza, in particolare, Trib. Genova, 13 luglio 1992, in *Riv. Not.*, 1994 con nota di R. GUGLIELMO, *L'opposizione dei creditori ex art. 2503 cod. civ.: natura del procedimento*, e in *Giur. Comm.*, 1994, 4, 719 ss. con nota di S. VALERIO, *Il diritto di opposizione alla fusione*, e in *Soc.*, 1993, 4,

escludere che gli unici legittimati siano i titolari di crediti liquidi ed esigibili¹⁶⁰. Sono pertanto inclusi, *inter alia*, anche i titolari di crediti illiquidi e non ancora esigibili, i titolari di crediti soggetti a termine o condizione¹⁶¹, che siano contestati o

499 ss., con nota di C. SANTAGATA, *Condizioni di accoglimento dell'opposizione a fusione: natura e prova* e Trib. Milano, 27 marzo 1969, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1969, 198 ss. (con nota di G. FERRI)

¹⁶⁰ In tal senso, anche se con prospettazioni non sempre coincidenti, *inter alia*, L. ROVELLI, sub art. 2503 cod. civ., in *Codice civile. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, V, 2022, Milano, 1084. Nello stesso senso, *cfr.* M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018, 256, M. PERRINO, sub art. 2503 cod. civ., in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza (Artt. 2452-2510)*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario al Codice Civile. Dell'azienda e della concorrenza*, diretto da E. GABRIELLI, 2015, 1548; S. CACCHI PESSANI, sub art. 2503 cod. civ., in *Trasformazione, fusione, scissione* a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 2006, 719, I. CAPELLI, *Fusione, cit.*, 555 s., C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Le Fusioni, cit.*, 4893 s., M. EREDE, *L'opposizione dei creditori*, in *Trasformazione, fusione e scissione*, diretta da A. SERRA, Bologna, 2014, 399 ss., A. VICARI, sub 2503 cod. civ., in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, Milano, 2016, 3328, M. PINARDI, *Le opposizioni dei creditori nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006, 216, G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, VIII, 1985, 288,

¹⁶¹ Sia nel caso in cui siano soggetti a condizione sospensiva che risolutiva: nel primo caso, infatti, l'opposizione rientrerebbe tra gli atti conservativi a disposizione del creditore, *cfr.* S. CACCHI PESSANI, sub art. 2503 cod. civ., *cit.*, 724 (nt. 6)

litigiosi¹⁶² o il cui diritto di credito abbia ad oggetto un obbligo di fare¹⁶³ o altre prestazioni diverse dal denaro¹⁶⁴.

Nell'adottare un'accezione così ampia viene sottolineata l'irrelevanza del fatto che il credito sorge da un rapporto contrattuale ancora in corso¹⁶⁵, come

¹⁶² Sembra essere preferibile ritenere che nel caso di crediti contestati, non sia necessario che il credito invocato presenti le caratteristiche che ne impongano l'iscrizione a bilancio, *cfr.* S. CACCHI PESSANI, sub *art. 2503 cod. civ., cit.*, 725; nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Verona, 28 giugno 1991, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, II, 83 ss. Inoltre, il giudice dell'opposizione, non è tenuto ad un preventivo e puntuale accertamento della fondatezza della pretesa del creditore, potendosi limitare a una sommaria cognizione che escluda la legittimazione del creditore solo se la pretesa si presenti all'apparenza priva di ogni fondamento, *cfr.* M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018, 257, S. CACCHI PESSANI, sub *art. 2503 cod. civ.*, in a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 2006, 719. In giurisprudenza, *cfr.* Trib. Napoli, 15 marzo 2019, in *Foro it.*, I, 2019 con nota di G. NICCOLINI, Trib. Milano, Sez. Imp., 24 gennaio 2019, in *Giur. It.*, 5, 2019, 1125 ss., con nota di M. DI SARLI, *Fusione (transfrontaliera) e fondamento del diritto di opposizione dei creditori* e in *Soc.* 8-9, 2019, con nota di M.V. Zammiti, *L'opposizione dei creditori alla fusione, ex art. 2503, comma 2, c.c. al vaglio della giurisprudenza milanese*, Trib. Roma, Sez. Imp., 12 giugno 2017, n. 11875 in *Riv. Not.*, 2018, 2, 381 ss. con nota di S. PEPE, *L'opposizione alla scissione ex art. 2503 cod. civ.*, Trib. Milano, 14 novembre 2011, in *Giur. It.*, 2012, con nota di O. CAGNASSO, *L'opposizione alla fusione: profili sostanziali e procedurali*, Trib. Brindisi 17 luglio 1998, in *Soc.*, 11, 1999, 1348 ss. con nota di E. SANDRINI (sebbene in un caso di scissione), Trib. Genova, 13 luglio 1992, in *Riv. Not.*, 1994 con nota di R. GUGLIELMO, *L'opposizione dei creditori ex art. 2503 cod. civ.: natura del procedimento*, e in *Giur. Comm.*, 1994, 4, 719 ss. con nota di S. VALERIO, *Il diritto di opposizione alla fusione* e in *Soc.*, 1993, 4, 499 ss., con nota di C. SANTAGATA, *Condizioni di accoglimento dell'opposizione a fusione: natura e prova.*, Trib. Milano, 27 ottobre 1997, in *Soc.*, 1998, 4, 433 ss., con nota di F. FIMMANÒ.

¹⁶³ M. PIRRO, sub *art. 2503 cod. civ.*, in *Codice civile*, a cura di P. RESCIGNO, Milano, 2018, 5440. In Giurisprudenza, Trib. Verona, 28 giugno 1991, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, II, 83 ss. e in *Giur. It.*, 1992, I, II, 89 ss.

¹⁶⁴ F. ANCHINI, sub *art. 2503 cod. civ.* in *Commentario breve al diritto delle società*^V, Padova, 2017, 1740, C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, 324

¹⁶⁵ In tal senso, L. ROVELLI, sub *art. 2503 cod. civ.*, in *Codice civile. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, V, 2022, Milano, 1084. Nello stesso senso, *inter alia*, *cfr.* M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018, 256, M. PERRINO, sub *art. 2503 cod. civ.*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza (Artt. 2452-2510)*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario al Codice Civile. Dell'azienda e della concorrenza*, diretto da E. GABRIELLI, 2015, 1548; S. CACCHI PESSANI, sub *art. 2503 cod. civ., cit.*, 719, I. CAPELLI, *Fusione, cit.*, 555 s., M. EREDE,

quelli con appaltatori, fornitori etc., anche qualora il creditore opponente sia a sua volta debitore¹⁶⁶. Difatti, anche tali soggetti sono “creditori” della controprestazione loro dovuta, sia che l’adempimento sia dato da una prestazione continuativa sia che sia dato con prestazioni periodiche e successive. Se è vero che essi stessi sono debitori della società coinvolta nella fusione cui si desidera presentare opposizione, essi sono comunque tenuti alla loro controprestazione, non avendo rilievo il subentro della nuova società nel rapporto contrattuale¹⁶⁷. Non solo: il loro interesse ad opporsi riguarda anche il fatto che – come evidenziato nella Sezione precedente – per effetto della fusione possono modificarsi anche le esigenze produttive delle società coinvolte nella fusione, con possibili ripercussioni sui rapporti contrattuali ancora in corso, fino al punto di non rendere più necessaria la prestazione di costoro o renderla

L’opposizione dei creditori, in *Trasformazione, fusione e scissione*, diretta da A. SERRA, Bologna, 2014, 401 (nt. 11 e nt. 12), F. TERRUSI, *Profili dell’opposizione alla fusione*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2010, 2, 339, R. GUIDOTTI, *Sull’opposizione dei creditori alla fusione*, in *Contratto e impresa*, 2000, 877, F. ANCHINI, *sub art. 2503 cod. civ. in Commentario breve al diritto delle società*^{IV}, Padova, 2017, 1740, G. CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, 70 ss., C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, 323 ss. In giurisprudenza, sebbene riferito ad un’ipotesi di scissione, *cf.* Trib. Roma, Sez. Imp., 12 giugno 2017, n. 11875 in *Riv. Not.*, 2018, 2, 381 ss. con nota di S. PEPE, *L’opposizione alla scissione ex art. 2503 cod. civ.*, Trib. Milano, 14 novembre 2011, in *Giur. It.*, 2012, con nota di O. CAGNASSO, *L’opposizione alla fusione: profili sostanziali e procedurali*, C. SANTAGATA, *Condizioni di accoglimento dell’opposizione a fusione: natura e prova* (nota a Trib. Genova, 13 luglio 1992), in *Soc.*, 1993, 4, 501 ss.

¹⁶⁶ M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018, 256., nello stesso senso O. CAGNASSO, *L’opposizione alla fusione: profili sostanziali e procedurali* (nota a Trib. Milano, 14 novembre 2011), in *Giur. It.*, 2012, 1355, C. SANTAGATA, *Condizioni di accoglimento dell’opposizione a fusione: natura e prova* (nota a Trib. Genova, 13 luglio 1992), in *Soc.*, 1993, 4, 501 ss.

¹⁶⁷ F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, Milano, 2000, 470. Nello stesso senso, M. GHIDINI, *Società personali*, *cit.*, 987, il quale esclude la possibilità di ricorrere altresì alla sospensione dell’esecuzione della presentazione per il peggioramento delle condizioni patrimoniali della controparte prevista dall’art. 1461 cod. civ.. C. SILVETTI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. AZARA e E. EULA, XIX, 1957, 551,

eccessivamente gravosa¹⁶⁸. Se si identifica il fondamento dell'opposizione con la tutela della garanzia patrimoniale generica, le controparti di un rapporto contrattuale ancora in corso sarebbero legittimate a proporre opposizione in ragione del loro credito derivante dal rapporto contrattuale e/o dal potenziale diritto risarcitorio per i danni subiti in conseguenza della fusione¹⁶⁹. Inoltre, ritenere quest'ultima categoria di soggetti legittimati ad agire ex art. 2503 cod. civ. sembra a maggior ragione corretto se si aderisce alla tesi che vede nell'opposizione dei creditori uno strumento di tutela della cd. *garanzia commerciale*.

Sebbene paia ormai difficile mettere in dubbio la legittimazione delle controparti contrattuali delle società coinvolte nella fusione a ricorrere al rimedio previsto dall'art. 2503 cod. civ.¹⁷⁰, preme tuttavia segnalare che, così disciplinato, l'istituto dell'opposizione dei creditori presenta un difetto di fondo, ossia quello di *“accomunare sotto un'unica previsione l'intero ceto creditorio, che è invece una «entità» molto poco omogenea, composta da soggetti portatori di interessi diversi”*¹⁷¹. Tale inadeguatezza è ancora più evidente se si confronta, per esempio, una banca creditrici con un piccolo fornitore; chi è creditore di una mera somma di denaro e chi è controparte di un rapporto contrattuale che comprende obbligazioni reciproche. Vi è infatti chi ha evidenziato l'inadeguatezza del rimedio, auspicando che il Legislatore ripensasse *“la disciplina del rapporto*

¹⁶⁸ F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, Milano, 2000, 470. *Contra*, G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, VIII, 1985, 288, secondo cui un fornitore- creditore non potrebbe opporsi alla fusione *“non tanto perché teme di non essere pagato (o pagato alle normali scadenze), ma perché teme che l'incorporante non continuerà in seguito con lui i rapporti commerciali”*.

¹⁶⁹ P. GRECO, *Le società*, cit., 470. Nello stesso senso, C. SANTAGATA, *Condizioni di accoglimento dell'opposizione a fusione: natura e prova* (nota a Trib. Genova, 13 luglio 1992), in *Soc.*, 1993, 4, 501 ss.

¹⁷⁰ Si segnala, tuttavia, l'autorevole opinione contraria di G. FERRI, *Le fusioni*, cit., 175.

¹⁷¹ S. VALERIO, *Il diritto di opposizione alla fusione* (nota a Trib. Genova, 13 luglio 1992), in *Giur. Comm.*, 1994, 4, 735, Nello stesso senso F.M. FELSANI, *Brevi note in tema di tutela dei creditori sociali tra vecchi e nuove regole della fusione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, 453 s.

creditore-debitore, dettando regole differenti a seconda dei soggetti che assumono tali ruoli e soprattutto, quando il rapporto sussiste tra persone giuridiche, adattandolo all'ambito del diritto societario, riportandolo a quel sistema «ad attività» che è la dimensione naturale dei rapporti fra imprese»¹⁷².

Nel caso delle controparti contrattuali, se è vero che l'opposizione dei creditori è utile per tutelare le proprie ragioni di credito quando queste s'identificano nella pretesa di una somma di denaro, è anche vero che essa non tutela a pieno altri aspetti di un rapporto giuridico in corso, che potrebbero ben essere di maggior interesse per i contraenti, come la stabilità futura del contratto o la capacità del contraente di adempiere alle successive obbligazioni derivanti dal contratto ma non ancora sorte¹⁷³. Senza contare che la disciplina relativa al contenuto del progetto di fusione non prevede alcun obbligo di descrivere i rapporti contrattuali di cui le società coinvolte sono parti (si veda anche quanto detto *supra* in proposito). Di conseguenza, nel caso in cui ad esempio la fusione rendesse il loro rapporto contrattuale ridondante per via della presenza di un altro analogo nel patrimonio di una delle altre società coinvolte, le controparti potrebbero non venire a conoscenza della loro lesione nei tempi previsti per esercitare il proprio diritto ad opporsi alla fusione.

8. Sull'esistenza di un diritto dei terzi contrenti a sciogliere il rapporto.

8.1. Premessa.

Nella sezione che precede abbiamo visto come l'art. 2504-*bis* cod. civ. disciplini gli effetti della fusione fornendo una regola generale, senza indicare nel dettaglio le sorti dei rapporti contrattuali, dei crediti e dei debiti facenti capo alle

¹⁷² S. VALERIO, *Il diritto di opposizione alla fusione* (nota a Trib. Genova, 13 luglio 1992), in *Giur. Comm.*, 1994, 4, 735.

¹⁷³ M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico*, cit., 313, ove l'A. comunque lega la legittimazione dei terzi contraenti all'esistenza di un credito ritenendo, infatti, che si tratterebbe di un rimedio "non sempre a disposizione del soggetto potenzialmente pregiudicato, che, al momento dell'iscrizione della deliberazione di fusione nel registro delle imprese, potrebbe non essere sempre legittimato a opporsi, in quanto non (ancora) creditore della società".

società coinvolte¹⁷⁴, come invece avviene nell'ipotesi di cessione d'azienda. Secondo alcuni, la disciplina degli effetti della fusione deve essere ritenuta *“completa e non integrabile con regole che abbiano riguardo alla sola componente modificativa o estintiva dell'ente, oppure a quella traslativa del patrimonio sociale o degli specifici beni di cui questo si compone”*, ma altri sottolineano che *“nondimeno, per esigenze economiche prevalenti e di interesse generale, la componente traslativa della fattispecie può essere separata dagli altri effetti dell'operazione e, in via di eccezione, sottoposta a speciali regole di efficacia”*¹⁷⁵. Ci sarebbe quindi uno spazio per *“l'applicazione analogica di alcune regole dette con riferimento ai trasferimenti oggetto di contratto o altro atto, 'ma a due condizioni: che tali regole non entrino in contrasto con la diversa regolamentazione specificamente dettata per le vicende in esame; che esse siano volte a soddisfare esigenze riscontrabili anche nelle fattispecie in discorso*

¹⁷⁴ Il tema non risulta particolarmente approfondito da parte della dottrina italiana, in particolare se messo a confronto con gli approfondimenti dedicati al relativo dibattito teorico, cfr. G. FERRI, *La fusione*, cit., 204; C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione*, cit., 50 ss.

¹⁷⁵ A. GENOVESE, sub art. 2504-bis cod. civ., cit., 3349, la quale fornisce l'esempio del dettato dell'articolo 116, primo comma, del d.lgs. del 12 aprile 2006, n. 163 *“Le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna stazione appaltante fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal presente codice”*. La norma in questione è stata abrogata con l'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) il quale, tuttavia, agli articoli 106 e 175 (relativi, rispettivamente, alle modifiche dei contratti di appalto e di concessioni pubbliche) fa ora riferimento all'evento della fusione dell'appaltatore/concessionario come ad una successione in via universale (*“se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze (...) al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie comprese, rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza un altro operatore economico (...)”*). Di opinione contraria – sebbene riferito più alla precisazione riguardante la prosecuzione nei rapporti processuali delle società partecipanti alla fusione – cfr. M. PERRINO, sub artt. 2504-2504-ter cod. civ., in *Società di Capitali*, a cura di G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 1977 *“La stessa disposizione appare tuttavia, al tempo stesso, lacunosa e non precisa”*.

*ed ivi fronteggiabili con i medesimi strumenti*¹⁷⁶. In tal senso, la soluzione di specifici problemi applicativi legati alle conseguenze della fusione sui rapporti contrattuali andrebbe ricercata “*caso per caso, non fermandosi subito e sempre alla soluzione deduttivamente prefabbricata, ma indagando il problema con l'impiego anche di ogni altro acconcio strumento interpretativo*”¹⁷⁷.

8.2. Sulla possibilità di riconoscere un diritto di recesso ai terzi contraenti.

La questione da risolvere, quindi, è quella di individuare – se esistente – uno spazio per la configurazione di un diritto a sciogliere il rapporto contrattuale in capo alle controparti delle società coinvolte nella fusione.

Ovviamente, un diritto a sciogliere il contratto viene negato in radice da coloro che, aderendo alla tesi evolutivo modificativa, negano anche la possibilità di richiamare regole successorie per analogia (*supra*)¹⁷⁸, così come da chi ritiene che la disciplina degli effetti della fusione sia specifica e completa, non dunque integrabile “*con regole che abbiano riguardo della sola componente modificativa o estintiva dell'ente, oppure a quella traslativa del patrimonio sociale o degli specifici beni di cui questo si compone*”¹⁷⁹. In particolare, la combinazione degli artt. 2504-bis e 2503 cod. civ. escluderebbe ogni altro rimedio per i terzi contraenti i quali, avendo la possibilità di invocare il rimedio dell'opposizione ex art. 2503 cod. civ., non possono ricorrere ad altre tutele che portino allo scioglimento del rapporto contrattuale o alla sospensione della sua esecuzione¹⁸⁰.

¹⁷⁶ M. MALTONI, *Le Sezioni Unite sulla natura della fusione*, cit., 925.

¹⁷⁷ F. D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori* (nota a Cass., 23 giugno 2006, n. 14526 e Cass. Sez. Un. (ord.), 6 febbraio 2006, n. 2637), in *Giust. Civ.*, 2007, I, 2516.

¹⁷⁸ Cfr. E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 213, il quale nega l'applicabilità della norma vista l'assenza di una successione.

¹⁷⁹ A. GENOVESE, sub art. 2504-bis cod. civ., cit., 3350.

¹⁸⁰ M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 1006, secondo il quale la previsione dell'art. 2503 cod. civ. escluderebbe l'applicabilità anche di quanto previsto dall'art. 1461 cod. civ.: “*Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della*

Vi è poi l'ostacolo rappresentato dal fatto che la cessione d'azienda, rispetto alla fusione, presenta una situazione di "alterità soggettiva" tra chi vende e chi acquista e che questa si mantiene anche successivamente all'operazione, cosa che nella fusione non avviene¹⁸¹. La disposizione dell'art. 2558 cod. civ. presuppone, in particolare quando disciplina la responsabilità del soggetto alienante, che tale soggetto continui ad esistere in seguito all'operazione cosa che nella fusione non avviene visto che le società coinvolte nella fusione perdono la loro individualità¹⁸². In tale quadro, come anticipato, l'unica alternativa alla prosecuzione del rapporto sarebbe l'estinzione della situazione giuridica e lo scioglimento dello stesso. Tale opzione si configurerebbe come un'evidente eccezione rispetto ai principi stabiliti dal legislatore, che non può derivare da un'applicazione analogica delle norme previste per la cessione da azienda, ma solo – eventualmente – dal rapporto di volta in volta considerato¹⁸³.

Tuttavia, non manca chi dubita che le aspirazioni di completezza di disciplina delle operazioni straordinarie siano state pienamente raggiunte, considerata l'assenza di alcuni aspetti pratici nelle considerazioni del legislatore, tanto che l'interpretazione richiede il ricorso ad altre parti del Codice civile o a leggi speciali¹⁸⁴. È questo il caso, ad esempio, degli effetti della fusione in relazione all'applicabilità dei contratti collettivi riferiti all'una o all'altra società: tale questione è disciplinata nel riformato art. 2112 cod. civ. e nelle leggi speciali in materia giuslavoristica. Se quindi non vi è una totale completezza nella disciplina degli effetti della fusione, occorre ripensare le modalità di applicazione della regola stabilita dall'art. 2504-bis cod. civ. in relazione al subentro della società

controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia". Nello stesso senso, P. GRECO, *Le società, cit.*, 480.

¹⁸¹ M. CAVANNA, *Della fusione, cit.*, 6 s. Nello stesso senso, M. GHIDINI, *Società personali, cit.*, 1006.

¹⁸² P. GRECO, *Le società, cit.*, 480.

¹⁸³ G.A. RESCIO, *La fusione, cit.*, 327, ove l'autore – pur negando l'applicabilità analogica dell'art. 2558 cod. civ., ritiene che il rapporto possa sciogliersi nel caso in cui un soggetto non abbia più i requisiti o i presupposti (legali o convenzionali) da cui dipende il rapporto.

¹⁸⁴ M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, cit.*, 301.

risultante dalla fusione o incorporante in rapporti contrattuali aventi ad oggetto determinate tipologie di obbligazioni, rispetto ai quali essa andrebbe “*mitigata con alcuni temperamenti*”¹⁸⁵.

Si è quindi suggerito, per “*una retta e sana applicazione*” delle norme relative alla fusione dettate in vari settori dell’ordinamento, di distinguere tra le fusioni “*con causa di alienazione*” dalle fusioni “*meramente riorganizzative*”. Mentre nelle seconde è più forte la componente riorganizzativa, tanto che da ultimo non vi sono grandi differenze nel soggetto che interagisce col terzo contraente, le seconde possono essere ritenute simili ad un trasferimento di azienda, tanto da rendere possibile un’applicazione analogica dei rimedi previsti dall’art. 2558 cod. civ. Anche se la vicenda della fusione riguarda il “*soggetto*”, tale analogia non sembra un fuor d’opera se presa in considerazione quando l’effettivo scopo dell’operazione di fusione sia quello di determinare un cambiamento del soggetto responsabile della gestione dell’attività d’impresa esercitata dalle società coinvolte. Ipotesi, peraltro, già prospettata nel caso della scissione, per la quale, pur essendo una vicenda riguardante il “*soggetto*”, tale applicazione analogica è stata presa in considerazione con sempre maggior vigore (*infra*). Se si accettasse tale tesi, l’*iter* previsto dal Legislatore dovrebbe complicarsi con la necessità di notificare la fusione alle controparti contrattuali riconnettendo ad essa le conseguenze previste dall’art. 2558 cod. civ.¹⁸⁶.

Si noti poi che, al di là dell’applicazione analogica o meno dell’art. 2558 cod. civ., non manca chi riconosce – in determinati casi – un diritto dei terzi a sciogliere il rapporto contrattuale qualora la configurazione dell’operazione di fusione, in concreto, si traduca in una riorganizzazione tale per cui il soggetto con cui il terzo contraente si trova a relazionarsi non ha più le medesime

¹⁸⁵ M. GHIDINI, *Estinzione e nullità, cit.*, 86 (con riferimento, però, alla formulazione del Codice di Commercio del 1882).

¹⁸⁶ M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, cit.*, 314. Prima dell’introduzione della disciplina della cessione d’azienda, *cfr.* G. DE SEMO, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1921, 284 s., il quale ritiene che la successione universale determinata dalla fusione si risolva “*nella trasmissione dell’intera azienda delle società che si immedesimano nell’altra*”.

caratteristiche del soggetto con cui si è inizialmente convinto a negoziare e contrarre oppure qualora gli effetti della fusione determinino una modifica intollerabile delle condizioni contrattuali. La fusione potrebbe “*costituire una giusta causa di scioglimento per l’altro contraente, quando la compenetrazione degli organismi sociali distrugga le caratteristiche essenziali, alle quali la esistenza del rapporto sia subordinata*”¹⁸⁷.

Tale diritto dovrebbe essere inteso come una conseguenza diretta e necessaria della fusione come evento in sé e per sé considerato, ma come una conseguenza del radicale mutamento delle caratteristiche del soggetto che determini la perdita di caratteristiche ritenute essenziali per la controparte o, per i negozi fiduciari, nel caso in cui determini una mancanza di fiducia nella nuova entità da parte del terzo contraente¹⁸⁸.

9. *Riflessioni sull’adeguatezza dei rimedi offerti dalla disciplina della fusione (rinvio).*

Nelle pagine che precedono si è cercato di svolgere una duplice operazione: da un lato, individuare alcune problematiche applicative della disciplina sugli effetti della fusione che finora, con autorevoli eccezioni, non hanno suscitato particolare interesse da parte di chi si è dedicato a studiare l’istituto della fusione; dall’altro lato, guardando ai rimedi offerti alle parti dalla disciplina della fusione – o dal richiamo analogico di disposizione prese da altri simili istituti (*infra*) – evidenziare una loro inadeguatezza dovuta in particolare alla loro tendenza ad interferire significativamente con l’operatività (anche) imprenditoriale delle parti coinvolte. L’opposizione *ex art.* 2503 cod. civ., infatti, ha l’effetto d’interferire con l’operazione di fusione – o di paralizzarla del tutto in caso di accoglimento – la quale potrebbe essere dettata da esigenze imprenditoriali degne di tutela; allo stesso modo, lo scioglimento del rapporto contrattuale – vuoi che sia per inadempimento o perché si riscontra un certo

¹⁸⁷ G. FERRI, *La fusione, cit.*, 241.

¹⁸⁸ In tal senso, con espresso riferimento ai negozi fiduciari, G. FERRI, *La fusione, cit.*, 233. Si noti che, anche in tale caso, l’A. nega il diritto ad un risarcimento del danno.

spazio per l'applicazione del diritto di recesso – ha l'effetto negativo di interferire con l'attività imprenditoriale sia delle società coinvolte nella fusione sia delle loro controparti.

Come detto, i problemi di applicazione dell'art. 2504-*bis* cod. civ. qui evidenziati sorgono normalmente in relazione a rapporti contrattuali ancora in corso al momento dell'esecuzione dell'operazione. Si tratta, per definizione, di rapporti che nell'iniziale prospettiva delle parti che li hanno conclusi hanno (o avrebbero dovuto avere) una certa durata. Sono rapporti contrattuali che concorrono alla realizzazione dell'attività d'impresa delle società e che – anche dopo la fusione – continuano ad essere vincolata ad essa, dovendosi però adeguare alla “*programmata compresenza degli ulteriori rapporti pertinenti a tutte le altre società partecipanti alla fusione, nella prospettiva di un complesso aziendale unificato, strumentale alla realizzazione di un programma imprenditoriale integrato*”¹⁸⁹. Sono però contratti che, a loro volta, concorrono all'organizzazione dell'attività imprenditoriale delle loro controparti: la realizzazione della fusione – su cui essi non hanno un particolare controllo – impatta sulla loro organizzazione, senza che sia loro fornita una tutela diversa da causare la caducazione del rapporto oppure cercare di paralizzare l'operazione prima che avvenga (con i limiti sopra evidenziati).

Così impostato, il sistema sembra spingere necessariamente verso situazioni conflittuali, senza prevedere espressamente alcun incentivo per le parti a cercare una soluzione che consenta la prosecuzione del rapporto una volta che l'iniziale equilibrio si sia rotto. Tale impostazione sembra essere coerente con la disciplina delle altre operazioni straordinarie che si vedranno nel prossimo capitolo, dove, tuttavia, la natura e la disciplina delle operazioni consente alcune tutele maggiori per i terzi contraenti; nonché con il *favor* del nostro Codice civile verso i rimedi risolutivi, oggi oggetto di riflessioni e ripensamenti in favore di rimedi manutentivi. In quest'ultimo contesto si ritiene utile riflettere

¹⁸⁹ C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in AA.VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. PATRONI GRIFFI, Milano, 1995, 11.

sull'opportunità di ripensare i termini della tutela fornita ai terzi contraenti in occasione delle operazioni di fusione (o di altre operazioni straordinarie).

SECONDO CAPITOLO.

LA CESSIONE DI AZIENDA E LA SCISSIONE: GLI EFFETTI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI

SOMMARIO. SEZIONE I. LA CESSIONE D'AZIENDA E GLI EFFETTI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI. – 1.

La nozione di azienda. – 2. La cessione d'azienda e i suoi effetti nei rapporti tra le parti e con i terzi. – 3. In particolare: la cessione d'azienda e la successione nei contratti. – 3.1 La ratio della disciplina dell'art. 2558 cod. civ. e i contratti oggetto di cessione di cessione. – 3.2. L'esclusione dei contratti aventi "carattere personale". – 3.3. Il recesso per giusta causa del terzo contraente. – 4. La disciplina della cessione d'azienda e le operazioni straordinarie. –

SEZIONE II

LA SCISSIONE E I SUOI EFFETTI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI. – 1. La scissione – 1.1. Premessa. – 1.2. L'evoluzione normativa. – 2. La natura della scissione. – 3. Gli effetti della scissione sui rapporti contrattuali. – 3.1. Il progetto di scissione. – 3.1.1. In particolare: il contenuto del progetto di scissione e gli "elementi patrimoniali da assegnare". – 3.2. Gli effetti della scissione sui rapporti contrattuali non riferiti ad un ramo di azienda. – 3.2.1. Gli effetti della scissione sui rapporti contrattuali. - 3.2.2. (*segue*) La tutela dei terzi contraenti "assegnati". – 3.3. L'applicabilità dell'art. 2558 cod. civ. per analogia o per rinvio contenuto nel progetto di scissione.

SEZIONE I

LA CESSIONE D'AZIENDA E GLI EFFETTI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI

1. La nozione di azienda

Il concetto di azienda ha un "*lignaggio antico*"¹⁹⁰, ma la sua definizione normativa è stata introdotta nel nostro ordinamento solo con il Codice civile del 1942. Prima di allora, i beni che la componevano conservavano una loro

¹⁹⁰ Cfr. M. CIAN, sub *art. 2555 cod. civ.*, in *Dell'azienda*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER – F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 7 s., il quale richiama, tra i vari, quanto riportato da Demostene in relazione alla concessione in affitto della banca ateniese nell'antica Grecia, così come la definizione di Ulpiano della *taberna* data dal diritto romano " (quest'ultima richiamata anche in F. FIMMANÒ, *art. 2555 cod. civ.*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza (Artt. 2511-2574)*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario al Codice Civile. Dell'azienda e della concorrenza*, diretto da E. GABRIELLI, 2014, 750). Nello stesso senso, F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da R. COSTI, Torino, 2010, 1.

autonomia giuridica¹⁹¹ causando – visto l’uso comune del concetto di azienda – alcuni dubbi in relazione all’oggetto dei contratti di cessione di azienda: vi era, infatti, incertezza sulla possibilità di fare un generico riferimento all’azienda o sulla necessità di includere, al fine di soddisfare il requisito di determinatezza dell’oggetto del contratto, una puntuale elencazione dei beni che la componevano¹⁹². Al di là, quindi, della volontà di istituzionalizzare la nozione di “azienda” nel nostro ordinamento, la sua definizione e la relativa disciplina hanno risvolti di carattere pratico¹⁹³.

In tale quadro, l’azienda viene definita dall’art. 2555 cod. civ. come “*il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*”. In proposito, la Relazione al Codice civile sottolinea come gli articoli 2555 e seguenti siano una “*novità*”, anche rispetto ad altri ordinamenti, giustificata “*dalla necessità di dare precisa disciplina legislativa a quell’organizzazione aziendale che costituisce la protezione patrimoniale dell’impresa*”¹⁹⁴.

¹⁹¹ L. MULA, sub art. 2555 cod. civ., in *Commentario al Codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, 7.

¹⁹² P. SPADA, *Lezioni sull’azienda*, in AA.VV. *L’impresa*, a cura di B. LIBONATI E P. FERRO-LUZZI, Milano, 1985, 56.

¹⁹³ L. MULA, sub art. 2555 cod. civ., cit., 4.

¹⁹⁴ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, §1035, disponibile *on-line* sul sito www.normattiva.it, dove si dà anche credito alla dottrina giuridica ed economica italiana per aver reso i tempi “*maturi*” per tale novità. Sul punto, si veda anche F. MARTORANO, *L’azienda*, cit., 3, il quale sottolinea come il ritardo nel riconoscimento esplicito della nozione di azienda e della sua disciplina fosse da ricercare “*nella sua singolarità rispetto ad un sistema del diritto privato incentrato sull’economia statica del diritto di proprietà, quale era quello anteriore alla codificazione del 1942, in cui i singoli beni vengono in considerazione come oggetto di specifici diritti reali o personali che tracciano i confini della loro utilizzazione da parte del titolare e determinano, di conseguenza, la peculiarità del vantaggio economico che il soggetto può trarne*”. Sul punto, si veda anche R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell’impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Le prolusioni dei civilisti dalla fine dell’Ottocento al 1980*, a cura di A. CIATTI, III, Napoli, 2012, 2825 ss.

La citata definizione di azienda viene inserita nel titolo destinato alla disciplina generale dell'impresa¹⁹⁵ e anche la sua formulazione sottolinea la strumentalità della stessa rispetto all'esercizio dell'attività imprenditoriale: i due concetti devono quindi essere letti in un rapporto di mezzo a fine, costituendo l'azienda quell'apparato strumentale che viene utilizzato ai fini dell'esercizio dell'attività imprenditoriale¹⁹⁶. Come si vedrà di seguito, la disciplina della circolazione dell'azienda quale complesso di beni “*funzionalmente unitario*” all'esercizio dell'attività di impresa è guidata dalla volontà del Legislatore di tutelare il valore dell'azienda oggetto di vicende traslative (come la cessione, l'usufrutto e l'affitto della stessa), anche derogando alla disciplina comune (*infra*)¹⁹⁷.

2. La cessione d'azienda e i suoi effetti nei rapporti tra le parti e con i terzi.

Una volta introdotta la nozione di azienda, il Legislatore ne regola la circolazione con alcune norme speciali rispetto al diritto comune: una scelta “*particolarmente sobria*” e volta a risolvere “*i due problemi più vivi che si agitano in relazione all'alienazione*” dell'azienda, ossia il divieto di concorrenza da parte

¹⁹⁵ Osserva P. SPADA, *Lezioni sull'azienda*, cit., 47, che la scelta di collocare la disciplina dell'azienda nel Libro V non era l'unica possibile: la natura dell'azienda, così come intesa, le avrebbe consentito di collocarsi agevolmente anche nel Libro III e, in particolare, successivamente alla disciplina sulla universalità di beni mobili (art. 816 cod. civ.).

¹⁹⁶ F. FIMMANÒ, sub *art. 2555 cod. civ.*, 750, nello stesso senso, cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*^{XVI}, a cura di C. ANGELICI – G.B. FERRI, 2018, 175.

¹⁹⁷ Quanto alla natura dell'azienda, essa è oggetto di un ampio dibattito in cui sono state sostenute diverse tesi che si sono susseguite nel tempo (dalla tesi atomistica, a quella unitaria, alla sua classificazione come *universitas factis* o *universitas iuris*, etc). Non manca, in ogni caso, chi nota che l'interrogativo ha una valenza pratica ridotta, sembrando preferibile procedere da un ragionamento inverso “*che dalle disposizione in tema di azienda tragga principi ed elementi per la risoluzione dei concreti problemi di disciplina e, in particolare, per il riempimento delle lacune normative*”, cfr. G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*^X, Torino, 2021, 49. Vi è inoltre chi ritiene prevedibile ricorrere ad una valutazione caso per caso verificando, in caso di situazioni non regolate, se gli interessi coinvolti “*trovino migliore tutela nell'applicazione della disciplina dettata per i singoli beni (...) ovvero nell'applicazione della disciplina unitaria, che sarà quella della universalità di beni mobili di cui all'art. 816 cod. civ. utilizzata nei limiti dell'analogia*”, cfr. F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 31 s.

dell'alienante e gli effetti della sua cessione sui relativi debiti, crediti e rapporti contrattuali¹⁹⁸. Le regole che disciplinano la circolazione dell'azienda nel nostro ordinamento, pur avendo come riferimento la natura produttiva dell'azienda (o dei beni che la compongono, a seconda delle tesi), hanno quindi natura essenzialmente "circolatoria". Il Legislatore si pone come obiettivo quello di tutelare il valore di tale organizzazione nelle vicende circolatorie dell'azienda, poiché, proprio l'organizzazione e il coordinamento da parte dell'imprenditore del complesso dei beni rendono quest'ultimo funzionalmente unitario (e quindi azienda)¹⁹⁹.

La *ratio* appena descritta, sottesa a tutta la disciplina sulla circolazione dell'azienda, è il principale fondamento delle successive norme. Si pensi alla disciplina dell'usufrutto e dell'affitto d'azienda ai sensi degli articoli 2561 e 2562 cod. civ., orientata a conservare il più possibile l'impostazione dell'azienda data dall'imprenditore concedente²⁰⁰; al divieto di concorrenza dell'alienante, imposto dall'art. 2557 cod. civ., volto a salvaguardare l'acquirente dal potenziale pregiudizio al valore dell'azienda appena acquistata che potrebbe essere determinato dalla continuazione dell'attività da parte dell'alienante (in particolare in relazione al valore dell'avviamento)²⁰¹. Allo stesso modo, gli articoli 2558, 2559 e 2560 cod. civ. tutelano la profittabilità dell'azienda acquistata, consentendo

¹⁹⁸ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, §1036, disponibile *on-line* sul sito www.normattiva.it.

¹⁹⁹ G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, cit.*, 49.

²⁰⁰ Tali norme impongono all'usufruttario o all'affittuario dell'azienda di (i) continuare ad esercitare l'attività sotto la relativa ditta, (ii) mantenere la destinazione dell'azienda, nonché (iii) conservare l'efficienza organizzativa, gli impianti e le normali dotazioni di scorte.

²⁰¹ Cfr. F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2557 cod civ.*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza (Artt. 2511-2574)*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario al Codice Civile. Dell'azienda e della concorrenza*, diretto da E. GABRIELLI, 2014, 820, i quali notano, inoltre, come in vigenza del precedente codice dove un simile divieto non era espressamente previsto, veniva comunque ritenuto implicito, sicché il Codice civile del 1942 avrebbe soltanto esplicitato un divieto già ritenuto applicabile alla vicenda circolatoria dell'azienda. Nello stesso senso, cfr. G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, cit.*, 52, cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale, cit.*, 181, F. MARTORANO, *L'azienda, cit.*, 102

all'acquirente dell'azienda di succedere agevolmente all'alienante in tutti i rapporti contrattuali, nei debiti e nei crediti con le limitazioni di volta in volta previste dalle singole norme²⁰².

Scorrendo quindi le norme sopra accennate, è possibile ricostruire gli effetti naturali della cessione d'azienda nei rapporti con le parti e con i terzi.

Per quanto riguarda le parti, l'art. 2557 cod. civ. prevede un divieto di concorrenza della durata di cinque anni a carico dell'alienante (eventualmente derogabile dalle parti, in meglio o in peggio, purché non sia prolungato oltre i cinque anni e non impedisca ogni attività imprenditoriale all'alienante)²⁰³. Inoltre, gli articoli 2561 e 2562 cod. civ. pongono una serie di limiti alla gestione dell'azienda da parte dell'usufruttuario e dell'affittuario volti a preservare il valore della stessa (vista anche la temporaneità del possesso da parte di tali soggetti).

Per quanto riguarda i terzi, invece, il Legislatore stabilisce un particolare regime di pubblicità – fermo restando il rispetto delle norme analoghe eventualmente previste per i singoli beni ceduti facenti parte dell'azienda – e dispone la registrazione dei contratti di cessione d'azienda, conclusi con atto pubblico o scrittura privata autenticata, a cura del notaio rogante o autenticante, entro trenta giorni (art. 2556 cod. civ.).

Gli artt. 2558, 2559 e 2560 cod. civ. regolano invece la sorte del c.d. *patrimonio d'impresa* ossia, rispettivamente, dei contratti, dei crediti e dei debiti relativi all'azienda in occasione della sua cessione. Come già accennato, in proposito, la Relazione al Codice civile ribadisce la propensione della normativa per una disciplina "*sobria*" anche in ragione dell'osservazione di esperienze straniere (e non) che avevano provveduto a disciplinarla in maniera complessa

²⁰² Lo stesso ragionamento si applica anche alla disciplina riguardante la cessione dei crediti e dei debiti relativi all'azienda ceduta, sebbene gli articoli 2559 e 2560 cod. civ., sebbene con gli accorgimenti necessari a tutela del terzo debitore, nella misura in cui deve essere informato dell'avvenuta cessione, e del terzo creditore, nella misura in cui – salvo il consenso di quest'ultimo alla sua liberazione – l'alienante resta solidalmente responsabile con l'acquirente dell'azienda.

²⁰³ Sulla natura "*speciale*", ma non "*eccezionale*" della norma, si veda *infra*.

“non manca[ndo] di presentare inconvenienti”²⁰⁴. Il Legislatore distingue tre ipotesi: (i) nel caso dei crediti, la cessione ha sempre effetto nei confronti dei terzi debitori, anche quando non viene notificata, dal momento dell’iscrizione del trasferimento nel registro imprese; tuttavia, qualora un debitore in buona fede paghi l’alienante dovrà ritenersi liberato, (ii) nel caso dei debiti, invece, l’alienante non può ritenersi liberato dai debiti anteriori al trasferimento senza il relativo consenso dei creditori e, di contro, l’acquirente risponde di tutti i predetti debiti qualora risultino dalle scritture contabili obbligatorie, infine (iii) con riferimento ai rapporti contrattuali, salvo diverso accordo delle parti, l’acquirente subentra in tutti i contratti stipulati per l’esercizio dell’impresa, non aventi carattere personale, sempre fermo restando il diritto di recesso per giusta causa del contraente ceduto da esercitarsi entro tre mesi dalla notizia del trasferimento²⁰⁵.

La scelta di trattare debiti, crediti e contratti in norme separate – come se fossero privi di aree di contatto o sovrapposizioni – non è priva di problemi, in particolare in relazione alla determinazione del rispettivo ambito di applicazione delle norme. Tradizionalmente, l’ambito di applicazione di ciascuna è così delimitato: l’art. 2558 cod. civ. si applica ai contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguite o non completamente eseguite²⁰⁶, mentre gli articoli 2559 e 2560 cod. civ. si applicano a quei crediti o debiti non correlati, al momento della cessione dell’azienda, ad alcuna contro-obbligazione (intesi come crediti o debiti

²⁰⁴ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, §1038 disponibile *on-line* sul sito www.normattiva.it.

²⁰⁵ La norma, inoltre, dispone l’applicabilità della medesima regola anche all’usufrutto e all’affitto dell’azienda, per l’intera loro durata.

²⁰⁶ F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*^{XV}, Milano, 2011, 127-128, che infatti sottolineano come l’adempimento parziale di una delle obbligazioni non rileva: per uscire dall’ambito di applicazione dell’art. 2558 cod. civ., ed entrare nell’ambito di applicazione degli articoli 2559 o 2560 cod. civ., a seconda del caso, occorrerà che una delle parti abbia compiutamente eseguito la propria prestazione. Nello stesso senso, F. MARTORANO, *L’azienda, cit.*, 141, il quale include nella successione anche i contratti oggetto di una controversia (affermazione che trova conferma anche in giurisprudenza, *cf.* Cass. 12 marzo 2013, n. 1607, Cass., 16 giugno 2004, n. 11318).

“*pur*”)²⁰⁷. Tale affermazione, secondo alcuni, può essere precisata aggiungendo che ricadono nella successione *ex lege* soltanto quei contratti che si trovano “*in equilibrio economico*” al momento del trasferimento dell’azienda: in questo modo l’attenzione si sposta sul piano degli interessi economici in gioco negli accordi contrattuali oltre che su quello giuridico della sinallagmaticità²⁰⁸. Si tratta di un equilibrio da riscontrare in via generale ed astratta, in modo diverso per ciascun tipo di contratto e sulla base del suo “stato” al momento della cessione della azienda a cui è inerente. Ad esempio, è possibile affermare che un contratto eseguito solo da una parte esca dall’ambito di applicazione dell’art. 2558 cod. civ. solo quando si tratta di un’obbligazione ad esecuzione “istantanea”, poiché tale rapporto per definizione non sarebbe più in equilibrio. Se, al contrario, il rapporto contrattuale ha ad oggetto un’obbligazione non istantanea, il punto di “rottura” potrebbe precedere il completamento della prestazione, ossia quando la porzione di prestazione da compiere da una parte non risulti più bilanciata con la controprestazione ancora da eseguire o già eseguita (a seconda del caso). Ciò rileva, in particolare, ai fini della disciplina dei contratti di durata che prevedono prestazioni reciproche periodiche: in tale situazione, le prestazioni già eseguite (o non eseguite) non dovrebbero venire in rilievo singolarmente – quali debiti o crediti – ma complessivamente, quali elementi suscettibili di alterare l’equilibrio dell’esecuzione del contratto e farlo uscire dall’ambito di applicazione della norma²⁰⁹. Qualora, quindi, vi siano prestazioni contrattuali il cui equilibrio si sia spezzato o ci si trovi davanti a debiti o crediti, il Legislatore italiano ha scelto di adottare una disciplina differenziata, evitando – in particolare – il subentro automatico dell’acquirente secondo la disciplina sopra descritta. La giurisprudenza è sul punto concorde, sebbene sulla base di argomenti in parte diversi, e applica l’art. 2558 cod. civ. ai contratti di durata – incluse le prestazioni

²⁰⁷ M. CIAN, sub *artt. 2558-2559-2560 cod. civ.*, in *Dell’azienda*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER – F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 172.

²⁰⁸ M. CIAN, sub *artt. 2558-2559-2560 cod. civ.*, *cit.*, 182-183.

²⁰⁹ M. CIAN, sub *artt. 2558-2559-2560 cod. civ.*, *cit.*, 182-183. *Contra*, G.E. COLOMBO, *L’azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. GALGANO, III, 1979, 78-79.

già eseguite – in ragione del fatto che si tratta di un rapporto contrattuale “*non definito*”, poiché i contratti di durata si caratterizzano come “[negozi unitari] *pur nel ripetersi degli atti di esecuzioni e nel quale la periodicità o la continuità delle prestazioni si pongono come elementi essenziali del contratto stesso*”²¹⁰.

3. *In particolare: la cessione d’azienda e la successione nei contratti.*

Con riferimento alle scelte della disciplina relativa alla successione dell’acquirente nei rapporti contrattuali è interessante evidenziare che secondo la Relazione al Codice civile del 1942 “*la realistica visione delle esigenze dei traffici rende indispensabile secondare la circolazione di quei valori economici che sono rappresentati dai contratti già stipulati dall’imprenditore e che per talune categorie di aziende rappresentano l’elemento prevalente. Si tratta di contratti in cui, di regola, l’elemento personale ha una importanza del tutto secondaria, onde nella pluralità dei casi risponde alla stessa presumibile volontà dei contraenti il perdurare del vincolo anche nell’ipotesi di alienazione dell’azienda*”²¹¹. In ossequio a tale principio, l’art. 2558 cod. civ. dispone che “*Se non è pattuito diversamente, l’acquirente dell’azienda subentra nei contratti stipulati per l’esercizio dell’azienda stessa che non abbiano carattere personale.*”; tuttavia, al secondo comma, viene previsto che il terzo contraente possa “*recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell’alienante*”.

Come avviene per la disciplina della fusione, dunque, il Legislatore sceglie di agevolare la circolazione dei rapporti contrattuali inerenti all’azienda ritenendo che la successione soggettiva nei rapporti contrattuali non sia particolarmente rilevante per i terzi contraenti. A differenza di quanto avviene per la fusione, il Legislatore disciplina con maggiore attenzione le tutele per quest’ultimi nel caso

²¹⁰ Cass., 30 marzo 2018, n. 8055, nel caso di specie si trattava di un contratto ad esecuzione continuata e periodica.

²¹¹ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, §1039, disponibile *on-line* sul sito www.normattiva.it.

in cui tale premessa non corrisponda alla realtà, con i limiti che ci si accinge a definire.

3.1 La ratio della disciplina dell'art. 2558 cod. civ. e i contratti oggetto di cessione di cessione.

La norma in esame dispone la successione automatica dell'acquirente dell'azienda in tutti i contratti con prestazioni stipulati per l'esercizio²¹² dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale e che non si siano ancora esauriti. Mentre l'art. 2557 cod. civ. è volto principalmente a tutelare la profittabilità dell'azienda contro la potenziale perdita della clientela che sarebbe determinata da un'eventuale attività in concorrenza da parte dell'alienante, l'art. 2558 cod. civ. trova la sua *ratio* nella volontà del Legislatore di tutelare la profittabilità dell'azienda oggetto di cessione contro la perdita generale dei rapporti contrattuali facenti parte della stessa²¹³. Tale trasferimento in blocco (come il divieto di concorrenza sopracitato) costituisce un effetto *naturale* del trasferimento d'azienda²¹⁴ determinato *ex lege*, anche in deroga a quanto

²¹² L'espressione deve ritenersi comprendere sia i contratti conclusi dall'imprenditore per l'organizzazione dei beni costituenti l'azienda sia i cd. contratti d'impresa, ossia inerenti al suo "ciclo produttivo o distributivo", cfr. F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub art. 2558 cod. civ., in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza (Artt. 2511-2574)*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario al Codice Civile. Dell'azienda e della concorrenza*, diretto da E. GABRIELLI, 2014, 853.

²¹³ F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub art. 2558 cod. civ., *cit.*, 849, nello stesso senso, L. MULA, sub art. 2558 cod. civ., in *Commentario al Codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, 72 s, il quale nota come, sebbene la cessione automatica e in blocco dei rapporti contrattuali inerenti all'azienda (con le eccezioni previste dalla norma), sia favorevole all'acquirente, anche il venditore e i terzi contraenti possono trarre beneficio dalla stessa, visto che, con ogni probabilità, il venditore non ha interesse (o non può) continuare un rapporto contrattuale una volta ceduta la sua azienda, e il terzo contraente potrebbe avere maggiore interesse a vedere continuato il proprio rapporto contrattuale anche se è mutato il soggetto imprenditore.

²¹⁴ F. CAVAGLIO CACCIAMANI, sub art. 2558 cod. civ., in *Codice Civile*, a cura di P. RESCIGNO, Milano, 2018, 5575, in giurisprudenza, cfr. Cass., 19 giugno 1996, n. 5636. Nello stesso senso, F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società, cit.*, 127, i quali sottolineano, in particolare che "Se oggetto di disciplina fosse soltanto il trasferimento di un mero complesso di beni, un automatico subentro in questi contratti non avrebbe senso. Il legislatore però si è visto

previsto dall'art. 1406 cod. civ., prescindendo, da un lato, dall'effettiva conoscenza dell'esistenza del contratto da parte dell'acquirente dell'azienda²¹⁵, e dall'altro, dalla volontà del contraente ceduto²¹⁶. In altre parole, il Legislatore ha ritenuto "*l'ignoranza del primo e la volontà del secondo (...) ininfluenti in ragione della neutralità dell'evento traslativo per entrambi i soggetti sotto un profilo economico*"²¹⁷. Così disciplinata, la cessione d'azienda consente alle parti di non elencare ciascun singolo contratto stipulato per l'esercizio dell'azienda, ferma la possibilità di indicare quei rapporti contrattuali che debbano esserne invece esclusi²¹⁸. Secondo la dottrina, tale possibilità trova il limite del divieto di escludere contratti indispensabili per l'esercizio dell'impresa o che abbiano ad oggetto beni essenziali per l'attività svolta tramite la stessa²¹⁹.

costretto a non trascurare il dato di fatto che il complesso dei beni è organizzato in funzione dell'esercizio di un'attività (anche contrattuale) d'impresa".

²¹⁵ F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub art. 2558 cod. civ., cit., 854-855.

²¹⁶ Da notare che anche la conoscenza della cessione da parte del contraente ceduto è irrilevante ai fini dell'applicazione della norma in esame e dell'inclusione del relativo contratto nella cessione in blocco dei rapporti contrattuali. La conoscenza della cessione rileva solo ai fini della decorrenza del termine entro cui dovrà esercitare il suo diritto di recesso (*infra*), cfr. G. AULETTA, *Azienda (voce)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV, Roma, 1988, 17. Nello stesso senso, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 141, il quale però fa salva l'ipotesi dove l'omissione dell'indicazione di un contratto rilevi come vizio del consenso rispetto all'alienazione dell'azienda ove ricorrano gli estremi del dolo omissivo (p. 154).

²¹⁷ M. CIAN, sub artt. 2558-2559-2560 cod. civ., cit., 172.

²¹⁸ Tale esclusione si ritiene debba avvenire tramite una puntuale elencazione, oppure, in alternativa, le parti possono anche escludere espressamente che i contratti non segnalati o non resi noti in corso di trattativa siano esclusi. Sul punto, si segnala, Cass. 22 luglio 2007, n. 13651 che ha invece stabilito che l'esclusione, anche quando non espressa, potrebbe emergere "*dal tenore letterale complessivo del contratto di cessione, da interpretare secondo le regole ermeneutiche della volontà delle parti stabilite dagli articoli 1362 cod. civ.*".

²¹⁹ F. CAVAGLIO CACCIAMANI, sub art. 2558 cod. civ., cit., 5578. Nello stesso senso, cfr. F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 159, il quale ritiene che una simile esclusione porterebbe a dubitare della possibilità di ravvisare in tale cessione "in blocco" una cessione di azienda. Sul tema, si segnala Cass., 15 maggio 2006, n. 11130 ove si afferma il principio secondo cui l'assenza di un bene essenziale per l'esercizio dell'attività d'impresa può comportare la risoluzione del contratto di cessione d'azienda.

L'espressione utilizzata dal legislatore, secondo la tesi maggioritaria, pare comprendere sia i *contratti aziendali* in senso stretto, ossia quelli conclusi dall'imprenditore per l'organizzazione complessiva dei beni facenti parte dell'azienda ed in particolare quelli relativi al godimento di beni aziendali non di proprietà dell'imprenditore, sia i *contratti di impresa*, ossia inerenti lo svolgimento dello specifico ciclo produttivo o distributivo, come ad esempio i rapporti con i fornitori, di assicurazione etc.²²⁰. Infatti, un'interpretazione più restrittiva porrebbe alcuni ostacoli. Oltre alla difficoltà della distinzione in alcuni casi tra i contratti stipulati "*per l'esercizio dell'azienda*", ritenere la norma applicabile solo a quei contratti che rientrano nell'oggetto specifico dell'azienda potrebbe comportare un'eccessiva restrizione della facoltà dell'imprenditore di gestire la propria azienda e di impegnare le relative risorse in accordi che potrebbero non riguardare direttamente l'oggetto specifico dell'azienda. La norma è quindi ritenuta applicabile anche a quei contratti stipulati per finalità extra aziendali e poi acquisiti per cessione dall'alienante, nonché ai contratti stipulati inizialmente da quest'ultimo a scopo privato e poi utilizzati per esercitare l'attività d'impresa (fermo restando che il contraente terzo sia adeguatamente informato di tale cambiamento di scopo)²²¹.

3.2. *L'esclusione dei contratti aventi "carattere personale"*

Come accennato, il primo comma della norma in esame, esclude espressamente dalla cessione *ex lege* dei rapporti contrattuali inerenti all'azienda oggetto di cessione quei contratti aventi "*carattere personale*". Ciò non comporta che essi siano di per sé incedibili, ma che il subentro dell'acquirente dell'azienda richieda (i) la *conoscenza* del contratto da parte di quest'ultimo e la sua *volontà*

²²⁰ F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2558 cod. civ., cit.*, 856. Nello stesso senso, *cf.* G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 181, F. MARTORANO, *L'azienda, cit.*, 138, G. AULETTA, *Azienda, cit.*, 17. In giurisprudenza, sulla base di tale principio, è stata esclusa l'applicabilità della norma agli accordi sindacali, *cf.* Cass., 2 marzo 2002, n. 3045.

²²¹ F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2558 cod. civ., cit.*, 857, nello stesso senso, *cf.* F. MARTORANO, *L'azienda, cit.*, 147.

di succedere all'alienante, e (ii) il consenso del contraente ceduto²²² ai sensi dell'art. 1406 cod. civ.

La *ratio* della norma è stata identificata nella volontà del Legislatore di tutelare, secondo la tesi maggioritaria in dottrina, l'interesse del terzo quando l'identità della controparte non è per costui indifferente²²³, oppure, secondo una tesi minoritaria, l'interesse dell'acquirente a non subentrare in accordi contrattuali conclusi dall'alienante sulla base di motivazioni ulteriori rispetto alle logiche imprenditoriali non necessariamente condivise dal primo (sul punto meglio *infra*). In entrambi i casi, tuttavia, si è concordi nel ritenere i contratti "*aventi carattere personale*" debbano essere intesi come una categoria più ristretta dei contratti *intuitu personae*, ossia quelli in cui l'identità o le qualità di un contraente sono state determinanti per il consenso dell'altro²²⁴.

Aderendo alla tesi maggioritaria, si devono intendere come contratti aventi carattere personale quelli con oggetto una prestazione infungibile che deve essere eseguita dall'imprenditore "cedente". Tale "*infungibilità*" può essere *oggettiva*, quando l'acquirente è impossibilitato a realizzare la prestazione

²²² Il "*carattere personale*" della cessione, quindi, non impedisce la cessione del contratto *tout court* ma solo l'applicazione dell'art. 2558 cod. civ., riportandolo nel novero dei contratti soggetti alla disciplina comune della cessione del contratto ex art. 1406 cod. civ..

²²³ *Inter alia*, cfr. F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 162.

²²⁴ F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub art. 2558 cod. civ., cit., 859, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 165, G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 85. Sul punto, cfr. Cass., 26 febbraio 1994, n. 1975 "*non è sufficiente che in detti contratti la scelta del contraente avvenga in base a determinate sue qualità personali, perché altrimenti dovrebbe escludersi dalla successione anche il contratto di lavoro, che viene sempre stipulato in relazione alle qualità professionali del lavoratore*" dovendosi ritenere esclusi dalla successione solo quei contratti che abbiano come oggetto una prestazione oggettivamente o soggettivamente infungibile. *Contra*, G. AULETTA, *Azienda*, cit., 19, il quale sottolinea come l'ambito di applicazione dell'eccezione sia molto modesto, poiché si tratterebbe di quei contratti ai quali l'imprenditore può adempiere solo personalmente e non tramite i propri collaboratori. Di conseguenza, si applicherebbe solo ai contratti ove è espressamente stabilito dalle parti che non potranno essere ceduti insieme all'azienda e di cui le controparti conoscevano la destinazione aziendale del contratto. Nello stesso senso, sembrano ritenere coincidenti la nozione di "*carattere personale*" e *intuitu personae*, cfr. G. PRESTI - M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, cit., 53, cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 181.

dedotta in contratto (ad esempio, si pensi alla restaurazione di un mobile antico particolarmente delicato)²²⁵, oppure *soggettiva*, quando sono le stesse parti contrattuali a prevedere l'incapacità del rapporto. In questo caso il legislatore sceglie di tutelare la volontà dei contraenti del rapporto ceduto a svantaggio dell'interesse verso la continuazione dell'impresa dell'acquirente dell'azienda²²⁶. Ciò non toglie che quest'ultimo possa fare affidamento sulla successione in determinati rapporti, ma tale interesse sia tutelato esclusivamente in relazione ai suoi rapporti con l'alienante configurando se del caso un vizio della volontà o un vizio del bene oggetto di cessione²²⁷. Viceversa, secondo la tesi minoritaria, l'eccezione colpirebbe quei contratti conclusi dall'alienante per l'esercizio dell'azienda, ma secondo valutazioni e logiche ulteriori ed estranee alle strategie classiche di gestione dell'impresa, riflettendo scelte individuali, non necessariamente condivise dal cessionario. Secondo i sostenitori di tale tesi, i terzi riceverebbero una sufficiente tutela dalla possibilità di recedere dal contratto qualora vi sia una giusta causa (*infra*, §3.2)²²⁸.

È stato comunque notato che le due tesi non devono essere necessariamente ritenute come alternative, potendosi applicare l'una o l'altra a seconda delle caratteristiche del rapporto contrattuale di volta in volta preso in considerazione. Infatti, si possono configurare sia contratti aventi un carattere personale incapaci nell'interesse dell'acquirente in considerazione del fatto che

²²⁵ Ciò non toglie che la soluzione legislativa potrebbe non essere vantaggiosa per il terzo contraente: l'alienante potrebbe essere, una volta ceduta l'azienda, impossibilitato ad eseguire la prestazione; in tal caso, il terzo contraente potrà soltanto chiedere all'alienante il risarcimento del danno per inadempimento (trattandosi di una impossibilità non scusabile).

²²⁶ La tutela dell'acquirente nel caso di contratti aventi carattere personale rispetto alla persona del contraente ceduto, sarebbe comunque garantita dalla possibilità per lo stesso di escludere tale contratto dalla cessione *ex art. 2558 cod. civ.*

²²⁷ M. CIAN, *sub artt. 2558-2559-2560 cod. civ., cit.* 222.

²²⁸ Cass. 12 aprile 2001, n. 5495, in *Giur. comm.*, 2001, II, 543 ss. con nota di M. CIAN, *Rapporto fideiussorio e trasferimento di azienda*, in *Giur. it.*, 2002, 2315 ss, con nota di S. LUONI, *Cessione di azienda e contratti personali: brevi riflessioni alla luce di una recente pronuncia della Corte di Cassazione*. In dottrina, *cfr.* F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società, cit.*, 128.

sono stati conclusi dall'alienante seguendo logiche ulteriori rispetto alla gestione dell'impresa, sia contratti aventi un carattere personale incedibili nell'interesse del terzo contraente (o dell'acquirente) in considerazione del fatto che hanno ad oggetto una prestazione oggettivamente o soggettivamente infungibile²²⁹.

In concreto, spetterà agli interpreti determinare, di volta in volta, quali contratti debbano essere ritenuti "*aventi un carattere personale*" e incedibili nell'interesse del terzo contraente o dell'acquirente dell'azienda. Nello specifico, è stato escluso il carattere personale – come inteso ai fini dell'applicabilità dell'art. 2558 cod. civ. – del mandato conferito ad un avvocato²³⁰, del contratto di agenzia²³¹, del contratto di somministrazione²³², del contratto di assicurazione contro i danni²³³ e contro gli infortuni ed il rischio di morte dei dipendenti²³⁴, del contratto di comodato²³⁵ e della fideiussione²³⁶.

3.3. *Il recesso per giusta causa del terzo contraente.*

Ferma l'eccezione appena descritta, il Legislatore ha previsto una ulteriore tutela per i terzi contraenti nell'ambito della cessione d'azienda. Quest'ultimi hanno la possibilità, entro tre mesi del trasferimento dell'azienda, di recedere dal contratto qualora vi sia una giusta causa, a prescindere dal fatto che il contratto sia stato già eseguito in tutto o in parte. La norma deroga alla disciplina comune

²²⁹ F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub art. 2558 cod. civ., cit., 858, nello stesso senso, cfr. M. CIAN, sub artt. 2558-2559-2560 cod. civ., cit., 22, V. TIMPANO, *Cessione d'azienda: rapporti contrattuali pendenti e perimetro del fenomeno successorio*, in *Contr.*, 3, 2020, 281.

²³⁰ Cass. 12 luglio 1978, in *Giur. it.*, 1979, I, 1229 ss, *contra*, in dottrina, F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 128. Si segnala, Cass., 2 settembre 2019, n. 21944 che ha escluso il subentro dell'acquirente dell'azienda nel contratto d'opera concluso con un professionista per la tenuta della contabilità aziendale in quanto esso "*vede come preponderante la componente umana e professionale rispetto a quella economica*".

²³¹ Cass. 26 febbraio 1994, 1975.

²³² Trib. Verona, 9 gennaio 1982 in *Giur. it.*, 1984, I, 72 ss.

²³³ Cass., 8 luglio 1987, n. 5938.

²³⁴ Cass., 29 gennaio 2003, n. 1278.

²³⁵ Cass., 8 gennaio 1999, n. 114.

²³⁶ Cass., 12 aprile 2001, n. 5495, App. Milano, 21 gennaio 1986, in *Giur. it.*, I, 1986, 713

– in particolare, in termini di necessità del consenso del terzo ai fini della cessione del contratto – poiché il legislatore ha inteso tutelare l’interesse dell’acquirente a subentrare nel complesso dei rapporti contrattuali riferibili all’impresa (e dell’alienante a “monetizzare” dei rapporti contrattuali ai quali, liberatosi dell’azienda, non potrebbe probabilmente adempiere), senza richiedere l’onerosa attività di ottenere il consenso di ciascuno dei terzi contraenti²³⁷, ma lasciando a quest’ultimi la possibilità di recedere qualora sussista una giusta causa.

L’esercizio del diritto di recesso non comporta la retrocessione del rapporto contrattuale in capo all’alienante, ma lo scioglimento dello stesso (con la conseguente responsabilità dell’alienante verso il terzo contraente per inadempimento)²³⁸. Si segnala però l’orientamento minoritario secondo cui il contratto in questione verrebbe retrocesso all’alienante²³⁹. La tesi però non sembra essere convincente, nella misura in cui sembrerebbe considerare come coincidenti due interessi distinti, per quanto simili: quello alla prosecuzione del rapporto originario, tutelato dalla regola d’incapibilità dei contratti aventi carattere personale e che si manifesta “*a valle*” della cessione d’azienda, e l’interesse ad opporsi ad un mutamento della controparte contrattuale (ossia un interesse a respingere l’acquirente), che si manifesta solo “*a monte*” della stessa²⁴⁰.

La “*giusta causa*” rilevante ai fini del sorgere del diritto di recesso ex art. 2558 cod. civ. deve essere intesa in funzione dell’attività d’impresa nell’ambito della quale essa si determina. In tale ottica, essa non può che essere legata alla

²³⁷ Diversamente, l’art. 1406 cod. civ., applicandosi a contratti singoli non richiede una simile tutela visto che l’ottenimento del consenso dei contraenti ceduti è ben più agevole, *cfr.* F. MARTORANO, *L’azienda, cit.*, 166.

²³⁸ M. CIAN, sub *artt. 2558-2559-2560 cod. civ., cit.*, 227, L. MULA, sub *art. 2558 cod. civ., cit.*, 89, *cfr.* G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, cit.*, 49, G.E. COLOMBO, *L’azienda, cit.*, 95.

²³⁹ F. MARTORANO, *L’azienda, cit.*, 169-172, il quale ritiene necessaria una simile conclusione al fine di spiegare la responsabilità dell’alienante fatta salva dal secondo comma della norma. Nello stesso senso, G. AULETTA, *Azienda, cit.*, 20.

²⁴⁰ M. CIAN, sub *artt. 2558-2559-2560 cod. civ., cit.*, 229. Senza contare che, avendo ceduto la propria azienda, l’alienante potrebbe non essere più in grado di adempiere.

persona dell'acquirente e al suo subentro nel rapporto contrattuale. La persona dell'alienante, al più, può venire in rilievo come termine di confronto per dimostrare che la cessione dell'azienda ha determinato un mutamento significativo delle condizioni iniziali sulla base delle quali il contraente ceduto si era determinato a concludere il contratto (o a intraprendere la negoziazione) in corso di cessione²⁴¹.

Come principio generale, si ritiene sussistente una giusta causa ex art. 2558 cod. civ. qualora vi sia per il terzo una modificazione in senso peggiorativo delle qualità personali o della consistenza patrimoniale della controparte, tali da compromettere l'affidamento nella regolare esecuzione del contratto²⁴²; per esempio, è stata ravvisata una giusta causa di recesso:

- (i) in relazione alla situazione patrimoniale dell'acquirente (anche extra-aziendale), qualora questa sia considerata tanto precaria da far temere un inadempimento del contratto da parte dell'acquirente dell'azienda²⁴³;
- (ii) in relazione a rapporti preesistenti tra l'acquirente e il contraente ceduto qualora questi facciano dubitare di una felice prosecuzione del rapporto, come nel caso in cui tra le parti siano già in corso dei contenziosi o delle situazioni "litigiose"²⁴⁴;

²⁴¹ In altre parole, la cessione dell'azienda deve determinare una modificazione obiettiva tale per cui se il terzo contraente l'avesse conosciuta non avrebbe concluso il contratto o lo avrebbe concluso a condizioni differenti, *cf.* G. FERRI, sub *art. 2558 cod. civ., cit.*, 182.

²⁴² F. MARTORANO, *L'azienda, cit.*, 168.

²⁴³ M. CIAN, sub *artt. 2558-2559-2560 cod. civ., cit.*, 230; F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2558 cod. civ., cit.*, 866, F. MARTORANO, *L'azienda, cit.*, 168, G. AULETTA, *Azienda, cit.*. In giurisprudenza, *cf.* Cass., 12 ottobre 2007, n. 21445, ove la Corte di Cassazione ha enunciato il predetto principio di diritto in un caso in cui un agente aveva esercitato il proprio diritto di recesso per giusta causa poiché il cessionario dell'azienda – sulla base dei bilanci e delle relazioni del collegio sindacale – non presentava adeguate garanzie di solvibilità.

²⁴⁴ M. CIAN, sub *artt. 2558-2559-2560 cod. civ., cit.*, 230; F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2558 cod. civ., cit.*, 866, nello stesso senso F. FERRARA jr – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società, cit.*, 128, G.E. COLOMBO, *L'azienda, cit.*, 99 il quale lo ritiene ammissibile solo se, in tale caso, si ritenga esclusa la responsabilità dell'alienante. *Contra*, F. MARTORANO, *L'azienda, cit.*, 168.

- (iii) in relazione a mutamenti dell'organizzazione aziendale, determinati dal mancato passaggio di elementi essenziali per mantenere lo *standard* qualitativo della produzione²⁴⁵, delle strategie imprenditoriali rispetto a quelle preesistenti, quando non siano gradite al terzo contraente, oppure a modifiche strutturali dell'azienda tali da mettere in dubbio la regolare esecuzione del contratto²⁴⁶;
- (iv) in relazione alle qualità personali dell'acquirente, per esempio nel caso in cui questi adotti determinate modalità di produzione o abbia rapporti con determinati soggetti²⁴⁷.

Se nel caso *sub* (ii) si tratta di una valutazione maggiormente legata alla persona dell'acquirente, negli altri casi la giusta causa viene ravvisata in particolare facendo un confronto con la situazione preesistente la cessione d'azienda tra l'alienante e il contraente ceduto. Non vi sarà una giusta causa ai sensi dell'art. 2558 cod. civ., se alienante ed acquirente hanno situazioni patrimoniali simili (o la situazione patrimoniale dell'acquirente appare più solida), o simili strategie imprenditoriali e così via. Il diritto di recesso *ex art.* 2558 cod. civ., quindi, sorge solo quando vi sia un nesso di causalità tra la cessione e il pregiudizio lamentato dall'alienante a fondamento della giusta causa invocata ai fini del recesso. Pregiudizio che può derivare dalla lesione di interessi ulteriori rispetto all'interesse ad un esatto adempimento del contratto, come l'interesse del terzo contraente alla salvaguardia della sua immagine, qualora la cessione

²⁴⁵Sul punto, in particolare, *cf.* F. MARTORANO, *L'azienda, cit.*, 168, G. AULETTA, *Azienda, cit.*, 19.

²⁴⁶ M. CIAN, *sub artt.* 2558-2559-2560 *cod. civ., cit.*, 230; F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, *sub art.* 2558 *cod. civ., cit.*, 866.

²⁴⁷ G. AULETTA, *Azienda, cit.*, 19, che include tra le stesse anche "*difetto di capacità organizzativa, puntualità, correttezza, esattezza*". Nello stesso senso, *cf.* F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, *sub art.* 2558 *cod. civ., cit.*, 866, il quale ritiene che nel secondo comma l'*intuitus personae* operi (a differenza di quanto avviene nel primo comma), quale giusta causa di recesso del contraente ceduto. *Contra*, M. CIAN, *sub artt.* 2558-2559-2560 *cod. civ., cit.*, 230, il quale ritiene che, qualora le qualità personali della persona siano da ritenere rilevanti – ossia nel caso dei contratti aventi carattere personale – il Legislatore ha disposto l'impedimento della cessione del contratto, F. MARTORANO, *L'azienda, cit.*, 168.

dell'azienda comporti una sua relazione con soggetti noti per modalità di produzione non etiche o per operare in determinati mercati²⁴⁸. L'acquirente, per opporsi all'esercizio del recesso, dovrà provare che la cessione – con l'ovvia eccezione del mutamento del soggetto obbligato – non ha determinato alcun mutamento (o solo un mutamento minimo) della situazione prima esistente tra l'alienante e il terzo contraente, in modo da recidere il nesso causale tra il mutamento soggettivo e il quanto lamentato dal contraente ceduto²⁴⁹.

La norma fa comunque salva la responsabilità dell'alienante. In assenza di una precisa indicazione normativa, quest'ultima viene intesa, secondo la tesi maggioritaria in dottrina, come una responsabilità dell'alienante verso il contraente ceduto²⁵⁰. In tal senso può essere letta quale responsabilità dell'alienante “speciale”, rispetto a quella di diritto comune, di natura contrattuale dovuta all'inadempimento dell'alienante che, spogliatosi dell'azienda, mette la controparte nella condizione di non poter conseguire la prestazione negli stessi termini in cui l'alienante l'avrebbe eseguita²⁵¹ e volta a risarcire il contraente dei danni derivanti dall'interruzione anticipata del rapporto da parte del terzo che è sì volontaria, ma forzata dalla scelta dell'alienante²⁵². Tuttavia, nonostante si presupponga l'imputabilità all'alienante del danno subito dal contraente costretto ad esercitare il recesso, non si tratta di una responsabilità oggettiva: occorre comunque provare che l'alienante nella selezione del cessionario non abbia tenuto conto, con l'opportuna diligenza, degli interessi del terzo contraente

²⁴⁸ M. CIAN, sub artt. 2558-2559-2560 cod. civ., cit., 230.

²⁴⁹ F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub art. 2558 cod. civ., cit., 866, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 169, G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 100.

²⁵⁰ *Contra*, in giurisprudenza, Cass., 15 settembre 2009, n. 19870 secondo il quale tale responsabilità è da intendersi come nei confronti del cessionario poiché questi “*si trova obbligato a subire le eventuali conseguenze economiche pregiudizievoli derivanti dalla caducazione dei rapporti contrattuali già rientranti nel patrimonio dell'azienda e sui quali aveva fatto affidamento, mentre il ceduto non può vantare alcuna responsabilità contrattuale od aquiliana nei confronti del cedente, in ragione, nel primo caso, dell'intervenuta novazione soggettiva del negozio e, nel secondo caso, della liceità in sé della cessione*”.

²⁵¹ F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 126-128.

²⁵² G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 101.

ceduto²⁵³. Ciò però, si ripete, comporta che la successione abbia determinato un mutamento nel quadro contrattuale in cui essa avviene “*tale da profilare, almeno prospetticamente, uno scenario che, ove il rapporto fosse continuato in capo all’alienante, avrebbe integrato un inadempimento da parte del medesimo*”²⁵⁴.

Secondo una tesi minoritaria, che tuttavia ha trovato riscontro in giurisprudenza, al contrario, la responsabilità dell’alienante sarebbe da intendersi nei confronti dell’acquirente. Si è infatti affermato che la tutela del terzo contraente ceduto risiede nel suo diritto di recesso per giusta causa, mentre la responsabilità dell’alienante deve intendersi verso l’acquirente in quanto quest’ultimo, a causa dell’operato dell’alienante, deve sopportare le conseguenze economiche (ove sfavorevoli per il cessionario) derivanti dalla caducazione del rapporto contrattuale, già rientrante nel patrimonio dell’azienda ceduta e sul quale quest’ultimo aveva fatto affidamento²⁵⁵.

In ogni caso, anche aderendo alla prima tesi, non si esclude la sussistenza di una responsabilità dell’alienante nei confronti dell’acquirente fondata su presupposti diversi e legati più al rapporto tra alienante e acquirente, ad esempio nel caso in cui il venir meno della relazione d'affari con il contraente ceduto in ragione dell’esercizio del diritto di recesso ex art. 2558 cod. civ., risulta idonea a compromettere la funzionalità dell’impresa o la sua redditività, ovvero quando la caducazione del contratto comporta un vizio del bene venduto o una mancanza di qualità dello stesso. Diversamente, la responsabilità dell’alienante per la caducazione di un qualunque contratto in ragione dell’esercizio del diritto di

²⁵³ G.E. COLOMBO, *L’azienda, cit.*, 103, in altre parole si tratterebbe di un inadempimento determinato dalla violazione del dovere di diligenza nel garantire l’esecuzione della prestazione conseguente alla scelta di un acquirente le cui qualità personali e/o patrimoniali non consentano di fare affidamento sull’esecuzione del contratto. *Contra, cfr.* F. MARTORANO, *L’azienda, cit.*, 162. Si noti che una simile responsabilità è stata ritenuta prospettabile, in dottrina, anche in capo ad un socio di controllo nei confronti degli altri soci che venda la propria partecipazione ad un c.d. “*looter*”.

²⁵⁴ M. CIAN, sub *artt. 2558-2559-2560 cod. civ., cit.*, 231.

²⁵⁵ Cass., 15 settembre 2009, n. 19870, nello stesso senso, App. Milano, 16 maggio 2003, n. 1547 in *Onelegale*.

recesso ex art. 2558 cod. civ., sarebbe ipotizzabile solo quando sia accordata o desumibile una garanzia in tal senso prestata dall'acquirente²⁵⁶.

4. La disciplina della cessione d'azienda e le operazioni straordinarie.

4.1. L'applicazione dell'art. 2558 cod. civ. oltre la cessione d'azienda.

Riassumendo quanto finora detto, l'art. 2558 cod. civ. dispone una successione automatica dell'acquirente dell'azienda nei rapporti contrattuali conclusi per l'esercizio dell'azienda, motivando tale scelta sulla base del fatto che nei contratti d'impresa (o aziendali) l'elemento personale ha un'importanza secondaria, tanto da poter presumere che i contraenti stessi opterebbero per la prosecuzione dei rapporti contrattuali. Tuttavia, si prevedono anche dei correttivi per l'eventualità che i contratti conclusi tra le parti non rientrino in tale generalizzazione: da un lato, l'esclusione della successione dell'acquirente dell'azienda nei contratti aventi carattere personale – nell'interesse del cessionario dell'azienda o del contraente ceduto, a seconda del caso – e, dall'altro, il diritto dei terzi contraenti ceduti a recedere dal contratto per giusta causa, qualora la cessione dell'azienda abbia un impatto sul rapporto contrattuale tale per cui, se conosciuta dal terzo, lo avrebbe portato a concludere il contratto a condizioni diverse oppure a non concluderlo affatto.

Tale disciplina è prevista in deroga alla normativa di diritto comune applicabile alla successione nei rapporti contrattuali (e lo stesso vale per quanto riguarda gli articoli 2559 e 2560 in relazione, rispettivamente, alla successione dell'acquirente nei crediti e nei debiti), motivata dalla volontà di preservare per quanto possibile il valore dell'azienda in relazione alla sua circolazione al fine di tutelare l'attività imprenditoriale di cui essa è strumento. Si è già visto come alcuni autori ritengano le regole qui indicate applicabili anche alle operazioni di fusione, con gli opportuni adattamenti e in quanto compatibili con la diversa natura dell'operazione (*supra*). Pur trattandosi di una tesi minoritaria, essa si inserisce in quella corrente di pensiero che ritiene la disciplina in parola non avere un

²⁵⁶ M. CIAN, sub *artt. 2558-2559-2560 cod. civ., cit.*, 232.

carattere “*eccezionale*”, tanto da poter essere utilizzata in via o per determinare il contenuto di un “*microcosmo normativo*”.

Sulla “non eccezionalità” della disciplina si è espressa la giurisprudenza, così come la dottrina²⁵⁷, in particolare in relazione all’art. 2557 cod. civ. (che dispone il divieto di concorrenza per l’alienante dell’azienda) che, nel commentare tale norma, hanno più volte affermato la possibilità di estendere il divieto, ad esempio, anche alla fattispecie della cessione delle partecipazioni sociali di controllo²⁵⁸, in quanto vicenda assimilabile da un punto di vista economico e sostanziale che si traduce nella sostituzione del soggetto che conduce l’impresa²⁵⁹. A fondamento di tale argomentazione si è anche ricordato come lo stesso divieto fosse già presente nel nostro ordinamento durante la vigenza del Codice di commercio del 1882 – che non prevedeva espressamente

²⁵⁷ M. CIAN, sub *art. 2557 cod. civ.*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER – F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 156; F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2558 cod. civ.*, *cit.*, 2014, 856, F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, *cit.*, 126-127, F. MARTORANO, *L’azienda*, *cit.*, 2010, 1, G. AULETTA, *Azienda*, *cit.*, 25, G.E. COLOMBO, *L’azienda*, *cit.*, 182. In giurisprudenza, tale orientamento è ormai consolidato. Si vedano, *inter alia*, Cass. 11 gennaio 2022, n. 662, Cass., 23 settembre 2013, n. 19430. Nello stesso senso anche, Cass. 4 febbraio 2009, n. 2717, in *Giur. comm.*, 2010, II, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Trasferimento di azienda e procedimento di applicazione in via analogica*: la sentenza affronta un caso dove a seguito dell’acquisto di quote di alcuni soci da parte degli altri, i primi erano del tutto usciti dalla società, pur restando (almeno in apparenza) inalterata la gestione della società. In applicazione del medesimo principio, è stato considerato applicabile il divieto di cui all’art. 2557 cod. civ., anche ad ipotesi di scissione societaria “*laddove la scissione abbia prodotto un trasferimento globale di una azienda (o un ramo d’azienda), intesa nella sua interezza ed autonomia gestionale, contabile ed imprenditoriale, in favore di una sola delle società risultanti dalla scissione*”, *cfr.* Trib. Catania, 15 giugno 2007, n. 3709, in *Giur. comm.*, 2009, II, 1 ss, con nota di V. VINCIGUERRA, *Divieto legale di concorrenza e scissione societaria* (nel caso di specie, non l’aveva ritenuto applicabile poiché la scissione in esame non aveva determinato un trasferimento dell’azienda). Si può quindi considerare superato quell’orientamento che assegnava alla norma in questione un carattere eccezionale *cfr.* Cass., 24 aprile 1980, n. 2669, App. Milano, 15 luglio 1997 in *DeJure*, App. Bologna, 1 giugno 1996 in *DeJure*.

²⁵⁸ F. MARTORANO, *L’azienda*, *cit.*, 120-121, il quale espressamente ritiene che non sia invece applicabile il divieto alla cessione di quote di minoranza anche laddove il cedente abbia svolto un ruolo determinante nella gestione della società.

²⁵⁹ M. CIAN, sub *art. 2557 cod. civ.*, *cit.*, 156-157.

tale divieto – sebbene costruito in via interpretativa sulla base dei principi sull’esecuzione del contratto secondo buona fede ed equità (oggi previsti dagli articoli 1374 e 1375 cod. civ.)²⁶⁰. La norma in esame non va considerata come una disposizione isolata “*ma come aspetto particolare di un microcosmo normativo costituito da tutte quelle norme integrative che, disciplinando rapporti dai quali può scaturire una concorrenza differenziata, la vietano, in omaggio ad un principio, di pari valenza generale, quale quello della correttezza e buona fede nell’esecuzione del contratto*”²⁶¹. Agli interpreti spetta quindi il compito di determinare se nelle fattispecie di volta in volta esaminate vi siano gli elementi per giustificare l’applicabilità analogica della norma²⁶² come, in particolare, la sussistenza di un passaggio di titolarità dell’impresa da un soggetto ad un altro e lo svolgersi di un’attività in concorrenza da parte del primo²⁶³. L’esempio sopracitato, ossia la cessione di partecipazioni sociali di controllo, pur essendo un evento concernente il soggetto che esercita l’attività d’impresa e solo indirettamente l’azienda, persegue un obiettivo assimilabile – quanto meno su un piano economico e sostanziale – il che consente l’applicazione analogica, nei limiti di quanto compatibile, della disciplina della cessione d’azienda²⁶⁴.

Gli stessi ragionamenti sono applicabili (e sono stati applicati) anche con riferimento alla disciplina stabilita dagli articoli 2558 e seguenti cod. civ.. Ed infatti, la Cassazione conferma la possibilità di una loro interpretazione estensiva, rendendole operanti “*non solo nelle ipotesi di alienazione, usufrutto e affitto dell’azienda, ma anche negli altri casi in cui ricorra la sostituzione di un imprenditore ad un altro nell’esercizio dell’impresa per volontà delle parti o per*

²⁶⁰ F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2557 cod. civ., cit.*, 828.

²⁶¹ F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2557 cod. civ., cit.*, 829.

²⁶² FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2557 cod. civ., cit.*, 829, nello stesso senso, *cfr.* L. MULA, sub *art. 2557 cod. civ.*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, 56 ss.

²⁶³ L. MULA, sub *art. 2557 cod. civ., cit.*, 57.

²⁶⁴ M. CIAN, sub *art. 2557 cod. civ., cit.*, 157, ove l’Autore in particolare afferma che – ferma la titolarità dell’impresa – non si profila alcun problema in relazione alla regolamentazione dei rapporti giuridici in essere.

*un fatto dalle stesse espressamente previsto, ed in relazione al quale esse abbiano potuto disporre della sorte dei contratti a prestazioni corrispettive inerenti all'azienda non ancora completamente eseguiti (...) e non anche quando la stessa si verifichi in conseguenza di un fatto non negoziale*²⁶⁵.

4.2. La cessione d'azienda e i rapporti contrattuali in esame

Nel caso in cui i rapporti contrattuali di cui si è discusso nel Primo Capitolo (*supra*) siano oggetto di cessione d'azienda, sia le diverse caratteristiche dell'operazione che la disciplina prevista dal Legislatore forniscono maggiori strumenti alle parti per prevenire che le situazioni di incertezza legate alla fusione, dal punto di vista della portata degli effetti dell'operazione sul rapporto contrattuale e delle tutele garantite ai terzi. In primo luogo, le parti possono decidere di escludere o includere determinati rapporti contrattuali dalla cessione, anche in deroga all'art. 2558 cod. civ. (cosa difficilmente realizzabile nel caso di una fusione); in secondo luogo, la controparte contrattuale ha comunque la possibilità di recedere dal contratto per giusta causa.

Ad esempio, nel caso dei rapporti contrattuali aventi ad oggetto obbligazioni elastiche o collidenti la disciplina fornisce diversi appigli per prevenire le problematiche evidenziate nel Primo Capitolo. Queste si potrebbero ben verificare nel caso in cui l'acquirente già esercitasse l'attività d'impresa tramite un'azienda che andrebbe ad unirsi con quella acquistata. In questo caso, acquirente e venditore potrebbero, ad esempio, premurarsi di escludere simili

²⁶⁵ Cass. 13 ottobre 2021, n. 27951, relativo ad un caso di cessione di quote sociali, che esclude l'applicazione della norma nel caso in cui i contratti in questione siano regolati da una norma speciale (nel caso di specie, l'art. 36 della L. del 27 luglio 1978, n. 392). Lo stesso principio, si può applicare anche alle altre norme speciali analoghe (es., art. 2112 cod. civ. in materia di contratti lavorativi, art. 132, L. del 21 aprile 1941, n. 633). Sull'applicabilità della norma anche al caso di conferimento di azienda individuale in una società, *cf.* Cass., 26 settembre 2019, n. 24101, Cass., 23 dicembre 2016, n. 26953, Cass., 29 settembre 2006, n. 21229, Cass. 29 aprile 1999, n. 4301. In ossequio a tale principio, viene negata l'applicazione dell'art. 2558 nel caso di restituzione dell'azienda a seguito di un provvedimento giudiziale per inadempimento dell'affittuario dell'azienda, *cf.* Cass., 23 settembre 2015, n. 18805, in *Giur. it.*, 2016, 840 s, con nota di M. AURELI, *La successione nei contratti: il limite imposto dai fatti non negoziali*.

contratti dall'azienda ceduta, determinare il prezzo di vendita in modo da includere i potenziali effetti negativi di simili contratti oppure prevedere apposite garanzie. Dal canto loro, le controparti, qualora l'impatto della cessione d'azienda sull'obbligazione fosse tale da alterare gli equilibri contrattuali, potrebbero invocare una giusta causa di recesso, ponendo a suo fondamento, ad esempio, il mutamento strutturale dell'azienda che potrebbe impedire loro di adempiere regolarmente al contratto oppure cagionarli un danno qualora l'obbligazione si sia ampliata oltre quanto inizialmente previsto. Come per la fusione, la scelta del Legislatore, ancora una volta, cade su rimedi di tipo demolitorio attraverso l'esercizio del diritto di recesso per giusta causa oppure un diniego alla cessione del contratto nel caso in cui questi abbia un carattere personale, mancando del tutto degli incentivi alle parti per la prosecuzione dei rapporti contrattuali.

SEZIONE II

LA SCISSIONE E I SUOI EFFETTI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI

1. *La scissione*

1.1. *Premessa*

Come per la fusione, il Codice civile non fornisce una vera e propria definizione di scissione, ma indica le “*forme*” che essa può assumere²⁶⁶, descrivendo la scissione come l'operazione con cui “*una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società e le relative azioni o quote ai suoi soci*” (art. 2506, primo comma, cod. civ.)²⁶⁷. In pratica, la norma distingue (*i*)

²⁶⁶ La stessa impostazione era stata adottata anche nella formulazione previgente. Per tali considerazioni, cfr. S. CALÌ, *Questioni in tema di scissione*, Milano, 2000, 1, F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. not.*, 1990, 874 s., C. BOLOGNESI, *sub art. 2506 cod. civ.*, in *Commentario delle società*, II, a cura di G. GRIPPO, Torino, 2009, 1305, il quale sottolinea come tale disposizione non ostacola l'individuazione di forme “*atipiche*” di scissione, non espressamente elencate dall'art. 2506 cod. civ..

²⁶⁷ L'assegnazione delle azioni delle beneficiarie ai soci della società scissa è il principale elemento distintivo della scissione rispetto allo “*scorporo*” che si realizza quando una società conferisce ad un'altra una parte del proprio patrimonio ricevendo in cambio le azioni della

scissione *totale*, ossia quando la scissa assegna l'intero suo patrimonio a due o più beneficiarie, sciogliendosi senza liquidazione e (ii) scissione *parziale*, ossia quando la scissa assegna solo una parte del suo patrimonio a una o più beneficiarie. In quest'ultimo caso, il terzo comma dell'art. 2506 cod. civ. prevede espressamente che la scissa possa "continuare la sua attività". In entrambi i casi, si distingue tra scissione *in senso stretto*, quando le beneficiarie sono di nuova costituzione, e scissione *per incorporazione*, quando le beneficiarie sono preesistenti (operazione che – almeno in parte – si avvicina alla fusione)²⁶⁸. In merito, è stato sottolineato come una delle caratteristiche principali della scissione – oltre che suo elemento distintivo rispetto alla fusione – sia proprio il suo "polimorfismo" potendo essere articolata in diversi modi in relazione sia alle modalità di assegnazione delle azioni o delle quote delle/a beneficiarie/a ai soci della scissa sia alle modalità di assegnazione del patrimonio sociale di quest'ultima²⁶⁹.

Tipicamente, con la scissione si realizza un fenomeno "inverso" rispetto alla fusione. Se quest'ultima ha come scopo la concentrazione economica e giuridica di due società, la scissione consente – in linea di massima – di realizzare lo scopo opposto, ovvero quello di frammentare un'entità aziendale in più società²⁷⁰. Tuttavia, le due operazioni presentano diverse affinità, tanto che la

conferitaria, cfr. L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*^{III}, Milano, 2022, 1687, G. COTTINO, *Diritto societario*^I, a cura di O. CAGNASSO, Padova, 2011, 706, M. MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 749.

²⁶⁸ *Inter alia*, cfr. L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali*, cit., 1685-1686, P.G. JAEGER – F. DENOZZA – A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*^{VIII}, Milano, 2019, 700.

²⁶⁹ Sul punto, cfr. in particolare, G.B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 480, F. D'ALESSANDRO, *La scissione*, cit., 874, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO - G.B. PORTALE, 7**2, Torino, 2004, 15 ss.

²⁷⁰ P.G. JAEGER – F. DENOZZA – A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, cit., 699. nello stesso senso, *inter alia*, cfr. F. GALGANO, *Il diritto commerciale in 25 lezioni*, Milano, 2007, 371, F. D'ALESSANDRO, *La scissione*, cit., 876, C. BOLOGNESI, *sub art. 2506 cod. civ.*, cit., 1306, G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*^{xvi}, a cura di C. ANGELICI – G.B. FERRI, Torino, 2018, 512

disciplina della scissione ricalca in gran parte quella della fusione, facendo ampio rinvio alla stessa²⁷¹, e alcune delle soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione all'una possono essere applicate (*mutatis mutandis*) anche all'altra²⁷².

1.2. L'evoluzione normativa

La scissione è un istituto relativamente recente del nostro ordinamento. Il Codice civile del 1942 – così come i suoi predecessori – non contemplava né disciplinava la scissione, ma solo le ipotesi di fusione e trasformazione. Tuttavia, la scissione (talvolta equiparata alla scorporazione) era oggetto di un vivace dibattito intorno alla sua legittimità nel nostro ordinamento: da un lato vi era chi la negava in assenza di una disciplina legislativa, mentre dall'altro, vi era chi riteneva che, vista l'assenza di un espresso divieto, la scissione potesse essere considerata legittima, tanto più che ciò avrebbe consentito l'utilizzo di un pratico strumento di riorganizzazione aziendale²⁷³. Difatti la scissione era – ed è –

il quale sottolinea come il parallelismo delle due discipline sia giustificato “*per il loro comune significato di vicende organizzative*”. In senso più cauto rispetto all'assimilazione tra fusione e scissione, cfr. R. RORDORF, *La scissione di società*, in *Soc.*, 7, 1989, 667 ss., F. DENOZZA, *La scissione di società*, in *Impresa e società. Nuove tecniche comunitarie*, Milano, 1992, 87-88, P. LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, in *Riv. soc.*, 2004, 1347.

²⁷¹ In particolare, l'art. 2506-ter cod. civ. elenca le norme in materia di fusione che, *mutatis mutandis*, possono essere applicate alle operazioni di scissione.

²⁷² G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 5-6, la quale sottolinea come non sempre tale procedimento può essere compiuto in automatico. Sul punto, cfr. M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 2013, 25 ss, dove l'Autore, in particolare, critica l'argomentazione dei sostenitori della tesi modificativa che richiama la natura della fusione, sottolineando le differenze sostanziali delle due operazioni – mancando nella scissione il momento di “reciproca immedesimazione (...) in un unico ente di tutte le società partecipanti alle operazioni in tutti i loro aspetti” e mancando nella disciplina della scissione una norma analoga all'art. 2504-bis cod. civ. o un richiamo della stessa. Anche, G. BAVETTA, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 356, pur leggendo la scissione come un fenomeno “*inverso*” della fusione, sottolinea come ciò non debba “*far perdere di vista che si tratta di due istituti diversi*”.

²⁷³ A proposito di tale dibattito, si noti che l'opinione maggioritaria era scettica in merito alla legittimità della scissione nel nostro ordinamento. Tra questi, alcuni sottolineavano per altro

ritenuta un istituto che può essere utilizzato efficientemente per realizzare diversi e importanti obiettivi economico-organizzativi dell'impresa come decentramenti organizzativi, divisione di aree di *business*, ristrutturazioni (sia dal punto di vista "soggettivo", in relazione agli azionisti, che patrimoniale), o riorganizzazione di gruppi societari²⁷⁴.

L'origine normativa della scissione nel nostro ordinamento va ricercata nel diritto comunitario. La Direttiva CEE del 17 dicembre 1982, n. 891 (c.d. Sesta Direttiva in materia societaria)²⁷⁵ per la prima volta introduce e disciplina le operazioni di scissione, specificando però che quanto disposto poteva essere

come alcune operazioni "accettate" dalla prassi (e dalla giurisprudenza) come scissioni, consistevano in realtà in una sequenza di operazioni con il medesimo esito ma che assente una disciplina specifica "scissioni non erano, o perlomeno scissioni non possono essere considerate oggi, alla luce della nuova normativa", P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1066, R. RORDORF, *La scissione di società*, *cit.*, 667 ss, con riferimento alla legittimità della scissione prima della sua introduzione nel nostro ordinamento. In senso positivo, si veda App. Genova, 9 febbraio 1956, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 34 ss, in AA.VV., *Società per azioni*, II, in *Casi e materiali di diritto commerciale*, Milano, 1974, 1904, commentata anche da E. CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, Milano, 1992, 2 ss. Anche a proposito di tale decisione, *cf.* R. RORDORF, *Scissione e incorporazione di società (nota a Trib. Verona, 20 febbraio 1990)*, *Soc.*, 8, 1990, 1102, che critica le decisioni giurisprudenziali favorevoli alla legittimità della scissione sottolineando come esse avessero analizzato operazioni in realtà diverse dalle scissioni (es., un'operazione di riduzione del capitale con restituzione dei beni ai soci e successivo conferimento degli stessi in un'altra società). In dottrina, in senso affermativo, si veda, *inter alia*, TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, VIII, 1985, 296 ss.. In senso negativo, *inter alia*, G. CABRAS, *La scissione delle società*, in *Foro it.*, V, 270, il quale – nel commentare l'introduzione della scissione nel nostro ordinamento ad opera del d.lgs. del 16 gennaio 1991, n. 22, definisce tale istituto come una "assoluta novità nel nostro ordinamento", richiamando a sua volta le sentenze avverse a tale riconoscimento appena citate.

²⁷⁴ In tal senso, C. BOLOGNESI, sub *art. 2506 cod. civ.*, *cit.*, 1306. Per una puntuale esemplificazione delle diverse possibili finalità di un'operazione di scissione, *cf.* R. PEROTTA – L. BERTOLI, *Le operazioni straordinarie. Conferimento d'azienda e di partecipazioni, fusione e scissione*, Milano, 2015, 693-695 ss.

²⁷⁵ La Sesta Direttiva è stata dapprima modificata dalla Direttiva UE del 16 settembre 2009, n. 109 ed è ora sostituita dalla Direttiva UE del 14 giugno 2017, n. 1132 e seguenti modifiche, la quale costituisce una sorta di "testo unico" che ha raccolto e sistematizzato gli interventi del legislatore comunitario in materia societaria raccogliendoli in un'unica direttiva.

vincolante soltanto per gli Stati Membri che riconoscevano (o avevano intenzione di riconoscere) la scissione nel loro ordinamento²⁷⁶. In particolare, la Sesta Direttiva definisce la scissione come l'operazione con cui *“una società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferisce a più società l'intero patrimonio attivo e passivo, mediante l'attribuzione agli azionisti della società scissa di azioni delle società beneficiarie dei conferimenti risultanti dalla scissione”*²⁷⁷, ammettendo anche l'ipotesi di una scissione parziale²⁷⁸. Nella disciplina comunitaria, l'operazione di scissione determina, quindi, come effetto (i) il trasferimento (di tutto o parte) del patrimonio attivo e passivo della scissa alle beneficiarie, (ii) l'acquisizione da parte dei soci della scissa dello *status socii* delle società beneficiarie, e, solo in caso di scissione totale, (iii) l'estinzione senza liquidazione della società scissa²⁷⁹.

La Sesta Direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento solo dieci anni più tardi, con il d.lgs. del 16 gennaio 1991, n. 22, con cui il Legislatore ha inserito la scissione tra le operazioni societarie disciplinate dal Codice civile, per altro in termini anche più ampi di quelli riconosciuti dalla Sesta Direttiva e contrariamente a quanto avvenuto in altri Stati Membri che avevano optato per un recepimento più limitato dell'istituto²⁸⁰. La decisione di introdurre l'istituto della scissione nei termini del d.lgs. del 16 gennaio 1991, n. 22 venne motivata dal Legislatore sostenendo che *“l'astenersi dall'attuare la direttiva avrebbe significato avallare*

²⁷⁶ *cf.* Considerando 5 della Sesta Direttiva.

²⁷⁷ Articolo 2 della Sesta Direttiva, ora art. 136 della Direttiva UE 1132/2017. Si noti che l'art. 21 della Sesta Direttiva (ora art. 155 della Direttiva 1132/2017) disciplina negli stessi termini l'ipotesi di scissione in senso stretto.

²⁷⁸ Articolo 21 della Sesta Direttiva, ora art. 159 della Direttiva 1132/2017.

²⁷⁹ Articolo 19 della Sesta Direttiva, ora art. 151 della Direttiva 1132/2017.

²⁸⁰ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 511, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 11, 15, R. RORDORF, *Fusioni e scissioni di società nella prospettiva europea*, in *Soc.*, 1990, 433 ss, R. PEROTTA – L. BERTOLI, *Le operazioni straordinarie*, cit., 714, M. MAUGERI, *L'introduzione della scissione*, cit., 756 ss, con riferimento in particolare all'ambito d'applicazione dell'istituto, E. CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione*, cit., 11 ss, il quale ricostruisce le modalità con cui i diversi Stati Membri della CEE avevano implementato la Sesta Direttiva al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. del 16 gennaio 1991, n. 22.

*quella dottrina secondo cui la scissione delle società non sarebbe compatibile con i principi del nostro diritto societario, disattendendo l'opinione forse prevalente (...) e soprattutto, privando definitivamente il nostro Paese di uno strumento che potrebbe rendere utili servizi alla pratica*²⁸¹.

Il Legislatore italiano è poi nuovamente intervenuto sull'istituto della scissione nell'ambito della riforma del diritto societario realizzata con il d.lgs. del 17 gennaio 2003: con l'intento di *“sfruttare taluni margini consentiti dalla direttiva e non «sfruttati» dal d.lgs. n. 22/1991*²⁸² si è provveduto a semplificare il procedimento di scissione facendo ricorso, da un lato, a un ampio rinvio alla disciplina dettata per la fusione e, dall'altro, a previsioni specifiche per disciplinarne gli aspetti peculiari. In particolare, il Legislatore è intervenuto sulla descrizione dell'istituto in esame, preferendo caratterizzare lo spostamento patrimoniale dalla scissa alla beneficiaria in termini di *“assegnazione”* e anziché *“di ‘trasferimento’*. *Ciò anche al fine di chiarire, come riconosciuto da giurisprudenza consolidata, che nell'ipotesi di scissione medesima non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni (ad esempio relative alla situazione edilizia degli immobili)*²⁸³. La modifica lessicale sopramenzionata,

²⁸¹ Relazione al d.lgs. del 16 gennaio 1991, n. 22 in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 126. La stessa ricostruzione viene fatta anche da F. D'ALESSANDRO, *La scissione*, cit., 874, il quale riporta i ragionamenti adottati dalla commissione ministeriale da lui presieduta in occasione della redazione del relativo progetto.

²⁸² Relazione al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 in AA.VV., *La Riforma del Diritto Societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, a cura di M. VIETTI – F. AULETTA – G. LO CASCIO – U. TOMBARI – A. ZOPPINI, Milano, 2006, p. 262-263.

²⁸³ Relazione al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 in AA.VV., *La Riforma del Diritto Societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, a cura di M. VIETTI – F. AULETTA – G. LO CASCIO – U. TOMBARI – A. ZOPPINI, Milano, 2006, p. 262-263. Nel testo precedente, la definizione di scissione la descriveva – in modo aderente alla normativa comunitaria – *“la scissione di una società si esegue mediante trasferimento dell'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, e assegnazione delle loro azioni o quote ai soci della prima; la scissione di una società può eseguirsi altresì mediante trasferimento di parte del suo patrimonio a una o più società, preesistenti o di nuova costituzione, e assegnazione delle loro azioni o quote ai soci della prima”*. Su tale modifica si segnala il Parere approvato dalla II Commissione permanente (Giustizia) del Senato – che accoglie le osservazioni della VI Commissione, dove si nota che *“l'individuazione della fattispecie, operata nel primo comma, avviene attraverso il riferimento*

secondo alcuni, ha rappresentato una presa di posizione del Legislatore rispetto alla natura giuridica della scissione in favore della tesi che la vede come un fenomeno *modificativo*, mentre per altri non ha introdotto (né avrebbe potuto farlo) alcuna novità, vista l'ambiguità del verbo "assegnare" e tenuto conto del fatto che né la Sesta Direttiva né la legge delega consentono l'introduzione di una definizione "nuova" di scissione²⁸⁴.

2. La natura della scissione

Così come avvenuto per la fusione, l'intervento del Legislatore del 2003 non ha posto fine al dibattito intorno alla natura giuridica della scissione, presente anche prima della sua introduzione nel nostro ordinamento²⁸⁵. Sebbene ripercorrere le diverse tesi in merito – come per la fusione – sia utile ai fini della presente indagine, la sua portata e rilevanza ai fini della disciplina degli effetti della scissione deve considerarsi misurata. La scissione, difatti, a prescindere che venga intesa come un evento "*modificativo*" o "*traslativo*" o "*modificativo-traslativo*", dal punto di vista dei terzi contraenti, comporta necessariamente un "mutamento" della controparte contrattuale²⁸⁶ poiché – che sia per un

all'«assegnazione» del patrimonio, che viene a sostituire quello al «trasferimento» di patrimonio contenuto nel testo dell'attuale art. 2504-septies del codice civile. Tuttavia il termine «trasferimento» risulta senz'altro più corretto, in quanto più aderente al nostro sistema normativo ma, soprattutto, conforme in misura maggiore alla direttiva comunitaria di riferimento (VI direttiva) e alle corrispondenti disposizioni dei principali ordinamenti dei paesi dell'Unione Europea" (il parere è stato pubblicato anche in Riv. soc., 2002, 1666-1667.

²⁸⁴ In tal senso, G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 148, A. PICCIAU, sub *art. 2506 cod. civ.*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L. A. Bianchi in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, Milano, 2006, 1028.

²⁸⁵ Lo stesso tema, come noto, e come si vedrà (*infra*), si propone per la fusione dove, tuttavia, è almeno prevista una norma che, seppur in termini generici, indica quali effetti dovrebbe avere la fusione.

²⁸⁶ Sul punto si noti la riflessione di F. GALGANO, *Il diritto commerciale, cit.*, 372: "mostri come l'identità della società possa essere modificata anche mediante la scomposizione del rapporto sociale costitutivo dell'originario contratto (o atto unilaterale) di società in una pluralità di rapporti". In modo simile, *cfr.* In proposito si noti, P. LUCARELLI, *La scissione di società*, in *Quaderni fiorentini di diritto commerciale*, a cura di A. BORGIOI, 1999, 281.

“mutamento” della controparte o che sia per un “trasferimento” del rapporto contrattuale ad un altro soggetto – saranno comunque vincolati ad un soggetto “diverso” da quello con cui avevano originariamente negoziato e concluso il rapporto contrattuale²⁸⁷. La ricostruzione che si intende fare degli effetti della scissione sui rapporti contrattuali, entro certi limiti, può essere valida quale che sia la “lettura” che viene data dell’istituto della scissione potendo essere sostenuta (anche) con argomenti compatibili con le diverse tesi²⁸⁸.

Secondo una prima tesi, sostenuta dalla dottrina prevalente, la scissione – tanto nella sua forma totale che parziale²⁸⁹ – realizza una mera modifica o riarticolazione dei rapporti sociali delle società coinvolte nell’operazione (c.d. tesi

²⁸⁷ G.B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano*, cit., 505.

²⁸⁸ In altre parole, anche qualora si riconoscesse fondatezza alla tesi puramente modificativa, si può riconoscere che dall’operazione di scissione scaturiscono degli effetti “latamente traslativi, tipizzati tuttavia dal legislatore quali effetti di ‘assegnazione’ e non di ‘trasferimento’”, cfr. A. BUSANI – F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la scissione*, in *Soc.*, 2017, 1410. Con riferimento alla disciplina precedente al 2003, cfr. G.B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano*, cit., in *Riv. soc.*, 2000, 481-482, in merito “*La soluzione delle singole questioni, se non può affatto prescindere da un esame analitico della ratio delle disposizioni che si confrontano (...), è perseguibile indipendentemente dalla qualificazione della natura giuridica della scissione globalmente intesa*”. Di diverso avviso, intendendo negare alcuna portata traslativa al fenomeno della scissione, cfr. P. LUCARELLI, *La scissione*, cit., 280-281, la quale sottolineava come “*Se la prospettiva nella quale la scissione deve essere inquadrata è quella della conservazione, anziché del mutamento sostanziale della titolarità, non ha neppure ragione di porsi un problema di successione neppure ipso iure nei rapporti patrimoniali, e, infatti, tale problema non si è affatto posto il legislatore. Quei rapporti che sono pendenti al momento della scissione, sorti nell’ambito dell’attività di impresa esercitata dalla scissa, continueranno ad essere funzionalmente collegati agli elementi unificatori del complesso aziendale, pur in occasione della realizzazione della vicenda in esame che può mutare la denominazione sociale di una delle parti. Ciò non si deve affatto confondere con un’ipotesi di subentro di un soggetto ad un altro nel contratto. Nei confronti dei terzi contraenti della scissa è tendenzialmente neutrale la realizzazione del meccanismo di moltiplicazione delle figure di produzione, fino a quando tale evento non determini un pregiudizio delle rispettive ragioni. A tale proposito, tuttavia, non è affatto necessario richiamare la tutela del contraente ceduto atteso che (...) al contraente non ceduto l’ordinamento attribuisce comunque gli strumenti di tutela delle proprie ragioni in presenza di circostanze che mutano le condizioni del suo dante causa*”.

²⁸⁹ Con riferimento alla scissione parziale, si veda R. PEROTTA – L. BERTOLI, *Le operazioni straordinarie*, cit., 716-717.

modificativa)²⁹⁰, come confermato dall'intervento del Legislatore nella formulazione dell'art. 2506 cod. civ.. In altre parole, l'operazione di scissione non è che una modifica degli statuti delle società partecipanti²⁹¹ che comporta la prosecuzione dell'attività della società scissa nelle beneficiarie. Il “*mutamento*” non riguarderebbe il soggetto titolare – il quale cambierebbe solo formalmente – quanto piuttosto le modalità con cui esso svolge la sua realizzandosi solo un mero riassetto organizzativo²⁹². Tale tesi è coerente con quanto espresso dalla dottrina maggioritaria in relazione alla fusione (*supra*), oltre ad essere stata riconosciuta da alcuni arresti giurisprudenziali²⁹³.

Secondo una seconda tesi, che a sua volta viene sostenuta in alcune decisioni giurisprudenziali²⁹⁴, con la scissione si realizza un trasferimento patrimoniale (c.d. tesi *traslativa*). I fautori di tale tesi sostengono che la modifica lessicale, menzionata nel paragrafo che precede, debba considerarsi come irrilevante per via dell'ambiguità del termine scelto (“*assegnazione*”), anche tenendo conto del fatto che l'art. 2506 cod. civ. deve essere interpretato in

²⁹⁰ *Inter alia*, si veda S. CALÌ, *Questioni in tema di scissione*, cit., 55 ss., E. CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione*, cit., 31 ss.; A. SERRA, *Scissione e modificazioni del contratto sociale*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, 667 ss., P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., 1065 ss.

²⁹¹ L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali*, cit., 1688.

²⁹² L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali*, cit., 1689-1691, si vedano anche le Massime notarili del Comitato Triveneto dei Notai L.A.15, L.A.21 e L.A.22. Prima della Riforma del 2003, in particolare, cfr. E. CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione*, cit., 41, secondo cui “*dal punto di vista giuridico questa riorganizzazione patrimoniale della società scorporante corrisponde ad una modifica dell'atto costitutivo nel senso che gli originali conferimenti serviranno per realizzare l'oggetto sociale non più attraverso un'unica società (la società scindente) ma attraverso la pluralità delle società beneficiarie*”.

²⁹³ Ad esempio, in senso favorevole alla tesi modificativa, cfr. Trib. Roma 28 dicembre 2020, in *Soc.*, 6, 758, App. Catania, 19 settembre 2017, n. 1649, Trib. Roma, 7 novembre 2016 (ord), n. 5241 in *Giur. comm.*, 2018, II, 136 ss. con nota di M. PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare*.

²⁹⁴ In particolare, cfr. Cass., Sez. Un., 15 novembre 2016, n. 23225 in *Soc.* 2017, 6, 739 ss con nota di D. DALFINO, *Scissione societaria e processi pendenti*. Nello stesso senso, cfr. App. Catanzaro, 13 luglio 2022 in *Dejure*, n. 829, Cass., 16 maggio 2019, n. 13192, Cass., 4 dicembre 2018, n. 31313, App. Torino, 26 luglio 2006, in *Soc.*, 2017, 695 ss con nota di L. BOGGIO.

maniera conforme al diritto comunitario, in particolare alla Sesta Direttiva, che descrive la scissione utilizzando il termine “*trasferimento*”²⁹⁵. Non solo: da un punto di vista sistematico vi sono diverse norme relative ad ipotesi di “*trasferimenti*” che indicano le operazioni di scissione come eccezione alla loro applicazione: ad esempio, l’art. 2357-*bis* cod. civ. (in materia di acquisto di azioni proprie) e l’art. 106 d.lgs. del 24 febbraio 1998, n. 58 (in materia di offerte pubbliche obbligatorie) sanciscono, rispettivamente, che nel caso in cui le azioni proprie siano acquisite per effetto di un’operazione di scissione e nel caso in cui la soglia prevista per l’obbligo di lanciare un’offerta pubblica di acquisto sia raggiunta per effetto di un’operazione di scissione, le regole ivi previste non trovino applicazione. Tali eccezioni hanno ragion d’essere solo se la scissione comporta un trasferimento, altrimenti non sarebbero necessarie, poiché le relative norme non sarebbero comunque applicabili. È poi innegabile che, ad esito della scissione, vi sia un mutamento del soggetto titolare dei rapporti giuridici che costituiscono il patrimonio oggetto del passaggio alle beneficiarie e ciò si potrebbe realizzare solo per effetto di un loro trasferimento²⁹⁶. Vi sono però opinioni discordanti in merito alla “classificazione” di tale trasferimento: secondo alcuni, esso sarebbe da assimilare ad una successione a titolo universale o a titolo particolare²⁹⁷, secondo altri, dovrebbe invece considerarsi come un trasferimento *sui generis* completamente avulso dalla disciplina di diritto comune oppure ancora, come un trasferimento patrimoniale *inter vivos*, la cui disciplina viene integrata e derogata dalle norme speciali previste in tema di scissione²⁹⁸.

²⁹⁵ G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali*, cit., 148, G.B. PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 4, 718, G. PALMIERI, *La scissione. Osservazioni sulla bozza dei decreti legislativi concernenti la riforma delle società di capitali.*, in, *Riv. soc.*, 2002, 1511-1512.

²⁹⁶ A. PICCIAU, sub art. 2506 cod. civ., cit., 1035 s.

²⁹⁷ Cfr. A. MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 11 ss, U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm*, 1993, I, 531 ss.

²⁹⁸ M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., 73.

Una tesi intermedia contempla però la compresenza nella scissione sia di un fenomeno modificativo dei rapporti sociali di un fenomeno traslativo o successorio con riferimento al patrimonio della società scissa (c.d. tesi *modificativa-traslativa*)²⁹⁹. Tale impostazione – anche in questo caso con accenti diversi a seconda degli autori – riconosce alla scissione una certa complessità, fotografandone tutti i suoi aspetti e ritenendo che l'evento “*modificativo*” dei rapporti sociali e “*traslativo*” del patrimonio della società scissa possano convivere. Infatti, dal punto di vista dei soci, sarebbe legittimo ricostruire la scissione in termine di modificazione e continuazione delle regole organizzative dell'attività svolta e dei rapporti sociali: l'assegnazione delle azioni delle società beneficiarie trova la sua causa nel rapporto sociale originario tra i soci e la scissa, mentre per i soci della beneficiaria l'attività continua – eventualmente modificandosi – con un numero maggiore di soci. Ammettere tale ricostruzione, tuttavia, non può portare a negare il fatto che per effetto della scissione il patrimonio prima interamente posseduto dalla scissa viene “*spezzettato*” e diventa di titolarità delle beneficiarie o delle beneficiarie e della scissa a seconda dei casi³⁰⁰. La scissione, in altre parole, non può essere ricostruita descrivendo la beneficiaria come una “*continuazione della scissa, una sua propaggine. Essa è e resta un centro di imputazione patrimoniale distinto dalla prima*”³⁰¹. In altre parole, pur non dovendosi equiparare le beneficiarie a delle “*acquirenti*” del patrimonio della scissa, la natura modificativa della scissione – determinata dai

²⁹⁹ A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, Torino, 2010, 219, M. LAMANDINI, *La «sorte» del contratto di edizione nel trasferimento d'azienda e nei processi di riorganizzazione aziendale*, in *AIDA*, 1995, 204-205. In giurisprudenza, si veda Cass., 19 giugno 2020, n. 11984 in *Not.*, 2020, 495 e seguenti, con nota critica di F. MAGLIULO, *La scissione totale costituisce un fenomeno estintivo?*, Trib. Pescara, 4 maggio 2017 in *DeJure*, Trib. Roma, 4 aprile 2017, n. 6663, Trib. Napoli, 25 luglio 2016 in *DeJure*.

³⁰⁰ A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, *cit.*, 219, G. BAVETTA, *La scissione*, *cit.*, 359-360.

³⁰¹ M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, *cit.*, 21.

mutamenti dei rapporti sociali – non sarebbe in via di principio incompatibile con un “*trasferimento*” del patrimonio della scissa³⁰².

3. *Gli effetti della scissione sui rapporti contrattuali*

Venendo al cuore dell’analisi, l’operazione di scissione produce degli effetti – variamente qualificati e qualificabili – sui rapporti contrattuali ancora in corso al momento della scissione³⁰³. Per poter svolgere tale analisi occorre partire dal documento principale delle operazioni di scissione, ovvero dal progetto di scissione (§3.1), il cui contenuto incide necessariamente sul quesito che ci si pone, con riferimento sia alle scissioni aventi ad oggetto elementi patrimoniali singoli (§3.2) sia a quelle con oggetto un’azienda o un ramo d’azienda, rispetto ai quali si pone il problema dell’applicabilità (diretta o per analogia) della disciplina della cessione di azienda (§3.3)

3.1. *Il progetto di scissione*

La scissione si realizza tramite un procedimento complesso che ricalca essenzialmente quello previsto per la fusione³⁰⁴. Essa coinvolge diversi soggetti e ruota intorno a tre momenti principali³⁰⁵: la negoziazione e redazione del progetto di scissione, la sua approvazione da parte dei soci delle società coinvolte³⁰⁶ e l’atto di scissione con cui viene fissato il contenuto dell’operazione. Ad esito del procedimento di scissione, il patrimonio della società scissa – in tutto o in parte – viene assegnato alle società beneficiarie e ai soci della società scissa verranno assegnate quote o azioni delle beneficiarie.

³⁰² In tale senso, *inter alia*, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, cit.*, 121 ss.

³⁰³ Per gli effetti della scissione per incorporazione in relazione ai rapporti contrattuali in capo alle beneficiarie prima della scissione, varranno le stesse considerazioni svolte in proposito per la fusione (*supra*).

³⁰⁴ M. SARALE, *Le scissioni*, in *Le operazioni societarie straordinarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, V**, diretto da G. COTTINO, 2011, 636.

³⁰⁵ A. PICCIAU, *sub art. 2506 cod. civ., cit.*, 1029.

³⁰⁶ In sede di approvazione, i soci possono solo apportare modifiche marginali al progetto di scissione che non incidano sui diritti dei soci e dei terzi.

I termini di tale assegnazione – determinato dall'accordo raggiunto dagli amministratori delle società coinvolte – sono descritti nel progetto di scissione, disciplinato dall'art. 2506-*bis* cod. civ.³⁰⁷. La redazione del *progetto di scissione*, documento essenziale ed unico per tutte le società coinvolte, è di competenza esclusiva degli amministratori delle società partecipanti alla scissione, sebbene debba essere approvato con delibera dai rispettivi soci, i quali potranno apportare modifiche minime al progetto di scissione, purché non incidano sui diritti di terzi o dei soci stessi (ai sensi dell'art. 2506-*ter* cod. civ., che rinvia all'art. 2502 cod. civ. in materia di fusione)³⁰⁸.

Gli effetti della scissione si producono “*dall'ultima delle iscrizioni dell'atto di scissione nell'ufficio del registro delle imprese in cui sono iscritte le società beneficiarie*”, salvo che sia stabilita una data successiva – tranne che nel caso di scissione mediante costituzione di nuove società – oppure ne siano anticipati gli effetti contabili (art. 2506-*quater* cod. civ.). Essi si producono rispetto a tutte le società partecipanti, ai relativi soci e ai terzi, senza che debbano essere soddisfatti in relazione ai singoli beni i particolari requisiti di efficacia del trasferimento richiesti dal diritto comune (*infra*, in particolare, §3.2)³⁰⁹.

3.1.1. In particolare: il contenuto del progetto di scissione e gli “elementi patrimoniali da assegnare”

³⁰⁷ G. ANDREANI, *Trasformazioni, fusioni e scissioni*, in *Monografie teorico-pratiche di diritto societario*, a cura di L. DE ANGELIS-B. QUATRARO, Napoli, 2005, 310. Il progetto di scissione ha una duplice funzione: dal lato interno, determina le modalità della scissione, dal lato interno-esterno, ha una funzione informativa come si evince dagli obblighi pubblicitari a cui è soggetto, *cf.* F. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. soc.*, 1992, 934-935.

³⁰⁸ Il rinvio all'art. 2502 cod. civ. rappresenta una novità in materia, poiché nella disciplina previgente, i soci potevano solo approvare o respingere il progetto “*in toto*”. Per un commento della formulazione precedente, *cf.* F. LAURINI, *La scissione*, *cit.*, 935.

³⁰⁹ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, *cit.*, 216-217, ove l'autrice sottolinea come tale deroga sia applicabile solo nel caso in cui l'operazione si svolge secondo le sue finalità tipiche. Il tema viene in rilievo quando la scissione riguarda beni singoli: in tale caso la disciplina di diritto comune tornerebbe applicabile se si dimostrasse che l'istituto sia stato utilizzato in modo improprio (o abusivo).

Poiché la scissione realizza una suddivisione del patrimonio della società scissa, diversamente da quanto avviene per la fusione, il Legislatore richiede che nel progetto di scissione vi sia una descrizione degli elementi patrimoniali assegnati alle beneficiarie o che rimangono nella scissa. Il progetto di scissione, infatti, deve avere lo stesso contenuto previsto in relazione alla fusione oltre a quanto previsto dall'art. 2506-*bis* cod. civ.³¹⁰. La norma, pur disciplinando il contenuto del progetto di scissione nei termini che si vedranno, non contempla limiti in relazione ai beni o ai rapporti giuridici assegnati, né disciplina la composizione qualitativa³¹¹ o quantitativa degli elementi patrimoniali da assegnare alle beneficiarie. In assenza di espressi divieti legislativi, si ritiene che la scissione possa determinare l'assegnazione di un solo bene o di beni non aventi uno scopo unitario, non essendo previsto alcun obbligo – neanche a livello comunitario – che oggetto della scissione debba essere un certo numero minimo di beni o un vero e proprio ramo d'azienda, come invece accade in altri ordinamenti³¹².

³¹⁰ Non potendo fare un mero rinvio al contenuto del progetto di fusione dove tale descrizione non viene richiesta visto che gli interi patrimoni delle società partecipanti ad essa vengono ad unità, A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, cit., 234. Nello stesso senso, R. PEROTTA – L. BERTOLI, *Le operazioni straordinarie*, cit., 734.

³¹¹ Vi sono però dubbi circa la legittimità della scissione c.d. negativa, ovvero di quella scissione che vede assegnata ad una delle beneficiarie soltanto debiti. Sul tema, cfr. L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali*, cit., 1719-1727, dove sono indicate alcune fattispecie di scissione negativa che potrebbero essere considerate legittime (nello stesso senso, cfr. M. SARALE, *Le scissioni*, cit., 613 ss.

³¹² Sul punto cfr. R. PEROTTA – L. BERTOLI, *Le operazioni straordinarie*, cit., 730-731, nello stesso senso cfr. M. SARALE, *Le scissioni*, cit., 613, M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., 1, R. TORINO, *sub art. 2506-bis cod. civ.*, in *Codice commentato delle S.p.A.*, diretto da G. FAUCEGLIA – G. SCHIANO DI PEPE, Torino, 2006, 1812-1813, A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, cit., 225, S. CALÌ, *Questioni in tema di scissione*, cit., 2. Si noti, tuttavia, che una scissione che abbia ad oggetto singoli beni della società – non organizzati né organizzabili in un ramo di azienda – possono potenzialmente cadere nell'ambito di applicazione delle discipline anti-elusive previste a livello tributario qualora “*l'operazione posta in essere [sia] priva di 'valide' ragioni economiche e diretta ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti*”, cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 136-137. Esprime un'opinione contraria, F. GALGANO, *Il diritto commerciale*, cit., 372-373, il quale ritiene che “*patrimonio trasferibile*” debba necessariamente consistere in un

L'art. 2506-*bis* cod. civ. stabilisce che “*l'organo amministrativo*” delle società coinvolte nella scissione rediga un progetto di scissione dal quale deve risultare, per quanto qui rileva, “*l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie*” (art. 2506-*bis*, primo comma, cod. civ.)³¹³.

La *ratio* della norma risiede nella volontà del Legislatore di tutelare i soci e i terzi, i quali devono essere informati in modo preciso del contenuto dell'operazione di scissione³¹⁴. La descrizione degli elementi patrimoniali, pur dovendo essere “*esatta*” non comporta necessariamente una minuziosa e analitica indicazione dei singoli beni, debiti, crediti o rapporti contrattuali oggetto del progetto. I redattori del progetto di scissione, devono attenersi ad un criterio di “*idoneità e sufficienza dell'indicazione ai fini dell'identificazione, supportata da ragionevole certezza, dello specifico elemento patrimoniale attivo o passivo*”³¹⁵. Può quindi accadere che un progetto di scissione faccia riferimento all'azienda o a un suo ramo (*infra*), oppure assegni i rapporti patrimoniali “per gruppi” indicando gli importi aggregati (es. debiti verso banche, debiti verso creditori etc.)³¹⁶.

ramo di azienda “*idoneo a dare vita ad un'attività imprenditoriale*”, nello stesso senso, C. BOLOGNESI, sub art. 2506 cod. civ., cit., 1306.

³¹³ Si tratta di un'indicazione del contenuto minimo del progetto di scissione – da aggiungere a quanto prescritto dall'art. 2501-*ter* cod. civ. richiamato dalla disciplina sulle scissioni – che non impedisce agli amministratori di arricchirlo con ulteriori contenuti, cfr. G. ANDREANI, *Trasformazioni, fusioni e scissioni*, cit., 313. In merito, per esempio, si veda il Progetto di scissione parziale proporzionale della Axenso S.r.l. a favore della beneficiaria ECMCLUB S.r.l., dove si dedica un paragrafo alle “*motivazioni delle operazione*” o alla enunciazione della “*forma di scissione*”. Si noti, inoltre, che la formulazione riprende quanto previsto dall'art. 2504-*octies* introdotta dal d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 27.

³¹⁴ L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali*, cit., 1728 ss..

³¹⁵ M. SARALE, *Le scissioni*, cit., 643. Secondo altri, al contrario, è richiesta una descrizione analitica da attuarsi “*per mezzo di un dettagliato inventario delle voci passive ed attive trasferite, cui si accompagni la precisa individuazione delle società beneficiarie cui ciascun elemento viene attribuito*”, cfr. G. ANDREANI, *Trasformazioni, fusioni e scissioni*, cit., 319.

³¹⁶ A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, cit., 225. In merito si veda il già citato progetto di scissione parziale di Axenso S.r.l., dove gli elementi patrimoniali assegnati alla società beneficiaria sono indicati in modo generico (es. “*debiti verso fornitori*”, “*stipendi da*

Nonostante il Legislatore imponga l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare contempla anche l'ipotesi per cui – per dimenticanza o perché sopravvenuto – non sia espressamente indicata l'assegnazione di un elemento patrimoniale. In tale caso, come prima cosa, occorrerà determinare se sia possibile desumere la sua assegnazione attraverso l'interpretazione del progetto, ricostruendo la volontà delle parti in merito³¹⁷. Solo qualora tale procedimento non abbia esito, il Legislatore prevede due criteri suppletivi distinguendo in due diverse ipotesi a seconda che dal progetto non sia desumibile la destinazione di un elemento dell'attivo o di un elemento del passivo. Nel primo caso, *“nell'ipotesi di assegnazione dell'intero patrimonio della società scissa, è ripartito tra le società beneficiarie in proporzione della quota del patrimonio netto assegnato a ciascuna di esse, così come valutato ai fini della determinazione del rapporto di cambio; se l'assegnazione del patrimonio della società è solo parziale, tale elemento rimane in capo alla società trasferente.”* (art. 2506-bis, secondo comma, cod. civ.), nel secondo caso *“degli elementi del passivo, la cui destinazione non è desumibile dal progetto, rispondono in solido, [in caso di scissione totale], le società beneficiarie, [in caso di scissione parziale] la società scissa e le società beneficiarie. La responsabilità solidale è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria”* (art. 2506-bis, terzo comma, cod. civ.).

Come visto, la norma richiede l'esatta descrizione degli *“elementi patrimoniali”* oggetto di scissione e si occupa di fornire dei criteri suppletivi in caso di dubbia assegnazione di *“attività”* e *“passività”*. Tuttavia, nulla viene

pagare”) con accanto indicato il valore a bilancio aggregato. E la stessa tipologia di descrizione degli elementi patrimoniali si trova anche nel progetto di scissione parziale proporzionale della Galati S.r.l. a favore della beneficiaria Pizzami S.r.l.

³¹⁷ M. SARALE, *Le scissioni*, cit., 643, F. D'ALESSANDRO, *La scissione*, cit., 877. Tale ricostruzione dovrà svolgersi alla stregua dei criteri di interpretazione dei negozi giuridici dettati dal Codice civile, da adattare – ovviamente – alla natura *“societaria e perciò organizzativa dell'atto negoziale in questione e dal regime pubblicitario a cui esso è sottoposto”*, cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla «circolazione» dell'azienda per scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 449. In giurisprudenza, cfr. Cass, 24 aprile 2003, n. 6526.

stabilito con riferimento ai rapporti contrattuali ancora in corso di esecuzione al momento della scissione³¹⁸. Nel silenzio della norma, è opinione ormai unanime che non vi siano ostacoli alla possibilità di assegnare un rapporto contrattuale unitariamente considerato nell'ambito della scissione³¹⁹. Sebbene il c.d. *principio di continuità* non sia previsto espressamente nella disciplina della scissione – come invece avviene per la trasformazione e la fusione (articoli 2498 e 2504-*bis* cod. civ.) – si ritiene che, una volta assegnato alla beneficiaria, il rapporto contrattuale “proseguia” in capo alla stessa³²⁰.

Occorre però chiedersi quale siano gli effetti dell'assegnazione – così come la disciplina applicabile – anche in relazione ai rapporti con i terzi contraenti “assegnati”. Come già detto, possono distinguersi due ipotesi: da un lato, le scissioni con oggetto beni singoli e singoli rapporti contrattuali non riconducibili ad un'azienda o a un suo ramo, dall'altro le scissioni il cui progetto faccia riferimento ad un'azienda o al ramo d'azienda.

3.2. Gli effetti della scissione sui rapporti contrattuali non riferiti ad un ramo di azienda.

Fermo quanto si dirà in relazione all'applicazione dell'art. 2558 cod. civ. in relazione al contenuto del progetto di scissione che faccia riferimento ad

³¹⁸ Tant'è che tra i primi commenti vi era chi prospettava che per l'assegnazione dei rapporti contrattuali occorresse procedere dividendo il lato passivo e il lato attivo del rapporto nella descrizione, *cfr.* F. DENOZZA, *La scissione, cit.*, 87.

³¹⁹ *Cfr.* G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, cit.*, 218, la quale osserva che la tesi opposta sarebbe plausibile al limite in un ordinamento che non contempla, diversamente dall'Italia, la cessione convenzionale del contratto.

³²⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, cit.*, 218, la quale sottolinea che nonostante tale principio non sia stabilito espressamente “*da alcuna norma di legge: nell'ordinamento si rinvencono tuttavia disposizioni che li presuppongono e che ne costituiscono pertanto il luogo di emersione*”, citando come esempio, *inter alia*, l'art. 57 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 in relazione alle scissioni bancarie e l'art. 159 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 in relazione alle scissioni di società di revisione e gli effetti sui incarichi e contratti di revisione pendenti. Più in generale, *cfr.* A. PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. soc.*, 1995, 1237, il quale sottolinea come l'introduzione della disciplina della scissione si traduce nel riconoscimento del potere delle società partecipanti di decidere circa la sorte dei contratti pendenti.

un'azienda o a un ramo di azienda³²¹, occorre chiarire cosa accade ai rapporti contrattuali la cui assegnazione sia dubbia (ossia non desumibile neanche dall'interpretazione del progetto di scissione) qualora il progetto di scissione descriva gli elementi patrimoniali da assegnare senza fare riferimento alla nozione di azienda.

Per i rapporti contrattuali di dubbia assegnazione, in caso di scissione parziale, che questi rimangano in capo alla scissa, seguendo lo stesso principio stabilito per gli elementi dell'attivo dall'art. 2506-*bis* cod. civ.³²². Più complesso è determinare la loro sorte nell'ipotesi di scissione totale, ponendosi il problema di scegliere a quale delle beneficiarie debba essere assegnato il contratto in dubbio, mancando un'azienda o un ramo a cui ritenerlo "*inerente*". Vi sono due possibili soluzioni: ritenere il contratto estinto oppure assegnare il contratto a entrambe le beneficiarie *pro-quota*. La seconda sembra la soluzione preferibile poiché consente di mantenere in vita il rapporto contrattuale, anche se potrebbe essere problematica nel caso in cui, ad esempio, avesse ad oggetto un'obbligazione inscindibile. In quest'ultimo caso, occorrerà che le società beneficiarie trovino un accordo al fine di determinare l'assegnazione di tale contratto³²³.

³²¹ Si noti che – in linea di principio – il disposto dell'art. 2506-*bis* cod. civ. non preclude alle parti la possibilità di indicare l'azienda o un ramo di azienda come oggetto della scissione, anche pensando al fatto che il riferimento all'azienda si ritiene soddisfatto il requisito di determinatezza imposto dall'art. 1346 cod. civ. con riferimento ai negozi giuridici (fermo restando la possibilità di includere ulteriori indicazioni), *cfr.* G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla «circolazione» dell'azienda*, *cit.*, 444-445. In merito, per esempio, si veda il progetto di scissione parziale della società Postemobile S.p.A. a favore della società Poste Italiane S.p.A. con cui la società scissa assegna alla beneficiaria il "*Ramo Scisso, attraverso il quale PosteMobile fornisce servizi di telefonia fissa alle società del Gruppo Poste Italiane, che comprende (...) i contratti e i rapporti giuridici attivi e passivi ad essa imputabili, stipulati o sorti sino alla data di efficacia della Scissione*", allegando al progetto di scissione una descrizione più puntuale degli elementi patrimoniali attivi e passivi oggetto di scissione.

³²² A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, *cit.*, 246, il quale specifica che il riferimento non vuole considerare il contratto *tout court* come un "elemento dell'attivo", ma solo applicare il medesimo criterio previsto in relazione a quest'ultimo.

³²³ A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, *cit.*, 247. Arriva alla stessa conclusione, con riferimento ad un progetto avente ad oggetto un'azienda o un suo ramo, *cfr.* A. PICCIAU, *La scissione come negozio produttivo di effetti traslativi e la fattispecie del trasferimento*

Svolta tale premessa, occorre analizzare gli effetti della scissione sui rapporti contrattuali assegnati alle beneficiarie e, successivamente, quali tutele – oltre ai normali rimedi contrattuali – possono essere invocati dai contraenti “assegnati” in conseguenza dell’operazione di scissione.

3.2.1. *Gli effetti della scissione sui rapporti contrattuali.*

Nonostante la disciplina della scissione non menzioni espressamente gli effetti dell’operazione sui rapporti contrattuali in corso si può ritenere che la scissione societaria, determini un’eccezione alla regola prevista dall’art. 1406 cod. civ. e che non sia richiesto il consenso dei contraenti assegnati dalla società scissa alla società beneficiaria affinché l’assegnazione sia efficace nei loro confronti³²⁴. Occorre, però, stabilire quali siano gli effetti dell’operazione di scissione in relazione ai relativi rapporti contrattuali. In assenza di una specifica norma in merito e in considerazione del carattere “*polimorfo*” della scissione, risulta difficile determinare *ex ante* gli effetti che essa potrebbe avere sui rapporti contrattuali appena descritti poiché essi dipenderanno, oltre che dal contenuto e

di azienda: appunti in margine a recenti interventi della giurisprudenza e della dottrina, in Riv. soc., 1999, 1439-1440, il quale sottolinea come la scissione della controparte contrattuale che abbia come effetto lo sdoppiamento della controparte potrebbe in astratto integrare una giusta causa di recesso.

³²⁴ M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale, cit.*, 152, il quale giunge a tale conclusione assimilando la posizione del contraente ceduto a quella del debitore e applicando la disciplina prevista in merito in caso di scissione. Alla medesima conclusione arriva sebbene sulla base di argomenti diversi anche A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda, cit.*, 256. Sul punto, in merito alla tesi meramente modificativa, si ricorda la posizione già citata di P. LUCARELLI, *La scissione, cit.*, 280-281. Accolta tale tesi, diventa delicata l’ipotesi di una scissione avente ad oggetto un unico rapporto contrattuale: è chiaro che, in linea di principio, la scissione sarebbe ammissibile ma dovrebbe essere funzionale ad un disegno di riorganizzazione della società e dell’attività da essa svolta, non potendo la scissione essere utilizzata per realizzare le finalità di un negozio di scambio con oggetto il bene stesso: diversamente, si verificherebbe un abuso della scissione, che non giustificerebbe l’applicazione della disciplina agevolatrice, *cf.* A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda, cit.*, 258-259, il quale postula come conseguenza, dal punto di vista civilistico l’applicazione degli specifici requisiti di validità ed efficacia necessari per la circolazione di tale rapporto.

dalla natura del rapporto contrattuale, anche dalle caratteristiche e dagli scopi dell'operazione (in modo simile a quanto detto per le operazioni di fusione).

Nella scissione, al contrario di quanto avviene nella fusione, vi è una dispersione del patrimonio della società scissa, tanto che l'eccezione al principio stabilito dall'art. 1406 cod. civ. non si applicherebbe a quei rapporti contrattuali considerati *intrasmissibili* nei quali la società beneficiaria non potrebbe subentrare alla società scissa senza il consenso del contraente "assegnato"³²⁵. Tali contratti possono essere intrasmissibili in ragione di una prestazione oggettivamente o soggettivamente infungibile oggetto del rapporto contrattuale³²⁶. Tale categoria include senz'altro contratti aventi un carattere personale³²⁷ o contratti per i quali vengono richiesti determinati requisiti professionali o tecnici per subentrare nel rapporto contrattuale³²⁸, oppure ancora contratti inerenti alla specifica organizzazione che, a seguito della scissione,

³²⁵ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 230, M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., 152, il quale, però, ritiene che tale limite non si presenti in caso di fusione in quanto in quest'ultima manca l'elemento di "dispersione" che invece caratterizza la scissione.

³²⁶ Questo sia che l'infungibilità sia determinata dalla volontà delle parti che dalle caratteristiche della prestazione, cfr. M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., 152. In tal senso, anche cfr. G.B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano*, cit., in *Riv. soc.*, 2000, 507-508.

³²⁷ Al fine di individuare tale categoria, si può fare riferimento a quanto detto in precedenza in relazione ai contratti aventi un carattere personale (*supra*, Primo Capitolo, Sezione I, §3.2)

³²⁸ Sul punto si veda, cfr. M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., 162 il quale individua una ulteriore categoria di contratti intrasmissibili ossia quelli *personali per volontà di legge*, da identificare in quei contratti che non solo vengono stipulati *intuitu personae* ma la legge prevede che essi non possano essere trasmessi in caso di morte della parte "qualificata". L'A. specifica che il richiamo alla morte di una delle parti "non è operato in funzione dell'estensione analogica della relativa disciplina alla scissione, ma solo per isolare, sul piano generale, nell'ambito dei contratti personali, quelli ontologicamente incedibili senza il consenso del contraente ceduto (...) il risultato non è quindi ottenuto per assimilazione della scissione con la morte della parte contrattuale, ma in virtù di un argomento sistematico, che parte dalla disciplina dei contratti, ne individua una categoria particolare (...) e, nel ridiscendere alla scissione, coordina la relativa disciplina con la peculiare fattispecie in questione".

diventa inesistente³²⁹ o il caso in cui la società scissa faccia parte di un'associazione in partecipazione³³⁰. La questione, a ben vedere, andrebbe risolta con un approccio caso per caso, verificando l'effettivo carattere personale del rapporto contrattuale e la compatibilità dell'operazione di scissione con la sua prosecuzione in capo alla beneficiaria³³¹. Si è infatti sostenuto che, anche in caso di contratti "*intransmissibil*", il consenso del contraente assegnato non sia necessario qualora la scissione sia articolata in modo tale per cui l'assegnazione del rapporto contrattuale dalla scissa alla beneficiaria si traduca in "*un mero mutamento formale della titolarità del rapporto senza un mutamento sostanziale della parte (...) riscontran[dosi] una sorta di continuità sostanziale tra la scissa e la beneficiaria, [tale per cui] il carattere infungibile del rapporto, che in principio sarebbe idoneo a impedirne il trasferimento inaudita altera parte, non assume rilevanza normativa (...) con la conseguenza che non vi sarebbe bisogno di raccogliere il consenso della sua controparte per l'efficace cessione del rapporto, ancorché questo abbia carattere personale*"³³².

In astratto, è possibile porsi un problema di tutela della beneficiaria in relazione a quei rapporti contrattuali aventi un carattere personale poiché la controparte era stata individuata dalla scissa sulla base di scelte soggettive estranee alla dinamica imprenditoriale³³³. Tuttavia, l'esigenza di un'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare alle beneficiarie o mantenere nella società scissa, porta a ritenere che difficilmente si presenti la possibilità che essa subentri in un rapporto contrattuale di cui non era a conoscenza. Inoltre, la società beneficiaria può agevolmente tutelarsi escludendo nel progetto di scissione l'assegnazione di determinati rapporti contrattuali,

³²⁹ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 23.

³³⁰ Esempio richiamato da M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., 161.

³³¹ M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., 161. Nello stesso senso, cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 230-231.

³³² M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., 152.

³³³ Tema già visto in materia di cessione d'azienda (*supra*, Primo Capitolo, Sezione I, §3.2).

elencandoli singolarmente o escludendoli con espressioni generali (come, ad esempio, l'esclusione dall'assegnazione di tutto quanto non espressamente indicato oppure l'esclusione di tutti quei rapporti contrattuali in conflitto con altri già in capo alla beneficiaria)³³⁴.

Vi sono poi situazioni dove il rapporto contrattuale potrebbe continuare ma con un contenuto parzialmente diverso rispetto a quello che esso aveva in capo alla scissa rispecchiando l'adeguamento del contratto alla nuova situazione. Possono, in altre parole, presentarsi circostanze simili a quanto visto per la fusione nel caso di rapporti contrattuali aventi ad oggetto obbligazioni elastiche o collidenti.

Nel caso delle obbligazioni collidenti, le società che partecipano alla scissione possono prevenire simili problemi redigendo con i dovuti accorgimenti il progetto di scissione evitando, ad esempio, che vengano assegnati alle società beneficiarie rapporti contrattuali in conflitto con altri a cui esse sono già vincolate. Ciò potrebbe non essere sempre possibile: si pensi all'ipotesi di una scissione totale dove tutte le società beneficiarie preesistenti sono parti di rapporti contrattuali potenzialmente in conflitto con quello da assegnare. In tale eventualità si riproporrebbe una situazione analoga a quella vista nel caso della fusione, potendosi fare, *mutatis mutandis*, le medesime considerazioni.

Lo stesso vale per le obbligazioni elastiche. Si pensi al caso di una società vincolata a un'altra da un contratto di somministrazione di materie prime adeguate alla produzione della seconda. Se la prima si scinde, potrà assegnare il contratto a una delle sue beneficiarie oppure ad entrambe (obbligandole a consegnare tali materie prime secondo le relative proporzioni)³³⁵.

Così come per la fusione, è stato ancora una volta suggerito che in tali circostanze, anche in assenza di una clausola *ad hoc*, una possibile soluzione sarebbe l'adeguamento del contratto a seguito di una rinegoziazione del rapporto

³³⁴ M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale, cit.*, 152.

³³⁵ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, cit.*, 232.

che ciascuna parte può pretendere dall'altra in presenza di mutamenti fattuali rilevanti, invocando il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto³³⁶ (*infra*).

3.2.2. (segue) La tutela dei terzi contraenti "assegnati"

Occorre quindi chiedersi se l'assegnazione del rapporto contrattuale (o, comunque, il mutamento della controparte contrattuale) realizzata attraverso la scissione preveda o meno uno strumento di tutela del contraente ceduto a fronte dell'assegnazione del rapporto contrattuale (o della modificazione strutturale dell'altro contraente).

Da un lato, tra le norme relative alla fusione applicabili alla scissione per rinvio, vi è anche l'art. 2503 cod. civ.³³⁷, cui, come abbiamo visto, possono ricorrere anche i terzi contraenti³³⁸. Sull'adeguatezza del rimedio per la tutela dei terzi contraenti si può far riferimento al capitolo che precede, potendosi svolgere le medesime considerazioni in termini di efficacia del rimedio per la tutela degli interessi diversi dalle pretese di denaro (*infra*). Rispetto alla fusione, però, è bene rilevare le conseguenze del diverso contenuto del progetto di scissione sulla tutela dei terzi contraenti. Sebbene non sia richiesta una descrizione analitica degli elementi patrimoniali d'assegnare, tra cui i rapporti contrattuali, la particolare disciplina del progetto di scissione fornisce loro un quadro informativo migliore, per quanto pur sempre incompleto, per tutelare i loro interessi legati alla continuità del rapporto contrattuale (ad esempio, il progetto di scissione potrebbe evidenziare l'esistenza di un rapporto contrattuale in conflitto con quello del terzo contraente della società beneficiaria).

³³⁶ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, cit.*, 232. Sul tema, anche se in relazione alla fusione si veda il Terzo Capitolo.

³³⁷ Applicabile per rinvio anche alla scissione, *cf.* M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale, cit.*, 152, A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda, cit.*, 264.

³³⁸ In particolare, in merito alla scissione, *cf.* M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale, cit.*, 152. Di opinione contraria, *cf.* G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, cit.*, 236, la quale ritiene il rimedio della opposizione rispetto alla possibilità di una modifica peggiorativa del rapporto contrattuale dovuta all'operazione di scissione come "sproporzionato".

Sul punto, si segnala l'opinione secondo cui l'assenza di una norma espressa sugli effetti della scissione consente di prendere in considerazione anche altri strumenti, in quanto compatibili con la sua disciplina, che l'ordinamento prevede per l'eventualità in cui una parte contrattuale viene sostituita senza che sia necessario il consenso individuale del contraente assegnato (o ceduto)³³⁹. In particolare, in altre ipotesi di mutamenti delle controparti contrattuali viene prevista – a bilanciare la mancanza del consenso del contraente assegnato (o ceduto) – il diritto di quest'ultimo di sciogliere il rapporto contrattuale qualora la modificazione soggettiva “*comporti un mutamento obiettivamente non tollerabile delle condizioni del rapporto stesso, tale da rendere inesigibile la sua prosecuzione. Questa situazione viene normativamente descritta con le espressioni ‘gravi motivi’ (art. 36 cit. della l. n. 392/1978), ovvero ‘giusta causa’ (art. 2558 c.c. e art. 58 t.u.b.)*”³⁴⁰. In tal senso, sembrerebbe maggiormente coerente a livello sistematico riconoscere ai terzi contraenti la possibilità di sciogliersi dal rapporto contrattuale come espressione di un principio generale – tipico del diritto commerciale – secondo cui in caso di riorganizzazioni dell'attività imprenditoriale che determinino un mutamento della controparte contrattuale – vuoi perché il contratto viene trasferito o ceduto vuoi perché il soggetto porti avanti una riorganizzazione imprenditoriale – le controparti che non possono opporsi a tale evento, devono avere comunque il diritto di sciogliere il rapporto contrattuale in presenza di situazioni qualificabili come “*giusta causa*” o per “*gravi motivi*”³⁴¹, nei termini compatibili con le fasi del

³³⁹ Strumenti alternativi che vengono previsti in particolare quando la raccolta dei consensi rappresenterebbe un onere eccessivo per la parte *cedente*. La soluzione proposta dall'art. 1406 cod. civ., infatti, non è l'unica opzione possibile rispetto al tema di tutelare i contraenti dai mutamenti soggettivi della controparte. In particolare, *cfr.* Cass. 29 luglio 1995, n. 8344.

³⁴⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, cit.*, 237.

³⁴¹ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, cit.*, 237, la quale tuttavia ritiene che tale diritto non sia conseguenza automatica della scissione ma debba essere previsto dal progetto di scissione all'interno dello stesso. *Contra*, M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale, cit.*, 155-156, il quale ritiene che il legislatore abbia scelto come rimedio per i terzi contraenti proprio l'opposizione dei creditori prevista dall'art. 2503 cod. civ., escludendo la possibilità di recedere. Sul punto, ma con

procedimento di scissione³⁴² (sul punto si veda anche *infra*, sull'applicazione analogica dell'art. 2558 cod. civ.).

Infine, con riferimento alla tutela dei terzi contraenti pregiudicati da una assegnazione "errata" del rapporto contrattuale, si potrebbe ritenere che la "corretta" assegnazione dei rapporti contrattuali, nell'ambito del procedimento di scissione, rappresenti un dovere degli amministratori in ossequio ai loro obblighi di correttezza e diligenza. Di conseguenza, la colpevole errata assegnazione di un rapporto contrattuale che porti a delle ripercussioni negative³⁴³, potrebbe costituire il fondamento di una loro responsabilità ai sensi degli articoli 2393 e 2395 cod. civ.. Tener conto delle conseguenze dell'operazioni di scissione sui rapporti contrattuali nel negoziare e redigere il progetto di scissione, sarebbe infatti coerente con il loro dovere di diligenza, poiché l'errata assegnazione espone le società partecipanti alla scissione a possibili inadempimenti o richieste di risarcimento del danno da parte dei terzi contraenti insoddisfatti.

3.3. L'applicabilità dell'art. 2558 cod. civ. per analogia o per rinvio contenuto nel progetto di scissione

Come accennato, la seconda ipotesi da analizzare riguarda il caso in cui un progetto di scissione nel descrivere il patrimonio da assegnare faccia espresso riferimento all'azienda (o ad un ramo d'azienda), anche in aggiunta alla descrizione degli altri elementi patrimoniali oggetto di cessione. In questo caso, occorre chiedersi se sia possibile applicare le norme relative alla cessione

riferimento all'applicazione analogica dell'art. 2558 cod. civ., cfr. A. PICCIAU, *La scissione come negozio produttivo di effetti traslativi*, cit., 1441 il quale ritiene i due rimedi concorrenti tra di loro ("senza precludere, ovviamente, l'opposizione alla scissione da parte del terzo contraente, in prima battuta, ed il diritto di recesso per giusta causa, in via residuale").

³⁴² Per esempio, il termine potrebbe essere fatto coincidere con quello previsto, ai sensi dell'art. 2503 cod. civ. per l'opposizione dei creditori.

³⁴³ Si pensi al caso in cui assegnino un contratto che può essere eseguito solo da soggetti privi di determinate qualifiche ad una beneficiaria che ne sia sprovvista.

d'azienda (articoli 2556 e seguenti cod. civ.)³⁴⁴, in deroga a quanto previsto dalle norme sulla scissione o a completamento della disciplina.

Giova ripetere che la disciplina della cessione d'azienda si pone in deroga al diritto comune, apportandovi i correttivi necessari a soddisfare le esigenze sostanziali legate alla circolazione di un complesso produttivo³⁴⁵. In relazione alle operazioni di scissione, si sono già visti i casi in cui è stata riconosciuta l'applicabilità analogica della disciplina della cessione d'azienda ad operazioni di scissione (*supra*) legata alla loro somiglianza da un punto di vista sostanziale, nonostante le loro differenze strutturali³⁴⁶. Se, infatti, la scissione è un istituto che riguarda (anche) il soggetto che svolge l'attività imprenditoriale, la cessione di azienda è inerente al patrimonio utilizzato come strumento dell'attività imprenditoriale. Inoltre, nella scissione, la società scissa, a fronte dell'assegnazione di tutto o parte del proprio patrimonio ad una o più beneficiarie, non riceve alcuna contropartita (visto che le azioni della beneficiaria andranno ai soci³⁴⁷), mentre nella cessione di azienda quest'ultima viene ceduta a fronte di un corrispettivo, traducendosi solo in una modifica qualitativa del patrimonio sociale della società alienante³⁴⁸.

³⁴⁴ È ovvio che i fautori della (anzi delle) tesi modificativa "pura" negano in principio tale applicazione analogica, mancando – nella loro interpretazione della scissione un momento "traslativo". Si deve poi notare che negare l'applicazione della disciplina della cessione d'azienda – direttamente o per analogia – non vuol dire dare una soluzione diversa ai quesiti che via via si pongono, *cf.* A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda, cit.*, 303.

³⁴⁵ Si veda in particolare il § 3. Nello stesso senso, M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale, cit.*, 203, il quale però ritiene che i margini di applicazione analogica della disciplina della cessione d'azienda nell'ambito della scissione siano molto ristretti.

³⁴⁶ Si ricorda poi che l'applicazione analogica della disciplina della cessione d'azienda viene invocata in ogni qualvolta sia attuato un negozio di alienazione dell'azienda a prescindere dalla causa del negozio stesso, *cf.* A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda, cit.*, 303 (vedi anche *supra* Sezione I, §4).

³⁴⁷ Si noti inoltre che la cessione d'azienda, inoltre, non determina il sorgere di alcun rapporto societario, *cf.* R. PEROTTA – L. BERTOLI, *Le operazioni straordinarie, cit.*, 693-694.

³⁴⁸ Parallelamente, nel conferimento di azienda, altra operazione straordinaria simile alla scissione e alla cessione di azienda, a fronte del conferimento la scissa riceve la partecipazione societaria della conferitaria.

Tuttavia, ritenere la disciplina della cessione d'azienda applicabile per analogia anche alle fattispecie di scissione, non comporta che essa si applichi *integralmente*, ma potrà solo integrare quanto già stabilito in merito alla scissione³⁴⁹. Ai fini di quest'analisi, ci si soffermerà sulla possibilità di applicare in via analogica o diretta l'art. 2558 cod. civ.³⁵⁰, di cui si richiamano gli elementi fondamentali: a) l'irrelevanza dell'accordo delle parti nel contratto di cessione d'azienda in relazione al trasferimento dei contratti stipulati dal cedente "*per l'esercizio dell'azienda*", b) l'irrelevanza del consenso del terzo contraente ai fini della cessione, c) la possibilità di quest'ultimo di sciogliersi dal rapporto contrattuale qualora sussista una *giusta causa*, fatta salva la responsabilità del cedente e infine d) la necessità del consenso in caso di rapporti contrattuali aventi un carattere personale.

Così identificati gli elementi della disciplina della cessione d'azienda, il loro ambito di applicazione è in realtà limitato. Infatti, si è già visto come la scissione non richiede il consenso dei terzi contraenti "*assegnati*" per avere effetto verso quest'ultimi salvo che nel caso dei rapporti non trasmissibili³⁵¹.

Con riferimento a quanto previsto *sub a)*, nel caso di un progetto di scissione che non assegni espressamente il rapporto contrattuale ma faccia riferimento ad un'azienda o a un suo ramo, l'art. 2558 cod. civ. potrebbe essere richiamato sulla base di due diverse considerazioni³⁵². Si è infatti sostenuto che,

³⁴⁹ A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, cit., 305, nello stesso senso, M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., 223.

³⁵⁰ Per un'analisi "*norma per norma*", cfr. A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, cit., 302 ss, M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla «circolazione» dell'azienda*, cit., 452 ss.. Ritiene, in generale, applicabile l'art. 2558 cod. civ., G. ANDREANI, *Trasformazioni, fusioni e scissioni*, cit., 397. Inoltre, si è in parte già affrontato il tema (*supra*).

³⁵¹ Sul punto, ritiene non coincidenti le categorie dei contratti "*non trasmissibili*" con i contratti "*aventi carattere personale*" A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, cit., 321 il quale ritiene che – di conseguenza – non si applicherebbe la regola *sub d)* essendo già limitato tale effetto alle sole ipotesi dei contratti "*intrasmissibili*".

³⁵² M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale*, cit., 224, il quale sembra ritenere accettabili entrambe le tesi che si illustreranno, pur ritenendo che ciò sia l'unica componente della disciplina

qualora il progetto di scissione assegni l'azienda ad una beneficiaria, i contratti inerenti alla stessa ne seguano la sorte anche quando non siano espressamente enunciati³⁵³ poiché il riferimento all'azienda (o a un suo ramo) consentirebbe di interpretare il progetto in modo da ritenere conforme alla volontà delle parti l'assegnazione dei rapporti contrattuali secondo i canoni stabiliti dall'art. 2558 cod. civ.³⁵⁴. Dall'altro lato, alcuni ritengono che il riferimento all'azienda contenuto in un progetto di scissione possa essere interpretato come riferito ai soli beni aziendali – e non anche ai rapporti contrattuali – sicché il subentro della beneficiaria nei rapporti contrattuali inerenti all'azienda potrebbe avvenire solo per mezzo di una sua applicazione diretta³⁵⁵.

Con riferimento a quanto previsto *sub c)*, il diritto di recesso del terzo contraente assegnato per “*giusta causa*” o “*gravi motivi*”, oltre che essere previsto dall'art. 2558 cod. civ., può trovare la propria fonte anche nei principi generali sopra descritti, sicché il riferimento a tale norma sarebbe superfluo. Tuttavia, con riferimento alla responsabilità del cedente in tale circostanza, l'obbligazione risarcitoria che ne deriva rientrerebbe tra i debiti della scissa di cui non sia possibile desumere la destinazione e andrebbe allocata secondo i criteri stabili dell'art. 2506-bis, terzo comma, cod. civ.³⁵⁶. Quanto al termine entro cui

della cessione d'azienda relativa alla circolazione dei rapporti contrattuali richiamabile in materia di scissione.

³⁵³ A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda, cit.*, 323.

³⁵⁴ G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 194. Nello stesso senso, M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale, cit.*, 224, il quale, tuttavia, ritiene che sia l'unica componente della disciplina della cessione d'azienda applicabile direttamente o indirettamente alle operazioni di scissione.

³⁵⁵ A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda, cit.*, 324. Nello stesso senso, C. BOLOGNESI, *sub art. 2506 cod. civ., cit.*, 1316. È chiaro che quest'ultima interpretazione non sarebbe sostenibile dai fautori della tesi modificativa.

³⁵⁶ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, cit.*, 272. *CONTRA*, M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale, cit.*, A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda, cit.*, 322, i quali escludono il sorgere del diritto di recesso per applicazione analogica dell'art. 2558 cod. civ. anche sulla base dell'incertezza che ne deriverebbe in ordine all'assegnazione della “*responsabilità*” fatta salva dalla norma in particolare in caso di scissione totale (*supra*, Primo Capitolo, Sezione I, §4).

esercitare il recesso, si ritiene esso dovrebbe decorrere dalla data in cui il progetto di scissione è iscritto al registro delle imprese, pur dovendosi coordinare tale evento con le varie fasi del procedimento di scissione³⁵⁷.

³⁵⁷ G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla «circolazione» dell'azienda, cit.*, 475

TERZO CAPITOLO

LA FUSIONE E L'OBBLIGO DI RINEGOZIARE IN BUONA FEDE I RAPPORTI CONTRATTUALI COLPITI

SOMMARIO.	1.	Introduzione.	-	SEZIONE I
		L'OBBLIGO DI RINEGOZIARE IN BUONA FEDE I RAPPORTI CONTRATTUALI.	-	2. Il tema delle sopravvenienze.
		3. L'obbligo legale di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale.	-	3.1. L'obbligo di rinegoziare nel nostro ordinamento.
		3.1.1. Il dovere di correttezza e buona fede alla luce del dovere costituzionale di solidarietà.	-	3.1.2. L'obbligo di rinegoziare nel diritto positivo.
		3.2. L'obbligo di rinegoziare nelle esperienze internazionali e comparate.	-	3.2.1. Le fonti internazionali e comunitarie.
		3.2.2. Le riforme del diritto contrattuale in altri ordinamenti	4. Le conseguenze del mancato accordo a seguito della rinegoziazione.	-
		SEZIONE II		
		L'OBBLIGO DI RINEGOZIARE IN BUONA FEDE I RAPPORTI CONTRATTUALI E LE OPERAZIONI DI FUSIONE.	-	4. L'obbligo di rinegoziare in buona fede alla luce delle caratteristiche dei rapporti contrattuali conclusi dalle società.
		4.1. I contratti commerciali nel quadro dei rapporti tra diritto civile e diritto commerciale.	-	4.2. I contratti commerciali di lunga durata.
		5. L'obbligo di rinegoziare in buona fede nei rapporti contrattuali strumentali all'attività d'impresa.	-	6. La fusione come evento determinante per il sorgere dell'obbligo di rinegoziare

1. Introduzione

Tra le conseguenze della pandemia vi è anche quella di aver riproposto il tema “*mai interamente sopito nel dibattito civilistico*” dell'obbligo di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali colpiti dalle sopravvenienze³⁵⁸. Andando ad anticipare quanto si dirà, prima dell'emergenza sanitaria, le riflessioni intorno al sistema dei rimedi previsti dal nostro ordinamento per le sopravvenienze contrattuali era stata alimentata in particolare dalla comparsa dell'obbligo di rinegoziare nelle raccolte di *soft law* relative ai rapporti contrattuali, dai tentativi

³⁵⁸ A.F. FONDRIESCHI, *Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 29. Nello stesso senso, sul ruolo di “*acceleratore*” della pandemia con riferimento al dibattito intorno alla regolamentazione delle sopravvenienze, *cfr.* A.M. BENEDETTI – R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, M. MAGGIOLIO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021 907.

di armonizzazione del diritto contrattuale in ambito comunitario e da una serie di riforme dei codici civili di altri ordinamenti che hanno lasciato sempre maggior spazio ai rimedi manutentivi del contratto, quali l'obbligo di rinegoziare e l'adeguamento. Seguendo questa tendenza, anche il Legislatore italiano ha cercato di dare un maggiore spazio all'obbligo di rinegoziare in buona fede, previsto sia nel disegno di legge delega per la revisione del codice civile depositato nel marzo del 2019 dal Governo italiano (in realtà arenato) sia nella normativa emergenziale.

La conclusione del presente lavoro di ricerca si vuole inserire proprio nel filo delle riflessioni sui rimedi manutentivi, in particolare sui presupposti e le caratteristiche dell'obbligo di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali nel quadro della sua valorizzazione nell'ambito dei rapporti giuridici di durata funzionali allo svolgimento dell'attività d'impresa da parte delle società.

Nei capitoli che precedono abbiamo evidenziato come nel sistema delle tutele previste per i terzi in occasione delle operazioni di fusione manchino delle previsioni che spingano le parti a rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali, i cui equilibri siano stravolti dall'operazione, al fine di consentire una loro regolare prosecuzione compatibile con le nuove circostanze fattuali. Le riflessioni fatte sui vantaggi dei rimedi manutentivi nell'ambito del diritto civile, una volta calate nel contesto dei rapporti contrattuali strumentali all'attività d'impresa conclusi dalle società, possono aiutare a riflettere proprio sull'affermazione – anche in un'ottica *de iure condendo* – di un obbligo di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali “colpiti” dall'operazione di fusione (o da altre operazioni straordinarie). Lo scopo non è quello di soppiantare completamente i rimedi già previsti, ma di evidenziare la presenza di incentivi alle parti a rinegoziare il rapporto contrattuale al fine di consentire la sua prosecuzione nel nuovo contesto, preservando il valore prodotto e garantendo maggiore continuità alla loro attività imprenditoriale.

A tale scopo, quest'ultimo capitolo è diviso in due sezioni. Nella prima si definiscono i contorni dell'obbligo di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali (*SEZIONE I*); nella seconda, si cerca di evidenziare le peculiari

caratteristiche che esso assume una volta inserito nel contesto dei rapporti imprenditoriali, focalizzando l'attenzione sulla sua possibile applicazione alle operazioni di fusione (*SEZIONE II*).

SEZIONE I L'OBBLIGO DI RINEGOZIARE IN BUONA FEDE I RAPPORTI CONTRATTUALI

Nel corso delle discussioni circa il contenuto che avrebbe dovuto avere il Codice civile del 1942, vi fu chi propose di regolare gli effetti delle sopravvenienze non disciplinate espressamente dal contratto³⁵⁹, ma la proposta venne (almeno in parte) disattesa. Nel caso di sopravvenienze intollerabili, il Legislatore ha previsto rimedi (quasi) solo demolitori, ma col tempo si sono affermate opinioni – fino alla pandemia soprattutto dottrinali – che sostenevano la possibilità di ricavare l'esistenza di un obbligo di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali colpiti da sopravvenienze “*nelle pieghe del sistema*”³⁶⁰.

2. Il tema delle sopravvenienze.

Le sopravvenienze contrattuali possono essere definite come circostanze che, intervenendo in un momento successivo alla conclusione del contratto,

³⁵⁹ In particolare, si vedano le riflessioni di G. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss. il quale a conclusione della sua analisi suggerisce una disciplina della sopravvenienze dove sia rimessa al giudice la decisione tra l'adeguamento e lo scioglimento del contratto, ove la “*rescissione debba considerarsi come un rimedio estremo (...) tenendo naturalmente conto di quella che sia la volontà in proposito manifestata dalle parti, delle loro particolari condizioni contrattuali ed extracontrattuali, nonché della incidenza che la soluzione adottata potrà esercitare sugli interessi collettivi, specie per quei contratti di più vasta portata che siano più o meno direttamente connessi con le esigenze della pubblica economia*”. L'A. nel suo contributo fa un ampio riferimento agli studi sulla clausola “*rebus sic stantibus*” di G. OSTI, *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 1 ss., G. OSTI, *Appunti per una teoria della 'sopravvenienza'*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471 ss, (ora pubblicati anche in G. OSTI, *Scritti Giuridici*, Milano, 1973, 171 ss).

³⁶⁰ L'espressione è di F.M. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 4.

causano uno squilibrio economico tra le prestazioni sinallagmatiche in esso dedotte³⁶¹.

Il nostro Codice civile disciplina la rilevanza delle sopravvenienze con delle previsioni che, all'epoca della sua adozione, erano ritenute innovative³⁶², prevedendo, in circostanze eccezionali il diritto della parte colpita negativamente dalla sopravvenienza di chiedere la risoluzione del rapporto contrattuale. Come si legge nella Relazione al Codice civile, la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467 ss. cod. civ.) introduce in modo espresso il principio "dell'implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola rebus sic stantibus"³⁶³, secondo cui le parti sono vincolate alle condizioni stabilite nel contratto salvo quando l'eventuale successivo squilibrio delle prestazioni, cagionato da circostanze straordinarie ed imprevedibili, superi la normale alea del contratto. La conseguente richiesta di risoluzione sopra menzionata può essere neutralizzata dalla controparte che si offra di riportare le prestazioni dedotte nel contratto "ad equità" (art. 1467 cod. civ.). L'impostazione che vede il rimedio manutentivo come "secondario" è stata criticata da chi suggerisce l'opportunità di una sua modifica in favore dei rimedi manutentivi che meriterebbero "dignità di regola generale", anziché di eccezione, soprattutto nel caso dei contratti di durata³⁶⁴.

Focalizzandoci per il momento sul tema delle sopravvenienze, la scelta di limitare l'efficacia dei rimedi previsti ai soli eventi straordinari ed imprevedibili (cd. *sopravvenienze tipiche*) viene giustificata con lo scopo di escludere "il pericolo di

³⁶¹ In tal senso, A. CINQUE, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e Impr.*, 2020, 1692.

³⁶² A. PISANI TEDESCO, *La rinegoziazione del contratto in crisi, tra principi interni e lex mercatoria*, in *Riv. Comm. Int.*, 2021, 302-303.

³⁶³ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, §665.

³⁶⁴ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1995, 245.

excess”³⁶⁵. In effetti, non prevedere alcuna “soglia di irrilevanza” per le sopravvenienze avrebbe l’effetto “*perverso*” di rendere i rapporti eccessivamente instabili rendendo difficile per le parti programmare la propria attività³⁶⁶. Ciò detto, sebbene sia stato sottolineato come la selezione delle sopravvenienze rilevanti ai fini della disciplina dell’eccessiva onerosità sopravvenuta sia frutto di una precisa scelta del Legislatore³⁶⁷, la tesi sulla rilevanza delle sole sopravvenienze “straordinarie” e “imprevedibili” è stata col tempo erosa sotto due punti di vista.

Da un lato, in applicazione dei principi di correttezza e buona fede, si è osservato che la sopravvenienza di eventi *prevedibili* ma idonei ad alterare l’equilibrio contrattuale può essere sufficiente per chiedere lo scioglimento del rapporto contrattuale³⁶⁸. Secondo questa lettura, è rilevante anche “*sopraggiungere di esigenze nuove e/o di nuovi criteri di opportunità che incidono sulla prestazione di una delle parti rendendola eccessivamente gravosa. Sicché, a fronte di una valutazione complessiva dell’economia del negozio la pretesa del creditore (avvantaggiato dall’evento sopravvenuto) potrebbe palesarsi come contraria alla buona fede in executivis ed essere giudicata come inesigibile, comportando, per conseguenza, la revisione o lo scioglimento del vincolo*”³⁶⁹. Tra

³⁶⁵ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, §665.

³⁶⁶ G. SICCHIERO, *Recenti interventi e proposte in tema di rinegoziazione*, in *Giur. it.*, 2023, 210. Inoltre, sarebbe stato altrettanto problematico tentare di prevedere una disciplina puntuale di ogni possibile sopravvenienza: oltre ad essere una soluzione eccessivamente paternalistica, rischierebbe di compromettere in modo eccessivo l’autonomia contrattuale delle parti.

³⁶⁷ In tal senso, *cfr.* A. D’ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, XIII, IV, Torino, 2004, 149. Nello stesso senso, *cfr.* V. M. CESARO, *Le sopravvenienze e la revisione concordata dell’assetto degli interessi*, in *Il Contratto*, a cura di A. FEDERICO – G. PERLINGIERI, 2017, Napoli, 172. L’obbligo di rinegoziazione – quindi – non poteva che esistere solo in relazione al potere della parte contro cui veniva invocata l’impossibilità di adempiere di offrirsi di ricondurre il contratto ad equità.

³⁶⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*^{XIX}, Napoli, 2019.

³⁶⁹ A. PISANI TEDESCO, *La rinegoziazione del contratto in crisi, tra principi interni e lex mercatoria*, in *Riv. Comm. Int.*, 2021, 2, 306. Nello stesso senso, M. BESSONE, *Obbligo di*

gli esempi che possono essere fatti, vi sono il mutamento del gusto della moda³⁷⁰, lo sviluppo di nuove tecnologie o la costruzione di una nuova strada³⁷¹.

Dall'altro lato, si è osservato che le sopravvenienze non rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1467 – cd. sopravvenienze *atipiche* – possono comunque determinare un eccessivo aumento dei costi d'esecuzione del rapporto contrattuale oppure renderlo anacronistico in ragione della vetustà delle soluzioni tecniche accolte nell'accordo. In tale caso esse potrebbero essere ritenute giuridicamente rilevanti al fine del sorgere dell'un obbligo di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale colpito³⁷².

3. *L'obbligo legale di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale*

Come si accennava all'inizio di questo capitolo, la pandemia da Covid-19 ha aperto (o ri-aperto) il tema della disciplina delle sopravvenienze contrattuali e, in particolare, l'opportunità di ripensare il nostro sistema al fine di dare maggiore spazio ai rimedi contrattuali manutentivi (per ora relegati a "*rango*" di eccezione

adempiere ed esigibilità della prestazione (in margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede) (nota a Cass., 6 marzo 1970, n. 582), in *Giur. it.*, 1972, 1251 ss.

³⁷⁰ Trib. Catania, 9 aprile 1968, in *Riv. dir. com.*, 1968, II, 157 ss, dove il Tribunale afferma il principio secondo cui il commerciante, vincolato a vendere la merce ad un determinato prezzo, può venderla ad un prezzo inferiore "*qualora, in dipendenza del tempo trascorso e delle mutate esigenze del gusto o della moda dei consumatori, dimostri di essere seriamente danneggiato dal vincolo assunto*".

³⁷¹ R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, in *Obbligazioni e contratti, II*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2002, 1709.

³⁷² Cfr. A. GALLARATI, *La resilienza del contratto*, Torino, 2020, 125. Tale orientamento è dovuto in particolare agli studi di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996 e P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano 1992. Sul punto della rilevanza delle sopravvenienze *atipiche* si vedano anche le riflessioni di M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 48-51. *Contra*, ritenendo che la scelta di disciplinare solo alcune sopravvenienze escluda la rilevanza giuridica delle restanti, cfr. A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, XIII, IV, Torino, 2004, 149. Nello stesso senso, cfr. V. M. CESARO, *Le sopravvenienze e la revisione concordata dell'assetto degli interessi*, in *Il Contratto*, a cura di A. FEDERICO – G. PERLINGIERI, 2017, Napoli, 172.

in circostanze eccezionali o in norme speciali)³⁷³. Ed infatti quest'ultimi hanno trovato spazio sia nella normativa emergenziale, dove sono presenti alcune

³⁷³ La pandemia ha dato luogo a diverse iniziative dottrinali sulle conseguenze giuridiche del Covid-19 impossibili da richiamare per intero. Senza pretese di completezza, si segnalano M. ZULIANI, *Le sopravvenienze da Covid-19 nella giurisprudenza di merito*, in *Danno e Resp.*, 2022, 43 ss, M. ROSSETTI, *Contratto e Covid*, in *Foro it.*, 2021, V, 74 ss., M. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 1 ss., A. SCARPA, *Gli spazi dell'equità nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Foro it.*, 2021, V, 88 ss, A.M. BENEDETTI – R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, V. Di CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 689 ss, M. RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea 'grezza'*, in *dirittobancario.it*, G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm., suppl.*, 2020, 57 ss, A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, disponibile on-line in *Giustiziacivile.com.*, C. DI BITONTO, *I Contratti commerciali resilienti nell'Era Covid-19: tra codice civile e clausole di gestione delle sopravvenienze*, in *Contr.*, 2020, 361 ss., G.A.M. TRIMARCHI, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle "clausole generali"*, in *Contr.*, 2020, 433 ss., E. DEL PRATO, *CoVid-19, Act of God, Force majeure, "Hardship Clauses", performance and Nonperformance*, in *Nuova giur. civ. comm., suppl.*, 2020, 64 ss., F. MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. civ. comm., suppl.*, 2020, 80 ss, F. MACARIO, *Soprapvenienze e rimedi al tempo del "Coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contr.*, 2020, 129 ss.

norme in tal senso (*infra*) sia nella giurisprudenza³⁷⁴, fino ad allora rimasta quasi estranea al tema³⁷⁵.

L'analisi che segue si concentra sull'obbligo *legale* di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali colpiti da sopravvenienze in assenza di clausole di rinegoziazione (cd. *hardship*) diffuse nei contratti commerciali³⁷⁶ (§3.1.) con un occhio alle esperienze straniere e sovranazionali (§3.2.).

3.1. L'obbligo di rinegoziare nel nostro ordinamento

Fino alla tentata riforma del Codice civile del 2019 (*infra*), il Legislatore italiano si è dimostrato restio a codificare un obbligo così complesso come quello

³⁷⁴ Si segnala, in particolare, la pubblicazione da parte della Corte di Cassazione della Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, "*Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*". L'oggetto principale delle pronunce in materia di Covid-19 e impatto sui rapporti contrattuali hanno riguardato soprattutto i contratti di locazione commerciale *cfr.* Trib. Roma (ord.), 27 agosto 2020, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1171 ss. con nota di T. PERILLO, *Pandemia e conservazione delle locazioni commerciali tra obbligo di rinegoziazione e interpretazione 'ragionevole' del contratto*, Trib. Lecce (ord.), 24 giugno 2021, in *Contr.*, 2022, 51 ss. con nota di F. TOSCHI VESPASIANI e D. MATERASSI, *Rinegoziazione del contratto di locazione commerciale a causa del Covid-19: è applicazione del principio di buona fede*, Trib. Milano, 21 ottobre 2020, in *Contr.*, 2021, 161 ss con nota di M. MANELLI, *Sopraavvenienze e Covid-19: prime applicazioni giurisprudenziali della rinegoziazione secondo la relazione tematica della Cassazione n. 56/2020*. Con riferimento ad un contratto di vendita, *cfr.* Trib. Treviso (ord.) 21 dicembre 2020, in *Giur. it.*, 2021, 3, 589 ss con nota di G. SICCHIERO, *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.*

³⁷⁵ Con l'eccezione di isolate pronunce: Trib. Bari (ord) 14 giugno 2011, in *Contr.*, 2012, 571 ss con nota di F. P. PATTI, e Trib. Bari, 31 luglio 2012 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 117 ss con nota di F. P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*.

³⁷⁶ Tra i contributi dedicati a questo tipo di clausole e le loro possibili problematiche, *cfr.* M. LAMANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza nelle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, 189 ss. E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contr. e Impr.*, 2018, 843 ss, E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801 ss, S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, 179 ss., M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2041 ss.

di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali³⁷⁷. Tuttavia, autorevole dottrina ha ritenuto che il rimedio sia già disponibile, ravvisando la sua fonte nell'applicazione dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti contrattuali (§3.1.1), di cui diverse norme dell'ordinamento sarebbero espressione (§3.1.2).

3.1.1. Il dovere di correttezza e buona fede alla luce del dovere costituzionale di solidarietà.

Come anticipato, alcuni autori fondano l'obbligo di rinegoziare in buona fede principalmente sui doveri di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, così come letto alla luce dei doveri di solidarietà economica e sociale imposti dall'art. 2 Cost³⁷⁸.

Come premessa, occorre svolgere alcune considerazioni sui principi di correttezza e buona fede in generale. Quest'ultimi sono concetti sostanzialmente equivalenti³⁷⁹, codificati dal Legislatore come clausole generali da applicarsi alla negoziazione, interpretazione ed esecuzione dei negozi giuridici. Esse rilevano sotto un duplice aspetto: quale criterio di valutazione della condotta delle parti contrattuali e, nonostante alcune opinioni contrarie, quale fonte di integrazione (e

³⁷⁷ G. SICCHIERO, *Recenti interventi e proposte in tema di rinegoziazione*, in *Giur. It.*, 1, 2023, 209.

³⁷⁸ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, 2011, 1046. Nello stesso senso, cfr. C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, 248. In giurisprudenza, sul rapporto tra buona fede e art. 2 Cost., *inter alia*, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775. Cass., 19 marzo 2015, n. 5481, Cass., 6 maggio 2020, n. 8494, Trib. Roma, 3 giugno 2022, n. 8843 in *DeJure*, Trib. Torino, 29 ottobre 2021, n. 4774 in *DeJure*, Trib. Roma 20 maggio 2020, n. 7424 in *DeJure*, App. Torino, 29 ottobre 2020, n. 1065 in *Dejure*.

³⁷⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile, IV, Obbligazione*, Milano, 1990, 86. Nello stesso senso, si veda anche B. TROISI, *Le obbligazioni: corso di diritto civile*, Torino, 2012, 11, G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 2 ss. Sulla differenza tra buona fede soggettiva ed oggettiva, cfr. V. CARBONE, sub *art. 1175 cod. civ.*, in *Delle obbligazioni*, a cura di V. CUFFARO, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2012, 90.

di interpretazione) del rapporto contrattuale ex art. 1374 e 1375 cod. civ.³⁸⁰. Quanto a quest'ultimo aspetto, occorre rilevare che "a differenza di altre regole la buona fede non impone tuttavia un comportamento a contenuto prestabilito. Essa è piuttosto una clausola generale che richiede comportamenti diversi, positivi od omissivi, in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto"³⁸¹. Inoltre, la sua applicazione deve comunque tener conto del principio secondo cui ciascun contraente è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro nei limiti in cui ciò non comporti un suo apprezzabile sacrificio³⁸². In altre parole, la buona fede consente di "mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione"³⁸³ fungendo (anche) da criterio guida per il comportamento delle parti (e la sua eventuale valutazione in sede di giudizio)³⁸⁴ qualora si verifichi una situazione imprevista nel momento in cui esse avevano negoziato e concluso il contratto. Il dovere di buona fede non vincola le parti solo a adempiere ai propri obblighi contrattuali secondo il tenore letterale dell'accordo, ma anche ad evitare comportamenti che ledano l'altro contraente, causando sorprese inaspettate, minando l'operazione economica o sfuggendo agli impegni presi³⁸⁵. Trattandosi di una clausola generale³⁸⁶, tuttavia, gli obblighi specifici sono difficilmente

³⁸⁰ In tal senso, A. DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1994, 299 ss. In giurisprudenza, nello stesso senso, cfr. Cass., 7 novembre 2016, n. 22574. Tra i primi a ritenere la buona fede una fonte di integrazione del rapporto contrattuale, cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

³⁸¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*^l, Milano, 2000, 501-502.

³⁸² Cfr. in particolare, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775

³⁸³ Cass., 18 settembre 2009, n. 2106

³⁸⁴ F. MACARIO, *sub art. 1375 cod. civ.*, in *Dei contratti in generale* a cura di E. NAVARRETTA – A. ORESTANO, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2014, 723.

³⁸⁵ F. BENATTI, *La funzione delle clausole generali nel diritto privato*, in *Banca Borsa*, 2021, 397.

³⁸⁶ Sul più ampio tema delle clausole generali dell'ordinamento nel diritto civile e commerciale, si veda, *inter alia*, L. NIVARRA, 'Dentro' e 'fuori'. *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Europa e dir. priv.*, 2022, 59 ss., S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir.civ.*, 2013, 264 ss., M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*,

determinabili *ex ante*, ma possono essere desunti dalle circostanze di volta in volta presenti³⁸⁷.

Dai doveri di correttezza e buona fede, così configurati, e in applicazione degli articoli 1374 e 1375 del Codice civile, deriva l'obbligo di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale nel caso in cui un sopravvenuto mutamento delle circostanze determini una alterazione dei suoi equilibri contrattuali, allo scopo di riequilibrare il rapporto e realizzare l'obiettivo contrattuale pattuito *ex ante*³⁸⁸. Si è infatti evidenziato che in caso di sopravvenienze *atipiche*³⁸⁹ vi è l'esigenza di rinvenire uno strumento idoneo per la loro gestione in presenza di considerazioni che portino "*a considerare maggiormente 'conveniente' (o, se si preferisce, efficiente) la prosecuzione del rapporto contrattuale, piuttosto che la sua risoluzione (...)*". Tale ragionamento, inoltre, trova un suo fondamento logico soprattutto nel caso di un "*rapporto perdurante nel tempo per la realizzazione di*

2018, 2, 1 ss., F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, 1 ss.

³⁸⁷ F. MACARIO, *sub art. 1375 cod. civ., cit.*, 723. Per esempio, è stata ravvisata la violazione dell'obbligo di buona fede nella scelta di esercitare il recesso *ad nutum* contrattualmente previsto con modalità tali da cagionare un danno all'altro contraente (cd. caso *Renault*, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 345 ss. con nota critica di A. GENTILI, *Abuso del diritto ed uso dell'argomentazione*), nella scelta di bloccare un prezzo di produzione in maniera tale da impedire l'adeguamento del canone correlato (cd. caso *Fiuggi*, Cass. 20 aprile 1994, n. 3775), nel rifiuto sistematico e ingiustificato del preponente di concludere i contratti promossi dall'agente (Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078), nell'obbligo del lavoratore ammalato di restare a casa al fine di avere una veloce ripresa e poter riprendere l'attività lavorativa (Cass. 19 dicembre 2006, n. 27104), nell'obbligo di prestare il proprio consenso a rettificare un atto pubblico di vendita di un immobile contenente un errore relativo ai dati catastali (Cass. 5 gennaio 1966, n. 89).

³⁸⁸ F. MACARIO, *sub art. 1375 cod. civ., cit.*, 751, il quale sottolinea che "*l'eventuale intervento giudiziale, di carattere correttivo del regolamento contrattuale in termini funzionali alla prosecuzione del rapporto, avrebbe così il carattere di ultima ratio, a fronte dell'incapacità delle parti di raggiungere tale accordo, a causa della condotta ostruzionistica e dunque contraria a buona fede di una di esse*".

³⁸⁹ Per la verità, lo stesso ragionamento potrebbe essere applicato anche al caso delle sopravvenienze *tipiche*, dove però l'obbligo di rinegoziare è in parte rinvenibile anche nel meccanismo previsto dall'art. 1467, terzo comma, cod. civ.

un dato risultato (non altrimenti conseguibile, se non mediante la strutturazione contrattuale complessa e così per sua natura, aperta alle tecniche di adeguamento), muovendo dal convincimento secondo il quale l'esistenza di un rapporto contrattuale destinato a durare nel tempo potrebbe implicare un obbligo reciproco dei contraenti di trattare le condizioni della modificazione del contratto, indipendentemente dalla ricorrenza di tutti i requisiti della fattispecie di cui all'art. 1467 c.c." in tale quadro, il rifiuto di negoziare "ex art. 1375 c.c., si colorerà negativamente, quale comportamento opportunistico e quindi non tutelato dall'ordinamento"³⁹⁰.

In altre parole, l'obbligo di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale tutela non tanto il mero interesse ad un adempimento *pedissequo* delle obbligazioni contrattuali, bensì quello a conservare in vita il contratto – o quantomeno tentare di conservarlo – realizzando *"il risultato avuto di mira dai contraenti in presenza di eventi (sopravvenienze) incidenti sull'equilibrio originario"*³⁹¹. D'altro canto, il comportamento della parte che si ostini a pretendere l'adempimento di un'obbligazione alle condizioni originariamente pattuite nel rapporto contrattuale nonostante queste siano divenute oggettivamente inique³⁹² (o, in ogni caso, squilibrate), non può che ritenersi come opportunistico ed incompatibile con il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto. Inoltre, *"l'imposizione dell'adempimento incondizionato, a fronte di una situazione economicamente incongrua rispetto alle pattuizioni originarie, può*

³⁹⁰ F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. Civ.*, 2014, 850 ss. Nello stesso senso, A. GALLARATI, *La resilienza del contratto*, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 312.

³⁹¹ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Milano, 2006, 1900. Nello stesso senso, *inter alia*, cfr. L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, cit., 188, R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. SACCO, II, TORINO, 2004, 722, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, 2001, 1037, M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1998, 619, G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contr.*, 2001, 723.

³⁹² L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, cit., 188.

*avere l'effetto di impedire definitivamente la realizzazione di un investimento nel suo complesso e quindi, in ultima analisi, risolversi in un danno per più parti, le quali hanno contrattato, avendo di mira il buon fine dell'operazione economica e non soltanto il proprio utile*³⁹³. È bene sottolineare come l'obbligo di rinegoziare in buona fede, così costruito, non entra in aperto contrasto con l'iniziale autonomia negoziale delle parti quando queste non lo abbiano espressamente "ciò perché, nella sostanza, l'obbligo di rinegoziazione, assecondando l'esigenza propria dei contratti di lungo periodo, consente la realizzazione e non l'alterazione della volontà delle parti"³⁹⁴.

3.1.2. L'obbligo di rinegoziare nel diritto positivo.

Non mancano, tuttavia, norme che prevedono tale obbligo in relazione a particolari fattispecie che autorizzano o impongono ai contraenti a rinegoziare il contratto, sebbene a volte il termine sia usato come equivalente del suo riadeguamento.

Oltre al meccanismo previsto dal terzo comma dell'art. 1467 cod. civ., ulteriori indici di un principio generale favorevole all'obbligo di rinegoziare i rapporti contrattuali, in particolare quando di lunga durata e strumentali all'attività imprenditoriale, si può trovare anche in alcune norme relative a contratti speciali. Per fare alcuni esempi: l'art. 41-*bis* del D.L. n. 124/2019, in relazione al diritto alla rinegoziazione dei mutui bancari; l'art. 1623 cod. civ., in materia di affitto d'azienda, che stabilisce che se in conseguenza di una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità, il rapporto contrattuale risulti *notevolmente modificato* i contraenti possono scegliere tra lo scioglimento del rapporto contrattuale e un suo adeguamento; o ancora, in materia d'appalto, l'art. 1664 cod. civ., contempla un obbligo di "revisione del prezzo" nel caso in cui per seguire l'opera correttamente sia necessario apportare variazione al progetto

³⁹³ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, in *Biblioteca di diritto privato coordinata da P. Rescigno*, Napoli, 1996, 324-325.

³⁹⁴ P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, 552.

prevedendo, in caso di mancato accordo, l'intervento del giudice per determinare "le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo".; sempre in materia d'appalto, l'art. 1660 cod. civ..

Tra gli indici normativi, occorre fare riferimento sia alla (per ora arenata) proposta di riforma del Codice civile sia alle disposizioni adottate nel corso dell'emergenza pandemica. Quanto alla prima, Il disegno di legge delega approvato il 5 dicembre 2019 dal Consiglio dei Ministri³⁹⁵ prevede di rivedere o integrare il codice civile con delle previsioni che rispettino, includendo tra i vari criteri direttivi, "prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti". (ddl. Senato n. 1151/2019, art. 1, comma 1, lett. i) ³⁹⁶. Nonostante l'assenza di un espresso riferimento ai contratti di lungo periodo – maggiormente esposti alle sopravvenienze (*infra*) – è chiara la volontà di "valorizzare il fattore tempo in ambito contrattuale" oltre ad essere un'impostazione coerente con le esigenze di un'attività imprenditoriale³⁹⁷. Quanto alle seconde, si segnalano l'art. 6-novies del D.L. 22 marzo 2021, n. 41 (modificato dall'art. 4-bis del D.L. 25

³⁹⁵ Per un commento al progetto di riforma, cfr. F. MACARIO, *Coesistenza e complementarità tra fattispecie tipizzata dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali: l'esempio della proposta di riforma della disciplina in tema di sopravvenienze*, in *Quest. Giust.*, 2020, 87 ss., ID., *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, 102 ss.

³⁹⁶ È stato osservato che così disciplinata, la norma sarebbe incompleta – anche rispetto alle esperienze straniere ed internazionali (*infra*) – poiché non prevede la possibilità, per la parte colpita dalla sopravvenienza, di chiedere lo scioglimento del rapporto contrattuale qualora il contratto non sia economicamente sostenibile anche con l'intervento di una negoziazione in buona fede, S. MONTI, *Il Covid-19 e il revival dell'obbligo di rinegoziazione*, in *Danno e resp.*, 2020, 594.

³⁹⁷ E. FREGONARA, *Impresa, contratti di durata, sopravvenienze e assetti adeguati: opportuno o necessario l'intervento dell'autonomia privata?*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2022, 5, 772.

maggio 2021) in materia di locazione, in forza del quale nel caso in cui il locatario non abbia avuto diritto ad accedere alle misure di sostegno economico adottate dallo Stato per affrontare l'emergenza pandemica o di altri strumenti di supporto di carattere economico-finanziario, locatario e locatore dovranno collaborare in buona fede per rideterminare temporaneamente il canone di locazione per un periodo di massimo cinque mesi nel corso del 2021. Nell'ambito della crisi d'impresa inoltre, l'art. 10, secondo comma, del D.L. 24 agosto 2021, n. 118 prevede che *“L'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da Sars-CoV-2”*. Se le parti non riescono ad accordarsi, l'imprenditore può chiedere al giudice di rideterminare equamente le condizioni del rapporto contrattuale, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile per assicurare la continuità aziendale. Il giudice, sentito l'esperto e tenuto conto dell'interesse della controparte, può intervenire sul contratto assicurando il ripristino dell'equilibrio eventualmente attraverso la corresponsione di un indennizzo. Quest'ultima disposizione, tolto il riferimento alla pandemia, è stata in parte inclusa anche nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, dove l'art. 17, quinto comma – relativo alla composizione negoziata della crisi – in cui si prevede che l'esperto possa invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, i contratti in corso divenuti eccessivamente onerosi o il cui equilibrio sia stato alterato da circostanze sopravvenute³⁹⁸.

3.2. *L'obbligo di rinegoziare nelle esperienze internazionali e comparate*

Nelle valutazioni relative all'obbligo di rinegoziare nel nostro ordinamento, è utile fare riferimento alle esperienze – cui si è fatto cenno – del diritto internazionale (§3.2.1.) e di altri ordinamenti di *civil law* (§3.2.2.) dove si assiste

³⁹⁸ Sulla rilevanza di questa norma si veda, in particolare, A. ZANARDO, *La rinegoziazione dei contratti di durata nelle crisi d'impresa*, in *Giur. it.*, 2023, 239 ss., N. ZORZI GALGANO, *La prima norma prevista dal legislatore emergenziale sulla rinegoziazione dei contratti per eccessiva onerosità*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2022, 442 ss.

alla tendenza di dare sempre maggiore spazio ai rimedi manutentivi, incluso l'obbligo di rinegoziare il rapporto contrattuale.

3.2.1. Le fonti internazionali e comunitarie.

Tra le esperienze in ambito comunitario, si segnala la Proposta di Regolamento per l'istituzione di un diritto comune europeo della vendita (nota come CESL)³⁹⁹. Con l'intento di proporre una soluzione moderna, la Proposta disciplinava i rimedi alle sopravvenienze, relegando la risoluzione al ruolo di *extrema ratio*, da applicarsi soltanto dopo una fase di rinegoziazione obbligatoria⁴⁰⁰. Infatti, solo in caso di fallimento di quest'ultima era previsto

³⁹⁹ COM(2011) 635, disponibile *on-line* <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:it:PDF>. La Proposta è stata successivamente ritirata, come si evince dal Programma di Lavoro della Commissione europea per il 2015 del 16 dicembre 2014. Dall'esperienza maturata nel corso dei lavori che portarono alla proposta di regolamento, però, sono derivate le due proposte di direttiva presentate il 9 dicembre 2015 volte a regolare l'una, alcuni aspetti dei contratti di vendita online e altre forme di vendita a distanza, dal cui testo si arrivò alla Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019 relativa alla tutela dei consumatori nei contratti di vendita; l'altra, alcuni aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, dal cui testo si arrivò alla Direttiva (Ue) 2019/770 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019, ancora una volta relativa alla tutela dei consumatori. Sul punto *cf.* M. GRANIERI, *Inadempimento e mutamento delle circostanze nei tentativi di codificazione del diritto privato europeo. Oltre il diritto comune europeo della vendita*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2017, 1, 46 s. In generale, tra i numerosi contributi che hanno seguito le prime iniziative sul diritto comune europeo della vendita, *cf.* T. BALLARINO, *Verso una disciplina europea della vendita*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 341 ss., C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e dir. privato*, 2012, 289 ss.

⁴⁰⁰ L'art. 89, par. 1, infatti prevedeva che, qualora la prestazione dedotta nel contratto fosse divenuta eccessivamente onerosa, le parti sarebbero state tenute ad avviare delle trattative al fine di modificare o risolvere il contratto. Il mutamento per essere rilevante al fine del sorgere dell'obbligo dove (i) avvenire dopo la conclusione del contratto, (ii) la parte che invochi il rimedio non aveva considerato né era ragionevolmente tenuta a considerare la possibilità o l'entità del mutamento, (iii) la parte lesa non ha assunto né era ragionevolmente tenuta ad assumere il rischio del mutamento delle circostanze (art. 89, par. 3).

l'intervento del giudice al fine di modificare il rapporto contrattuale o risolverlo, eventualmente imponendo delle condizioni⁴⁰¹.

Sempre con riferimento all'ordinamento comunitario, si segnalano anche i documenti di *soft law* sviluppati sempre nell'ottica di una maggior armonizzazione del diritto contrattuale tra gli Stati membri⁴⁰²: ad esempio, (i) il *Code européen des contrats* (CEC), ove si prevede che il giudice, al fine di fronteggiare uno squilibrio contrattuale introdotto da delle sopravvenienze, possa modificare o risolvere il rapporto contrattuale nel complesso o per quanto ineseguito (ordinando le eventuali restituzioni e condanne al risarcimento), (ii) i *Principles of European Contract Law* (PECL), frutto del lavoro della cd. Commissione Lando⁴⁰³, ove in caso di sopravvenienze, viene previsto un obbligo per le parti di avviare le trattative per un adattamento del rapporto contrattuale e, in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, il potere del giudice di scioglierlo o modificarlo, eventualmente condannando la parte che abbia agito in mala fede a risarcire il danno (art. 6:111), (iii) il *Draft Common Frame of Reference*, sempre derivato da un'iniziativa privata, dove viene valorizzata la necessità di conservare il contratto, a discapito dell'immodificabilità del regolamento negoziale, quando una prestazione divenga eccessivamente onerosa mediante l'attribuzione al giudice del potere di risolvere il contratto o di modificarlo dopo il fallimento delle

⁴⁰¹ La previsione della possibilità di ricorrere ad una risoluzione "condizionata" rispondeva al riconoscimento degli svantaggi insiti nell'effetto caducante della risoluzione, cfr. M. GRANIERI, *Inadempimento e mutamento delle circostanze nei tentativi di codificazione del diritto privato europeo. Oltre il diritto comune europeo della vendita*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2017, 1, 73.

⁴⁰² E. FREGONARA, *Impresa, contratti di durata, sopravvenienze e assetti adeguati: opportuno o necessario l'intervento dell'autonomia privata?*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2022, 5, 768

⁴⁰³ La *Commission on European Contract Law* non aveva, in realtà, alcun *status* ufficiale, ma era frutto dell'iniziativa privata del Professor danese Ole Lando ed era composta da accademici provenienti da Stati Membri dell'Unione europea. I *Principles* furono pubblicati nel 1995, dopo un lavoro di circa vent'anni.

trattative tra le parti (art. III-1.110 *Variation or termination by court on a change of circumstances*).

In ambito internazionale, si segnalano i Principi *Unidroit*⁴⁰⁴, dove gli artt. 6.2.1, 6.2.2. e 6.2.3. disciplinano l'obbligo di rinegoziazione del contratto in caso di *hardship*⁴⁰⁵, prevedendo che la parte svantaggiata, pur restando obbligata all'esecuzione del contratto, abbia diritto di chiedere la sua rinegoziazione. Nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo in tempi ragionevoli, ciascuna di esse ha diritto a rivolgersi al giudice al fine di ottenere la risoluzione del contratto o la sua modifica volta a ripristinarne l'originario equilibrio.

3.2.2. Le riforme del diritto contrattuale in altri ordinamenti

Nonostante il "*mito dell'elaborazione di principi per un'armonizzazione del diritto privato europeo sembra aver raggiunto una fase di eclissi*" e il "*sostanziale fallimento dei progetti di soft law*", si è assistito ad una tendenza legislativa in favore dei rimedi manutentivi in diversi ordinamenti⁴⁰⁶. Tra le esperienze più significative, al fine di valutare il punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco, si segnalano le riforme dei codici civili tedesco, francese ed argentino. Ciascuno di essi presenta degli aspetti d'interesse per il tema oggetto di indagine.

⁴⁰⁴ Disponibili *on-line* sul sito dell'organizzazione: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>

⁴⁰⁵ Art. 6.2.2. "*Ricorre l'ipotesi di hardship quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.*"

⁴⁰⁶ F. SCORDAMAGLIA, *Tecniche di gestione delle sopravvenienze: fra rinegoziazione, risarcimento ed impossibilità sopravvenuta di utilizzazione*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 28, 2022, 54. Nello stesso senso, S. GRUNDMANN – M-S. SCHÄFER, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 326.

Il Legislatore tedesco, tra i primi ad intervenire sul tema delle sopravvenienze, ha riformato il proprio diritto delle obbligazioni con la L. 26 novembre 2001 sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*)⁴⁰⁷. Con l'entrata in vigore di tale riforma è stata disciplinata la "alterazione del fondamento negoziale" (§313 BGB). La norma dispone che in presenza di una significativa alterazione delle circostanze poste a fondamento del contratto, qualora le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso a condizioni diverse se avessero previsto tale mutamento, esso può essere adattato nella misura in cui, tenuto conto di tutte le circostanze – in particolare della distribuzione del rischio convenzionale e legale – non sia possibile aspettarsi ragionevolmente il rispetto del contratto invariato.⁴⁰⁸ Se l'adeguamento non è possibile o non è ragionevole, il contraente leso può recedere dal rapporto contrattuale⁴⁰⁹. La riforma, quindi, relega lo scioglimento del contratto al ruolo di rimedio in *extrema ratio*, adottando un approccio favorevole alla manutenzione del rapporto contrattuale⁴¹⁰. Inoltre, nonostante la norma non faccia riferimento ad un espresso obbligo di rinegoziare in capo alle parti, secondo un orientamento minoritario ma convincente, poiché la norma non

⁴⁰⁷ Sulla riforma del diritto delle obbligazioni tedesco, in generale, AA.VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. Impr.*, 2006, 797 ss., E. FREGONARA, *Impresa, contratti di durata, sopravvenienze e assetti adeguati: opportuno o necessario l'intervento dell'autonomia privata?*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2022, 5, 768 ss.

⁴⁰⁸ D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. Impr.*, 2006, 821. A tale evenienza viene equiparata, al secondo comma, anche il caso in cui le rappresentazioni rilevanti per il contratto si rivelino false.

⁴⁰⁹ D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. Impr.*, 2006, 822. Nello stesso senso, cfr. F. SCORDAMAGLIA, *Tecniche di gestione delle sopravvenienze: fra rinegoziazione, risarcimento ed impossibilità sopravvenuta di utilizzazione*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 28, 2022, 56

⁴¹⁰ F. SCORDAMAGLIA, *Tecniche di gestione delle sopravvenienze: fra rinegoziazione, risarcimento ed impossibilità sopravvenuta di utilizzazione*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 28, 2022, 57

richiede espressamente l'intervento del giudice per adeguare il contratto, si deve ritenere che tale operazione possa avvenire solo all'esito di una rinegoziazione in buona fede tra le parti, imposta dai principi di correttezza e buona fede. Diversamente, se si ritenesse strettamente necessario l'intervento del giudice in questa fase di adeguamento, si andrebbe a compromettere in modo eccessivo l'autonomia privata oltre al fatto che non sarebbero chiari i limiti dell'intervento del giudice qualora il suo intervento richiedesse un'operazione fosse più complessa della mera rideterminazione di un *quantum monetario*⁴¹¹. Oltre alla disciplina generale appena vista, l'ordinamento tedesco prevede una norma *ad hoc* nel caso in cui i rapporti contrattuali subiscono un'alterazione del loro equilibrio a seguito di un'operazione di fusione. Il §21 del UmwG (*Umwandlungsgesetz*), infatti, sancisce che *“Se, in caso di fusione, i contratti reciproci che non sono stati interamente adempiuti da una delle parti al momento della fusione comportano l'accettazione, la consegna o obblighi simili tra loro incompatibili o il cui adempimento sarebbe estremamente ingiusto per l'entità giuridica acquirente, l'entità degli obblighi è determinata secondo equità, tenendo conto dei diritti contrattuali di tutte le parti coinvolte” (infra).*

Un'altra importante riforma in relazione all'obbligo di rinegoziare è stata realizzata in Francia. L'ordinamento francese, prima di tale intervento, era tra i più rigidi nel disciplinare le sopravvenienze contrattuali, contemplando l'esonero del debitore dalla responsabilità per inadempimento e dall'obbligo di risarcimento

⁴¹¹ F. SCORDAMAGLIA, *Tecniche di gestione delle sopravvenienze: fra rinegoziazione, risarcimento ed impossibilità sopravvenuta di utilizzazione*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 28, 2022, 56, di cui i riferimenti della dottrina tedesca sul tema.

danni solo in caso di *force majeure*⁴¹². La riforma del 2016⁴¹³ modificando l'art. 1995 *code civil* accolse la cd. la teoria dell'*imprévision* nella normativa relativa ai contratti⁴¹⁴. Quest'ultima pone l'accento non tanto sulla sopravvenuta impossibilità materiale di eseguire la prestazione, ma sulla non conformità della stessa a quanto statuito dal contratto⁴¹⁵. Le difficoltà incontrate da alcune imprese incaricate di svolgere lavori pubblici e dai fornitori nel tenere fede agli impegni assunti a causa di aumenti delle materie prime e dei salari, avevano indotto la dottrina a "suggerire ai giudici di risolvere o riequilibrare i contratti" facendo leva

⁴¹² V. BARELA, *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, 407. Il tema venne reso particolarmente celebre dal caso *Canal de Craponne*: la *Cour de Cassation* con un sentenza resa il 6 marzo 1876 (disponibile *on-line su Legifrance*) rigettò la richiesta di un adeguamento del prezzo di una fornitura d'acqua per l'irrigazione dei campi stabilito circa 300 anni prima e divenuto del tutto sproporzionato, affermando il principio secondo cui i giudici non potevano prendere in considerazione circostanze successive alla conclusione del contratto per modificarne i termini o sostituire clausole che le parti avevano liberamente contrattato. Sul punto si veda anche, H. KÖTZ – S. PATTI, *Diritto Europeo dei contratti*¹, Milano, 2015, 454-455.

⁴¹³ *Ordonnance n. 2016-131*, entrata in vigore il 1° ottobre 2016,.

⁴¹⁴ Su tale riforma, non sempre vista con favore, si veda, tra i vari, G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese nel diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 695 ss., L. COPPO, *Osservatorio sul diritto europeo. Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e Impr. Eur.*, 2016, 311 ss., F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro It.*, 2020, V, 102 ss., V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *NGCC*, 2018, 392 ss., E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e Mercato*, 2018, 1, 130 ss., E. CARBONE, *Una novella per l'art. 1467 cod. civ. (appunti dal modello rimediabile francese)*, in *NGCC*, 2, 2021, 460 ss.

⁴¹⁵ V. BARELA, *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, 410

sull'obbligo delle parti di eseguire il contratto secondo buona fede, al fine di alleggerire l'eccessivo carico dei debitori⁴¹⁶.

Tale approccio viene rispecchiato, almeno in parte, nel meccanismo dall'art. 1195 *code civil* finalizzato ad un adeguamento del rapporto contrattuale in caso di sopravvenienza da svolgersi per tappe. Qualora si verifichi un evento imprevedibile che incida sull'equilibrio contrattuale, la parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa può chiedere all'altra la rinegoziazione dell'accordo (pur continuando ad essere obbligata ad eseguire la propria prestazione nel corso delle negoziazioni). Nel caso in cui questa prima tappa abbia esito negativo per rifiuto dell'altra parte, i contraenti possono definire un accordo di uscita, che regoli le condizioni e i tempi dello scioglimento del contratto, oppure chiedere al giudice di intervenire al fine di provvedere all'adeguamento del contratto suggerendo metodi e criteri orientativi. Infine, se la rinegoziazione si protrae oltre un tempo ragionevole, una delle parti può chiedere al giudice di rivedere o sciogliere il contratto, secondo criteri da lui determinati⁴¹⁷. La *ratio* della struttura della norma è quella di incentivare le parti a trovare autonomamente una soluzione, conservativa o demolitoria del contratto originale, a fronte della "minaccia" di un intervento del giudice sull'accordo⁴¹⁸.

Infine, si segnala il peculiare è l'approccio del *Código Civil y Comercial de la Nación* argentino approvato con la *Ley 26.994* il quale prevede una disciplina

⁴¹⁶ V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *NGCC*, 2018, 3, 392, ove si trovano i riferimenti agli studi sull'*imprévision* anteriori alla riforma.

⁴¹⁷ F. SCORDAMAGLIA, *Tecniche di gestione delle sopravvenienze: fra rinegoziazione, risarcimento ed impossibilità sopravvenuta di utilizzazione*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 28, 2022, 60.

⁴¹⁸ E. FREGONARA, *Impresa, contratti di durata, sopravvenienze e assetti adeguati: opportuno o necessario l'intervento dell'autonomia privata?*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2022, 5, 765, F. SCORDAMAGLIA, *Tecniche di gestione delle sopravvenienze: fra rinegoziazione, risarcimento ed impossibilità sopravvenuta di utilizzazione*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 28, 2022, 61.

ad hoc per i contratti di durata, definiti come quei rapporti dove il “*tempo*” è un elemento essenziale per la realizzazione dell’oggetto del contratto di modo che si producano gli effetti voluti dalle parti o si soddisfino le esigenze che le hanno indotte a concludere il contratto. In relazione a tali contratti, l’art. 1011 del *Còdigo civil* valorizza l’importanza della conservazione del contratto imponendo espressamente alle parti l’obbligo di esercitare i loro diritti in maniera conforme ad un dovere di collaborazione, rispettando le obbligazioni reciproche da considerarsi in relazione alla durata del contratto. In tale quadro, la parte che volesse rescindere il contratto deve dare all’altra la possibilità di rinegoziare in buona fede il contratto “*sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*”. La norma va poi collegata a quelle riguardanti la “*frustraciòn de la finalidad*” (art. 1090) il ricorrere della “*imprevisiòn*” (art. 1091) che corrispondono, sostanzialmente, alla nostra disciplina in tema di impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta⁴¹⁹.

4. *Le conseguenze del mancato accordo a seguito della rinegoziazione.*

Tra i sostenitori dell’obbligo di rinegoziare non vi è uniformità di vedute sulle conseguenze del mancato raggiungimento di un accordo.

In buona parte gli autori ritengono che nel caso in cui le parti non riescano a trovare un accordo, possano rivolgersi al giudice al fine di ottenere l’adempimento in forma specifica ai sensi dell’art. 2932 cod. civ.⁴²⁰. Nel senso di

⁴¹⁹ Sulle modifiche al codice civile argentino, si veda R.L. LORENZETTI, *Nuovo codice civile e commerciale della Repubblica argentina*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, 3, 395 ss.

⁴²⁰ L. CASTELLI, *L’obbligo di rinegoziazione*, cit., 190, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1047, il quale riconosceva come tale tesi potesse “*sembrare molto audace*”, pur ritenendola meno eversiva di quel che sembrava, nello stesso senso cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 1913. In termini più dubitativi, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*^{ll}, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, Milano, 2002, 522. Nonché, in relazione all’ipotesi in cui il contratto preveda una clausola di rinegoziazione, cfr. M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e dei rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, 1992, V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000. 270-271. Si segnala, inoltre, l’orientamento che ravvisa la possibilità di risolvere il tema delle sopravvenienze non tanto con il ricorso all’obbligo di

quest'interpretazione sono orientate sia le già citate sentenze del Tribunale di Bari, ritenendo l'obbligo di rinegoziare in buona fede "*quale è quello riconducibile alla clausola generale di buona fede, [come] riconosciuto anche dalla giurisprudenza maggioritaria, che ha fatto applicazione della norma citata anche con riferimento all'obbligo di contrarre nel caso di monopolio previsto dall'art. 2597 c.c.*"⁴²¹, così come la giurisprudenza relativa agli impatti della pandemia sulle locazioni commerciali⁴²². Tale soluzione sembra coerente con le riflessioni svolte ai fini della ricostruzione dell'obbligo di rinegoziare, fondati sull'interesse generale alla conservazione del rapporto contrattuale⁴²³.

Tuttavia, assente una norma che assegni espressamente tale potere al giudice – come previsto, ad esempio, nell'ipotesi di obbligo di rinegoziare inclusa nella prospettata riforma del Codice civile – sembra essere più convincente ritenere che l'obbligo di rinegoziare sia un'obbligazione di mezzi, più che di risultato, la cui violazione porterebbe ad una conseguente valutazione del comportamento tenuto dalle parti in sede di domanda di risoluzione e/o di risarcimento del danno. Al netto dei rischi di negoziazioni "*posticce*" o in mala

rinegoziare il rapporto contrattuale, ma, qualora le circostanze lo consentano, con un intervento del giudice ex art. 1374 cod. civ.. In tal senso, si veda in particolare il contributo di G. SICCHIERO, *L'equità correttiva*, in *Contr. e impr.*, 2021, 1174 ss, ID., *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.* (nota a Trib. Treviso (ord.) 21 dicembre 2020), in *Giur. it.*, 2021, 590 ss., A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contr. e Impr.*, 2005, 928. In giurisprudenza, *cfr.* Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

⁴²¹ Trib. Bari (ord.), 14 giugno 2011, *cit.* e Trib. Bari., 31 luglio 2012, *cit.*

⁴²² L'oggetto principale delle pronunce in materia di Covid-19 e impatto sui rapporti contrattuali hanno riguardato soprattutto i contratti di locazione commerciale *cfr.* Trib. Roma (ord.), 27 agosto 2020, *cit.*, Trib. Lecce (ord.), 24 giugno 2021, *cit.* Trib. Milano, 21 ottobre 2020, *cit.*. Sul tema, si segnala, la Relazione della Corte di Cassazione n. 56 del 8 luglio 2020 non è particolarmente chiara: pur considerando l'obbligo di rinegoziare un'obbligazione di mezzi e non di risultato, prevede che – in caso di mancato accordo – il giudice possa intervenire ex art. 2952 cod. civ.

⁴²³ In tal senso, P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, 162 s., le A. ritengono però più efficace l'introduzione da parte del Legislatore di un obbligo di mediazione nel caso in cui vi sia una crisi contrattuale.

fede, a favore di questa tesi si possono fare due osservazioni. In primo luogo, la previsione di un obbligo di rinegoziare in buona fede svolge il compito di spingere le parti verso il mantenimento del rapporto contrattuale, tuttavia non ci si può spingere verso un “*accanimento terapeutico*”: laddove “*emerge che il programma negoziale originario non sia ragionevolmente perseguibile – o conseguibile solo a costo di irragionevoli e sbilanciati sacrifici*” non si può che “tornare” allo scioglimento del rapporto contrattuale⁴²⁴. In secondo luogo, quando l’intervento del giudice deve tradursi in un qualcosa di più di un mero adeguamento economico, non necessariamente questo avrà le competenze tecniche e/o le informazioni necessarie a trovare una soluzione che si sposi con i programmi imprenditoriali delle parti coinvolte quando neanche le parti sono riuscite a raggiungere un simile risultato.

SEZIONE II

L’OBBLIGO DI RINEGOZIARE IN BUONA FEDE I RAPPORTI CONTRATTUALI E LE OPERAZIONI DI FUSIONE

Una volta determinata l’esistenza di un obbligo di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali in presenza di eventi sopravvenuti che alterino il loro equilibrio, dobbiamo vedere come questo si atteggi nei rapporti contrattuali che possono venire in rilievo in occasione delle operazioni di fusione. Innanzitutto, si vuole evidenziare alcune caratteristiche di tali rapporti (§4) che rendono quanto finora detto in relazione all’obbligo di rinegoziare e all’applicazione dei principi di correttezza e buona fede ancora più rilevante, fino a poter riscontrare un suo ambito di applicazione più ampio (§5). A conclusione di tali riflessioni, si vedrà come gli stessi argomenti a favore dell’affermazione di tale obbligo di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali – o comunque del *favor* verso rimedi di carattere manutentivo – possono essere riportati anche nel contesto del sistema delle tutele dei terzi contraenti nell’ambito delle operazioni di fusione (§6).

⁴²⁴ A. PISANI TEDESCO, *La rinegoziazione del contratto in crisi, tra principi interni e lex mercatoria*, in *Riv. Comm. Int.*, 2021, 2, 309.

4. *L'obbligo di rinegoziare in buona fede alla luce delle caratteristiche dei rapporti contrattuali conclusi dalle società*

Il tema della gestione delle sopravvenienze trova terreno fertile nei rapporti contrattuali strumentali all'attività imprenditoriale (§4.1.), in particolare quando sono caratterizzati da una durata prolungata e da una componente cd. *relazionale* (§4.2.).

4.1. *I contratti commerciali nel quadro dei rapporti tra diritto civile e diritto commerciale.*

La scelta del Legislatore di adottare un unico codice per disciplinare il diritto civile e il diritto commerciale⁴²⁵ non minò il dibattito intorno all'autonomia del diritto commerciale che continua ancora oggi⁴²⁶.

⁴²⁵ Scelta dettata, secondo alcuni, da ragioni soprattutto politiche, cfr. G. VALERI, *Il codice di commercio*, cit., 12 s., P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in AA.VV., *Giuseppe Ferri e il Legislatore*, a cura di B. LIBONATI, Napoli, 2009, 11, A. GAMBARO, *Un solo codice, o due codici, per il diritto civile e il diritto commerciale*, in *Giuseppe Ferri e il legislatore*, a cura di B. LIBONATI, Napoli, 2009, 115. Sul punto si veda anche la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942 in cui viene giustificata la scelta sulla base del fatto che "il carattere professionale che era una delle cause originarie del sorgere del diritto commerciale, non è più una caratteristica di questo, da quando il Fascismo ha inquadrato totalitariamente nella organizzazione corporativa la produzione e l'economia nazionale".

⁴²⁶ La questione intorno all'unificazione non era un mero tema di politica legislativa, ma si inseriva nel più ampio (e mai sopito) dibattito intorno all'autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile e alla sua "dignità" come materia a sé stante. Tra i vari autori che si occuparono del tema, cfr. E. FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio (Discorso letto nell'Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze a.a. 1932/1933)*, in *Le prolusioni dei civilisti dalla fine dell'Ottocento al 1980*, a cura di A. CIATTI, Napoli, 2012, 2033 ss., U. MANARA, *Contro un codice unico delle obbligazioni (Prolusione letta il 12 gennaio 1893, Genova)*, *ivi*, 783 ss., U. MANARA, *Sull'odierna importanza del diritto commerciale e sul metodo per studiarlo (Prolusione letta nella R. Università di Palermo il 24 gennaio 1889)*, *ivi*, 461 ss., L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale (Prolusione letta nella Università di Pisa il 20 gennaio 1926)*, *ivi*, 1939 ss., R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, *ivi*, 2825 ss., V. SALANDRA, *La rinnovazione del diritto commerciale e il concetto di azienda (Prolusione letta nella Università di Padova il 10 dicembre 1935)*, *ivi*, 2307 ss., C. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni (Prolusione al corso di Diritto commerciale letta il 14 gennaio 1888)*, *ivi*, . A. ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, 429 ss., e, successivi all'indomani della promulgazione del Codice del 1942, G. FERRI, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto*

Il diritto commerciale si sviluppa intorno a concetti diversi rispetto al diritto civile, più adatti a regolare l'attività imprenditoriale⁴²⁷. Infatti, al crescere della rilevanza di quest'ultima nell'attività produttiva nazionale, si assistette ad un'espansione anche della importanza del diritto commerciale⁴²⁸, poiché l'approccio individualista del diritto civile, funzionale alla disciplina della mera appropriazione e circolazione della ricchezza⁴²⁹, si rivelava spesso inadeguato a regolare l'impresa e la sua attività produttiva⁴³⁰. In tale quadro, si fece spazio una concezione del diritto commerciale come un "*diritto privato dell'impresa, che – seguendo lo sviluppo dell'economia – consente di andare oltre la stessa codificazione, con la creazione di nuovi schemi, nuovi concetti e nuove forme di responsabilità e con la costruzione di nuove discipline*"⁴³¹. Un diritto da ritenere

commerciale, in *Riv. dir. comm.*, 1945, 96 ss, G. VALERI, *Il codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, 1 11 ss, C. VIVANTE., *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1925, 572 ss. Per una ricostruzione degli scambi di opinioni sul tema delle voci più autorevoli del tempo, cfr. M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, III, 2015, 1 ss, C. ANGELICI, *Il diritto commerciale nelle prolusioni*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 1057 ss, nonché M. CARVALE, «*Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile e il commerciale?*». *La polemica sul Codice di commercio nell'Italia liberale*, in AA.VV., *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Roma, 2008, 81 ss. Sul tema dell'opportunità o meno di codificare il diritto commerciale. Per una ricostruzione storica della codificazione del diritto commerciale si veda, *inter alia*, A. MONTI, *Per una storia del diritto commerciale contemporaneo*, Pisa, 2021, A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, e N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003.

⁴²⁷ M. LIBERTINI *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., 35-36, P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in AA.VV., *Giuseppe Ferri e il Legislatore*, a cura di B. LIBONATI, Napoli, 2009, 16.

⁴²⁸ G.B. PORTALE, *Dal codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, 83.

⁴²⁹ F. D'ALESSANDRO, *Il fenomeno societario tra contratto e organizzazione*, in *Giur. Comm.*, I, 2017, 488.

⁴³⁰ C. ANGELICI, *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2015, 252.

⁴³¹ G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. Soc.*, 2008, 11. Nello stesso senso, cfr. G.B. PORTALE, *Il diritto privato dell'impresa tra «fusioni» e «scissioni» dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 2018, 11, S. DELLE MONACHE, «*Commercializzazione del diritto civile (e viceversa)*», in *Riv. dir. civ.*, 2012, 498, il quale, però, sottolinea la progressiva frammentazione del diritto commerciale. Sul punto si veda anche cfr. C. ANGELICI, *In tema di «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 11 ss., il quale descrive

speciale in senso in senso “forte”⁴³², nonché dotato di principi propri “capaci di applicazione analogica, senza per questo escludere nel caso di lacune la possibile utilizzazione del diritto privato generale”⁴³³. Un’autonomia che si può ritrovare anche nella tendenza del diritto commerciale a recuperare la propria caratteristica di universalità e transnazionalità, avendo in parte riconquistato fonti proprie, come il diritto comparato e gli usi internazionali, tanto da consentire una sua applicazione che vada oltre la codificazione stessa, costruendo (o recependo) nuovi schemi e nuovi concetti⁴³⁴.

Nel quadro di queste riflessioni si inserisce la (ri)scoperta della categoria dei contratti “delle imprese” – che includono il sottogruppo dei «contratti d’impresa» funzionali alla realizzazione dell’attività d’impresa⁴³⁵ – la quale richiede un approccio diverso da parte dell’interprete nell’applicazione delle norme contrattuali e dei principi generali del diritto civile⁴³⁶. Questi contratti, infatti, “[presentano] (particolarmente se posti in essere in determinate situazioni di analogia funzionale) aspetti comuni, di per sé sufficienti a giustificare una loro considerazione complessiva, in relazione, per l’appunto, a quelle che possono anche essere, nell’ipotesi, comuni esigenze di configurazione e disciplina”⁴³⁷ tanto da richiedere che nella loro esecuzione e interpretazione vengano adottati

il diritto civile e il diritto commerciale come universi “distinti” che però si intrecciano e si influenzano vicendevolmente.

⁴³² G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano*, cit., 12, cfr. G.B. PORTALE, *Tra diritto dell’impresa e metamorfosi della S.p.A.*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2014, 150.

⁴³³ G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano*, cit., 11, nello stesso senso, cfr. G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1974, 531.

⁴³⁴ G.B. PORTALE, *Tra diritto dell’impresa e metamorfosi della S.p.A.*, cit..

⁴³⁵ L’espressione venne utilizzata in particolare per la prima volta da Dalmartello, cfr. A. DALMARTELLO, *Contratti d’impresa*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, 1988, 1 ss.

⁴³⁶ Se alcuni hanno affermato che tale categoria ha un valore meramente descrittivo, altri hanno sostenuto il valore “dogmatico” della stessa, che possa giustificare la costruzione sistematica di una serie di regole di portata generale applicabile agli stessi, cfr. M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d’impresa*, in G. GITTI – M. MAUGERI – M. NOTARI, *I contratti per l’impresa*, I, Bologna, 2012, 33.

⁴³⁷ cfr. A. DALMARTELLO, *Contratti d’impresa*, cit., 2

“paradigmi diversi da quelli che guardano invece al singolo e alla sua individualità”⁴³⁸. Secondo alcuni questa esigenza di diversificazione trova la sua giustificazione nel diverso fondamento dell'autonomia negoziale delle imprese da identificarsi nell'art. 41 Cost.⁴³⁹.

Quanto detto si traduce nel fondamento che giustifica un'interpretazione ed applicazione di norme e principi generali in modo più o meno restrittivo o diversificato, che tenga conto delle esigenze funzionalmente connesse alle manifestazioni dell'autonomia privata espressione dell'attività d'impresa⁴⁴⁰, adottando, ove necessario, soluzioni diverse⁴⁴¹ tenendo presente le particolari vocazioni del diritto commerciale sopra descritta. Così intesa, la disciplina dei contratti strumentali all'attività d'impresa riesce a valorizzare a pieno la qualità di

⁴³⁸ C. ANGELICI, *In tema di «ricommercializzazione»*, cit., 20. Tale affermazione trova riscontro anche in alcune norme del Codice civile, come ad esempio, l'art. 1330 cod. civ., l'art. 1360 e la stessa disciplina della cessione d'azienda descritta nel Secondo Capitolo (*supra*). Sul punto si vedano anche, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 101. Per altri esempi cfr. C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in *L'impresa*, a cura di B. LIBONATI, Milano, 1985, 185 ss., cfr. V. BUONOCORE, *I contratti d'impresa*, in *Contratti d'impresa*, I, a cura di V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, Milano, 1993, 21 ss.. Per completezza, al fine di evidenziare come la “influenza” tra i due settori sia reciproca, si segnalano al contrario esempi ove il diritto civile ha avuto una funzione “disciplinare e ordinatrice” del diritto commerciale, evidenziata in particolare dalla decisione della Suprema Corte (Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151) che ha riconosciuto l'applicabilità del principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto in materia di impugnazione della delibera assembleare, cfr. P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2012, 380.

⁴³⁹ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., 50, nello stesso senso, cfr. V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere*, cit., in particolare 127, 154 ss.. *Contra*, nel senso di non ritenere necessario “rivoluzione” le basi razionali sui cui è costruito il sistema normativo civile, cfr. A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, cit., 8.

⁴⁴⁰ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., 51.

⁴⁴¹ M. LIBERTINI, *Dalla dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti di impresa.*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2, 2022, 379, nello stesso senso C. ANGELICI, *In tema di «ricommercializzazione»*, cit., 20, il quale, in particolare afferma, “anche per il contratto se si vuol dire “commerciale” diviene necessario utilizzare paradigmi diversi da quelli, che guardano invece al singolo e alla sua individualità, di considerazione dei quali la figura contrattuale è stata in sede generale costruita”.

imprenditore della parte contrattuale, che ha la particolare esigenza di operare nel mercato in maniera “*dinamic[a] ed efficace sia nella costruzione di relazioni commerciali, che nella risoluzione dei relativi problemi, siano essi causati da sopravvenienze, crisi di cooperazione, inadempimenti*”⁴⁴².

4.2. I contratti commerciali di lunga durata

Quanto detto nel precedente paragrafo, assume ancora più valore nei contratti commerciali di lunga durata, in cui la prosecuzione prolungata nel tempo del rapporto assume particolare rilevanza per le parti. Il nostro codice non include una definizione legislativa dei “*contratti di durata*” sebbene vi siano norme che possono essere ricondotte a tale concetto sia della parte generale dei contratti nel Codice civile – in particolare in tema di risoluzione del contratto per impossibilità od eccessiva onerosità sopravvenuta – sia nelle norme relative ai singoli contratti (incluse quelle contenute nelle leggi speciali). Lo studio dei rapporti contrattuali di durata come categoria generale non ha destato molta attenzione da parte della dottrina⁴⁴³, nonostante alcuni autorevoli contributi⁴⁴⁴.

I rapporti contrattuali di lunga durata sono caratterizzati, per l'appunto, dalla rilevanza del tempo per il raggiungimento dello scopo prefissato dalle parti. Il tema delle sopravvenienze trova in questi contratti un terreno fertile: quanto inizialmente stabilito dalle parti, infatti, può risultare eccessivamente rigido e non idoneo a rispondere all'evoluzione del rapporto delle parti e/o al sorgere di eventuali sopravvenienze in modo da mantenere l'equilibrio originario o da

⁴⁴² P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017.

⁴⁴³ In tal senso, E. GABRIELLI, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giust. Civ.*, 2018, 2, 270.

⁴⁴⁴ Oltre ai già citati contributi di Giuseppe Osti, si segnala lo studio di G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, I, 143 ss., 227 ss., e 1944, I, 17 ss. In tempi più recenti si segnala anche, particolare, si noti *cf.* P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, A. Luminoso, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 501 ss.

consentire il raggiungimento dell'obiettivo contrattuale⁴⁴⁵. Per quanto le parti possano sforzarsi in sede di conclusione del contratto a prefigurarsi tutti i possibili eventi futuri non sempre riescono a coprire l'ampia gamma di eventi che possono di volta in volta presentarsi (perché non li hanno previsti o non potevano prevederli, perché hanno scelto di non disciplinarli per contenere i costi di rinegoziazione, etc.)⁴⁴⁶. Il principio *pacta sunt servanda* deve essere quindi applicato in maniera compatibile con il carattere commerciale e duraturo di questi rapporti contrattuali, in modo da fare sì che, nonostante il sorgere di circostanze non contemplate nel contratto, “*l'operazione economica non perda la fisionomia sua propria; e cioè che si riflettano nel tempo le posizioni originarie di vantaggio o svantaggio tra i contraenti, salvaguardandosi la portata iniziale dell'impegno economico dell'obbligato e (...) del rapporto tra prestazioni corrispettive, mediante un raffronto tra le posizioni contrattuali originarie e quelle concretamente rilevabili in seguito allo svolgimento del tempo*”⁴⁴⁷.

Quando questi rapporti intercorrono tra imprese spesso acquisiscono le caratteristiche tipiche dei cd. *relational contracts*⁴⁴⁸, ossia rapporti

⁴⁴⁵ P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, 33.

⁴⁴⁶ Cfr. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1995, 247, P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, 335

⁴⁴⁷ G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1995, 238-239.

⁴⁴⁸ L'espressione viene coniata da studiosi statunitensi, in particolare I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1977-1978, vol. 72, 854 ss., C.J. GOETZ – R.E. SCOTT, *Principle of relational contracts*, in *Virginia Law Review*, 1981, vol. 67, 1089 ss., M.A. EISENBERG, *Why there is no law of relational contracts*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1999-2000, vol. 94, 805 ss. Essi sono stati oggetto di studio anche in altri ordinamenti, cfr. in Francia, H. BUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, in *Rev. inter. droit econ.*, 2001, 3, 339 ss, in Italia cfr. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, A.F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

“*strutturalmente durevoli e ontologicamente cooperativi*”⁴⁴⁹. I contratti relazionali sono caratterizzati da un’accentuata cooperazione tra le parti, determinata dalla parziale comunanza dei loro interessi, che comporta una maggiore flessibilità e capacità del contratto a adattarsi ai mutamenti del contesto in cui si inserisce. In questi accordi, il rispetto della durata del contratto per il periodo in esso prefissato è determinante per il raggiungimento dell’obbiettivo e del vantaggio economico oggetto del contratto⁴⁵⁰. Inoltre, essi hanno una particolare importanza per l’attività imprenditoriale poiché comportano degli investimenti sostanziali e difficilmente riconvertibili (es. è questo il caso, ad esempio, dei contratti di *franchising* o di distribuzione). La difficoltà ad ammortizzare questi investimenti in caso di scioglimento del rapporto contrattuale, rendono particolarmente dannosi i rimedi risolutivi⁴⁵¹, giustificando la loro tensione verso soluzioni che

⁴⁴⁹ A.F. FONDRIESCHI, *Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 1, 46. Nello stesso senso, cfr. E. CARBONE, *Una novella per l’art. 1467 cod. civ. (appunti dal modello rimediatale francese)*, in *NGCC*, 2, 2021, 460 ss.

⁴⁵⁰ A.F. FONDRIESCHI, *Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 1, 47. Si veda anche: P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, 147-148, Secondo le quali, la presenza della dimensione temporale provoca “*uno sdoppiamento della volontà racchiusa nell’accordo: da una parte rimane quella (statica) dichiarata inizialmente e fissata nel documento (il contratto), dall’altra diventa quella (dinamica) che vive e si rinnova nella relazione fra le parti. (...) la seconda invece sfugge alla cristallizzazione e prende sostanza nella relazione, trasformandosi e adattandosi alle esigenze che il rapporto manifesta nel tempo. (...) La volontà si stacca quindi dal contratto e tende a rinnovarsi nei contatti tra le parti: quando cambiano il contesto di riferimento e le necessità di uno o entrambi i contraenti l’accordo è messo alla prova in modo più o meno esplicito e viene riconfermato ogni volta che il rapporto prosegue*”.

⁴⁵¹ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 968, “*Quanto più un contratto è complesso, di lunga durata, ‘relazionale’, tanto più è destinato a essere inevitabilmente ‘incompleto’. E quanto più un contratto è ‘incompleto’, tanto più difficili si fanno i problemi di gestione del rapporto contrattuale nell’evolvere delle circostanze rilevanti; e tanto più si soffre dell’inadeguatezza dei rimedi codificati. In questi casi, ciò che ragionevolmente occorre è che il contratto prosegua: ma con gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati*”. A.F. FONDRIESCHI, *Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 1, 47.

consentano la manutenzione del contratto⁴⁵². Per questo motivo, la disponibilità delle parti a rinegoziare il rapporto contrattuale *relazionale* in caso di una sua “*in crisi*” viene considerata quasi fisiologica poiché “*presuppon[gono] necessariamente una certa durata minima per la realizzazione dell’operazione economica ad esso sottesa, ciò significa che vi è un’aspettativa alla rinegoziazione meritevole di tutela sotto il profilo giuridico che non può essere illegittimamente frustrata*”⁴⁵³, o, nel caso sia necessario il sussidio giudiziale volto a superare il sorgere di “*crisi di consenso*” in favore della prosecuzione del contratto⁴⁵⁴.

5. *L’obbligo di rinegoziare in buona fede nei rapporti contrattuali strumentali all’attività d’impresa*

Le caratteristiche dei rapporti contrattuali esaminati rendono evidente quanto il sistema dei rimedi previsto dal nostro ordinamento, dove prevale la previsione di rimedi demolitori dei rapporti contrattuali in crisi, non sia del tutto adeguato a preservare il loro valore economico⁴⁵⁵. Questo è vero sia in relazione al tema delle sopravvenienze, sia in relazione ai rimedi previsti nel caso di invalidità, impossibilità o inadempimento⁴⁵⁶. In questi casi, si ravvisa una sorta di “*crisi di cooperazione*” delle parti, nel contesto del quale il diritto dovrebbe

⁴⁵² A.F. FONDRIESCHI, *Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 1, 47.

⁴⁵³ A.F. FONDRIESCHI, *Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 48.

⁴⁵⁴ E. CARBONE, *Una novella per l’art. 1467 cod. civ. (appunti dal modello rimediale francese)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 464, ove l’A. suggerisce un intervento del giudice volto a trovare una soluzione alle “*crisi di consenso*” attraverso l’interpretazione teleologica del contratto.

⁴⁵⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 963.

⁴⁵⁶ P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, 38

prevedere degli incentivi che favoriscano la ricomposizione dei contrasti tra le parti e consentano la regolare prosecuzione del rapporto contrattuale⁴⁵⁷.

Nei rapporti commerciali di lunga durata è una certa tensione conservativa⁴⁵⁸ che il l'ordinamento dovrebbe incoraggiare poiché la "demolizione" del contratto in anticipo rispetto a quanto inizialmente programmato tende ad avere pesanti ripercussioni sulla continuità dell'attività imprenditoriale di entrambe le parti⁴⁵⁹. La risoluzione del rapporto contrattuale o l'esercizio di un eventuale diritto di recesso risulta essere un espediente poco flessibile e poco adatto per agevolare l'attività imprenditoriale di entrambe le parti in un contesto mutevole come quello dei rapporti di lunga durata. Tali strumenti dovrebbero essere utilizzati (o previsti⁴⁶⁰) come *extrema ratio*, a cui ricorrere solo laddove la crisi del rapporto contrattuale renda la sua esecuzione inesigibile oppure renda le posizioni delle parti del tutto inconciliabili⁴⁶¹.

La riflessione intorno a questa tipologia di rapporti spinge ad una nuova valutazione dei principi generali del diritto (e di politica del diritto) che tenda ad un ampliamento dell'applicazione di rimedi manutentivi, in particolare dell'obbligo

⁴⁵⁷ Questa è la *ratio* del modello francese dove il Legislatore – almeno nelle intenzioni – incentiva le parti a trovare loro una soluzione negoziale all'eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto "minacciando" un intervento del giudice in tal senso (*supra*). In tal senso, si muove anche quanto detto in ordine all'obbligo di rinegoziare in buona fede i rapporti contrattuali nel nostro ordinamento e alla conseguente valutazione da parte del giudice di un comportamento contrario a tale principio.

⁴⁵⁸ Cfr. Relazione n. 56 dell'8 luglio 2020 della Corte di Cassazione. Nello stesso senso, cfr. E. FREGONARA, *Impresa, contratti di durata, sopravvenienze e assetti adeguati: opportuno o necessario l'intervento dell'autonomia privata?*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2022, 5, 756.

⁴⁵⁹ E. FREGONARA, *Impresa, contratti di durata, sopravvenienze e assetti adeguati: opportuno o necessario l'intervento dell'autonomia privata?*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2022, 5, 760.

⁴⁶⁰ In tal senso sembra orientata la riflessione condotta in A. ROMEO, *Recesso e rinegoziazione. Riflessioni sui potenziali rimedi nel caso di sopravvenienze nei contratti di durata*, Pisa, 2019.

⁴⁶¹ E. FREGONARA, *Impresa, contratti di durata, sopravvenienze e assetti adeguati: opportuno o necessario l'intervento dell'autonomia privata?*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2022, 5, 752.

di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale, in ogni caso in cui si verifichi una crisi di cooperazione lasciando però intatta la loro autonomia⁴⁶². Dunque, occorre riflettere sull'esigenza (o quantomeno l'opportunità) di “*ampliare l'ambito di efficacia e rilevanza dei principi di equità e giustizia endo-contrattuale, reclamando un allargamento della tutela dell'affidamento e dei confini del concetto generale di buona fede*” al fine di prevenire le distorsioni determinate da comportamenti opportunistici delle parti in occasione di squilibri determinati da circostanze inizialmente non previste⁴⁶³. Ciò però non dovrebbe tradursi nell'imposizione di soluzioni dall'esterno lo scopo, nel promuovere quest'impostazione, non è quello di mantenere a tutti i costi in vita il rapporto contrattuale ma a garantire – quando possibile – un adempimento efficiente e calibrato sull'interesse delle parti⁴⁶⁴. Quello che si vuole sottolineare, in altre parole, è che sia l'immissione del *tempo* sia il carattere imprenditoriale dell'attività svolta richiede all'ordinamento di “*scendere a patti*” con la necessità di consentire (o quantomeno non ostacolare) l'evoluzione del rapporto commerciale, anche quando questa “*sia suscettibile di superare l'equilibrio fra le prestazioni originariamente previsto e mettere in discussione la forza e l'efficacia del vincolo contrattuale*”, e questo sia al fine di adattarlo e renderlo “*resiliente*” rispetto a circostanze sopravvenute sia a consentire – quando necessario – un suo scioglimento “*ordinato*”⁴⁶⁵.

⁴⁶² P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, 35.

⁴⁶³ P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, 36-37. Le A. sottolineano, inoltre, come anche dal punto di vista economico gli effetti della incompletezza dei contratti abbia effetti negati sul sistema nel suo complesso facendo sorgere dubbi sulla possibilità di dare esecuzioni ai contratti nell'assetto inizialmente previsto, gli operatori sarebbero propensi a concludere un numero di accordi minore rispetto a quello utili od efficiente o rinunciare ad effettuare investimenti specifici volti a migliorare i cicli produttivi etc.

⁴⁶⁴ P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, 39.

⁴⁶⁵ P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, 135.

Se, da un lato, non tutti i rapporti di durata sono ugualmente sensibili ad un eventuale carenza di collaborazione tra le parti davanti a delle sopravvenienze o ad una crisi del rapporto contrattuale, dall'altro, soprattutto nei rapporti tra imprese, la cooperazione volontaria è necessaria, specialmente in situazioni di *“crisi del contratto”* dovute a sopravvenienze o inadempimenti, non tanto per ottenere l'esecuzione della prestazione di per sé, ma per ottenerla nei modi e nei termini che la rendono più utile per le parti coinvolte *“secondo necessità che possono variare nel corso del rapporto, perfino in deroga a quanto formalmente scritto nel contratto”*.

In tutti i casi in cui la relazione abbia ancora delle potenzialità l'ordinamento dovrebbe incoraggiare (*nudge*) le parti a trovare un punto d'incontro che consenta di adattare il rapporto contrattuale al nuovo assetto fattuale oppure negoziare il suo scioglimento in maniera da minimizzare le ripercussioni negative su entrambe (anche sotto forma di pagamenti di indennizzi). Una lettura dei principi generali orientata verso gli obiettivi sopra detti, porta ad individuare nello spazio di tempo tra la crisi di cooperazione del contratto e il ricorso all'autorità giudiziaria al fine di attivare i rimedi demolitori previsti dal Codice civile, il “luogo” ideale per il sorgere di un obbligo di tentare una ricomposizione della crisi negoziale *“attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale”*. Assente un obbligo di ricorrere ad un procedimento di mediazione o ad altra forma di ricomposizione non giudiziaria dei conflitti tra le parti⁴⁶⁶, a tale

⁴⁶⁶ Il suggerimento si trova all'esito nella già più volte citata monografia sui contratti commerciali di durata di, P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017, 162 ss.. Secondo le A., infatti, l'intervento di un mediatore terzo il cui scopo sia quello di aiutare le parti a superare il loro momento di conflittualità, fornendo un punto di vista terzo e imparziale, al fine di continuare il loro rapporto (eventualmente mutato e adattato alle nuove circostanze), sarebbe più efficace rispetto alla previsione di un obbligo di rinegoziazione del rapporto contrattuale. Quest'ultimo, infatti, secondo le A. difficilmente avrebbe un esito felice visto che la *“rinegoziazione”* si inserirebbe in un contesto di conflittualità tra le parti (con l'aiuto dei loro consulenti) che le renderebbe restie a trovare un nuovo accordo in assenza dell'intervento di un terzo, tant'è che viene spesso sostenuto il potere di intervento del giudice ad integrazione del contratto nel caso di fallimento delle trattative.

obiettivo risponde il riconoscimento di una più ampia applicazione dell'obbligo di rinegoziare in buona fede nel contesto di relazioni imprenditoriali. Ciò avrebbe anche l'effetto positivo di incentivare investimenti duraturi da parte degli operatori, vista la possibilità di fare un maggiore affidamento sul perdurare del contratto in ragione del reciproco obbligo di rivedere le sue condizioni del contratto qualora questo risulti anacronistico rispetto alle circostanze fattuali via via rilevanti nel tempo⁴⁶⁷. Da questo punto di vista, si è osservato “*l'obbligo di rinegoziare sarebbe espressione, ancor più che del principio di buona fede, di un emergente principio di tutela degli investimenti in grado, secondo alcuni, di informare di sé il diritto dei contratti d'impresa*”⁴⁶⁸. In tale ottica sarebbe opportuno che esso si estendesse oltre la questione delle sopravvenienze, andando ad includere anche quelle avente una diversa natura dalla difficoltà finanziaria a “*quanto non è stato previsto dalle parti e che influisca sull'esecuzione del contratto*”⁴⁶⁹.

6. La fusione come evento determinante per il sorgere dell'obbligo di rinegoziare

Nelle pagine che precedono abbiamo visto come nel nostro ordinamento è in corso un ripensamento del sistema dei rimedi contrattuali previsti nel caso delle sopravvenienze contrattuali indirizzato verso una maggiore valorizzazione dei rimedi di tipo manutentivo. Tali riflessioni riguardano soprattutto i rapporti commerciali di lunga durata, dove più spesso possono verificarsi degli eventi che

⁴⁶⁷ A.F. FONDRIESCHI, *Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 1, 47.

⁴⁶⁸ A.F. FONDRIESCHI, *Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 1, 47. Nello stesso senso, A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione* (Nota a Cass. civ. sez. III 18 settembre 2009 n. 20106), in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 2, 363. La sentenza commentata riguardava il noto caso *Renault* che vedeva confrontarsi la società automobilistica con alcuni suoi concessionari.

⁴⁶⁹ H. BUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, in *Rev. inter. droit econ.*, 2001, 3, 343, “*ce qui n'a pas été prévu par les parties et qui affecte l'exécution du contrat*”.

destabilizzano l'equilibrio contrattuale, se le parti non hanno provveduto – per le più svariate ragioni – a disciplinarli in anticipo. L'importanza di questi rapporti, anche a livello di sistema economico, porta a cercare di mantenerli “in vita” quando questo non si traduce in un eccessivo sacrificio dell'interesse delle parti.

Gli stessi argomenti possono essere utilizzati per riscontrare uno spazio d'intervento dell'obbligo di rinegoziare i rapporti contrattuali anche nel quadro delle tutele previste per i terzi nell'ambito delle operazioni di fusione (o le altre operazioni straordinarie qui viste).

Occorre notare che le riflessioni intorno all'attività d'impresa raramente prestano attenzione alla figura dell'imprenditore-società, nonostante la differenza con l'imprenditore-persona fisica sia significativa⁴⁷⁰, in particolare dal punto di vista del diverso atteggiarsi delle vicende soggettive⁴⁷¹, così come di diversa natura possono essere le problematiche relative alle vicende dell'impresa⁴⁷². La disciplina della fusione e dei suoi effetti trova la sua *ratio* nella volontà di agevolare la realizzazione di quest'operazione, normalmente volta al perseguimento di interessi degni di maggior tutela (ad esempio, il mercato in cui la società opera potrebbe evolversi in maniera tale da rendere necessario procedere ad un'operazione di fusione per poter continuare a svolgere in maniera fruttuosa l'attività imprenditoriale; oppure la fusione potrebbe essere utilizzata come strumento di salvataggio dall'insolvenza e così via). Ritenerne che, qualora l'operazione di fusione abbia effetti significativi sui rapporti contrattuali come quelli visti nel Primo Capitolo, i terzi possano solo ricorrere all'opposizione dei creditori ex art. 2503 cod. civ. o allo scioglimento del rapporto contrattuale, senza neanche prevedere – soprattutto in quest'ultimo caso – dei mezzi per la società risultante dalla fusione che le consentano di preservare il rapporto sembra andare

⁴⁷⁰ P. FERRO-LUZZI, *L'impresa, cit.*, 16

⁴⁷¹ Si veda anche P. FERRO-LUZZI, *L'impresa, cit.*, 16 il quale sottolinea come i manuali di diritto commerciale discutendo dell'impresa si concentrino sull'imprenditore persona fisica, per poi passare al tema delle società “*dimenticando*” l'impresa.

⁴⁷² F. D'ALESSANDRO, *Il fenomeno societario tra contratto e organizzazione*, in *Giur. Comm.*, I, 2017, 497.

contro i propositi della disciplina della fusione appena descritti. L'obbiettivo non è quello di soppiantare del tutto il ricorso a tali rimedi od imporre il mantenimento di un rapporto contrattuale incompatibile con l'intervenuta fusione, ma ravvisare un obbligo di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale, inteso come regola di comportamento delle parti, *prima* di fare ricorso a tali rimedi. Ciò sembrerebbe essere coerente sia con la *ratio* della disciplina della fusione sia con l'atteggiarsi di tale obbligo nei rapporti contrattuali commerciali. La sua violazione – rappresentata non dalla mancata conclusione di un nuovo rapporto contrattuale di per sé, ma dall'ingiustificato rifiuto di una parte a procedere in tal senso – verrebbe in rilievo in sede di valutazione del comportamento delle parti da parte del giudice in sede giudiziaria ai fini del riconoscimento dell'eventuale risarcimento del danno e della determinazione della sua entità.

Riprendendo gli esempi delle tipologie di obbligazioni analizzate nel Primo Capitolo, l'obbligo di rinegoziare il rapporto contrattuale sembra essere particolarmente idoneo a risolvere le questioni che relative agli effetti dell'operazione di fusione sulle obbligazioni elastiche. Atteso che il contratto in questione potrebbe contenere degli indici che consentano di parametrare l'obbligazione alla nuova circostanza, la rinegoziazione del rapporto avrebbe il pregio di una determinazione dell'estensione dell'obbligazione concordata tra le parti, evitando calcoli di proporzioni più o meno agevoli⁴⁷³. Più complesse sono le valutazioni in merito ai rapporti aventi ad oggetto obbligazioni collidenti oppure aventi un carattere personale, dove l'operazione di fusione potrebbe determinare un'alterazione tale del rapporto contrattuale da renderlo del tutto incompatibile con il programma imprenditoriale delle parti. Ad esempio, nel caso di rapporti di esclusiva incompatibili tra di loro, essi potrebbero sopravvivere solo se le controparti accettassero – a fronte di una rideterminazione del corrispettivo – di

⁴⁷³ Senza contare che, in considerazione dei canoni di correttezza e buona fede, l'esercizio di un'azione volta ad ottenere l'esecuzione di una prestazione divenuta del tutto squilibrata rispetto all'impostazione originaria del contratto (per quanto, stando alla lettera del contratto, sarebbe comunque dovuta) avrebbe esiti quantomeno incerti.

rinunciare al carattere esclusivo del rapporto⁴⁷⁴. L'imposizione dell'obbligo di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale troverebbe spazio solo qualora l'esistenza dell'esclusiva non sia una caratteristica essenziale per la funzionalità del rapporto contrattuale all'attività d'impresa della controparte. A ben vedere, l'obbligo di rinegoziare in buona fede il rapporto contrattuale potrebbe comunque assumere una certa rilevanza qualora la perdita di esclusiva (o il mutamento del soggetto determinato dalla fusione) risultasse inconciliabile con il programma imprenditoriale della controparte nell'ambito della conclusione di un accordo che porti all'ordinato scioglimento del rapporto contrattuale (sulla scorta del modello adottato dal Legislatore francese).

⁴⁷⁴ M. GHIDINI, *Estinzione e nullità, cit.*, 89

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La Riforma del Diritto Societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, a cura di M. VIETTI – F. AULETTA – G. LO CASCIO – U. TOMBARI – A. ZOPPINI, Milano, 2006.
- AA.VV., *Società per azioni*, II, in *Casi e materiali di diritto commerciale*, Milano, 1974.
- AA.VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004.
- L. ALBERTINI, *Trasferimento del marchio e operazioni societarie straordinarie (trasformazione, fusione, scissione)*, in *Contr. e impr.*, 2012, 3, 900 ss.
- G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contr.*, 2001, 723 ss.
- G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm., Suppl.*, 2020, 57 ss.
- F. ANCHINI, sub art. 2503 cod. civ., in *Commentario breve al diritto delle società*^{IV}, Padova, 2017, 1739 ss.
- G. ANDREANI, *Trasformazioni, fusioni e scissioni*, in *Monografie teorico-pratiche di diritto societario*, a cura di L. DE ANGELIS-B. QUATRARO, Napoli, 2005.
- G. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss.
- C. ANGELICI, *Il diritto commerciale nelle prolusioni*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1057 ss.
- C. ANGELICI, *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Riv. Soc.*, 2015, 237 ss.
- C. ANGELICI, *In tema di «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, 7 ss.

- C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in *L'impresa*, a cura di B. LIBONATI, Milano, 1985, 185 ss.
- A. ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, 429 ss.
- G. AULETTA, *Azienda (voce)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV, Roma, 1988.
- M. AURELI, *La successione nei contratti: il limite imposto dai fatti non negoziali* (nota a Cass., 23 settembre 2015, n. 18805), in *Giur. it.*, 2016, 840 ss.
- T. BALLARINO, *Verso una disciplina europea della vendita*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 341 ss.
- V. BARELA, *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 385 ss.
- G. BAVETTA, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 350 ss.
- U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 521 ss.
- F. BENATTI, *La funzione delle clausole generali nel diritto privato*, in *Banca Borsa*, 2021, 381 ss.
- A.M. BENEDETTI – R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*.
- A. BERTOLOTTI, *Certezza del diritto e ragionevolezza: due linee guida nel rendere giustizia* (nota a Cass., Sez. Un., 14 settembre 2010, n. 19509), in *Giur. it.*, 2011, 1073 ss.
- M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 48-51.
- M. BESSONE, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione (in margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede)* (nota a Cass., 6 marzo 1970, n. 582), in *Giur. it.*, 1972, 1251 ss.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Contratto*^l, Milano, 2000.

- C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, Obbligazione*, Milano, 1990.
- L. BOLAFFIO, *Per un codice unico delle obbligazioni (Prolusione al corso di Diritto Commerciale letta il 17 gennaio 1889)*, in *Le prolusioni dei civilisti dalla fine dell'Ottocento al 1980*, a cura di A. CIATTI, 2012, I, 429 ss.
- C. BOLOGNESI, sub art. 2506 cod. civ., in *Commentario delle società*, II, a cura di G. GRIPPO, Torino, 2009, 1305 ss.
- A. BORTOLUZZI – G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento di azienda*, Torino, 2010.
- A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società. Società per azioni.*, II, Milano, 1948.
- V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006.
- V. BUONOCORE, *I contratti d'impresa*, in *Contratti d'impresa*, I, a cura di V. BUONOCORE – A. LUMINOSO, Milano, 1993.
- A. BUSANI – F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la scissione*, in *Soc.*, 2017, 1408 ss.
- A. BUSANI – F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la fusione*, in *Soc.*, 2018, 354 ss.
- H. BUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, in *Rev. inter. droit écon.*, 2001, 3, 339 ss.
- L. CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta (artt. 1463-1466 c.c.)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 2002.
- G. CABRAS, *La scissione delle società*, in *Foro It.*, 1992, V, 269 ss.
- G. CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978.
- S. CACCHI PESSANI, sub art. 2503 cod. civ., in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 2006, 719 ss.
- S. CACCHI PESSANI, *La fusione come tecnica di acquisizione*, Milano, 2023.

- O. CAGNASSO, *Le Sezioni Unite sugli effetti della fusione: un ritorno al passato?* (nota a Cass., Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970), in *Soc.*, 2021, 11, 1193 ss.
- O. CAGNASSO, *L'opposizione alla fusione: profili sostanziali e procedurali* (nota a Trib. Milano, 14 novembre 2011), in *Giur. it.*, 2012, 1355 ss.
- S. CALÌ, *Questioni in tema di scissione*, Milano, 2000.
- S. CAMPOLATTARO, *La fideiussione*, in A. CHIANALE – G. TERLIZZI – S. CAMPOLATTARO – M. MARTELLI, *Garanzie reali e personali*, Torino, 2018, 73 ss.
- I. CAPELLI, *Fusione e scissione*, in *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di A. BORTOLUZZI, Torino, 2004.
- M. CARVALE, «*Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile e il commerciale?*». *La polemica sul Codice di commercio nell'Italia liberale*, in AA.VV., *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Roma, 2008, 81 ss.
- V. CARBONE, sub art. 1175 cod. civ., in *Delle obbligazioni*, a cura di V. CUFFARO, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2012, 76 ss.
- E. CARBONE, *Una novella per l'art. 1467 cod. civ. (appunti dal modello rimediabile francese)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 460 ss.
- L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 2, Napoli, 1956.
- L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contr.*, 2016, 185 ss.
- C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e dir. privato*, 2012, 289 ss.
- F. CAVAGLIO CACCIAMANI, sub art. 2558 cod. civ., in *Codice Civile*, a cura di P. Rescigno, Milano, 2018, 5574 ss.

- M. CAVANNA, *Della fusione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e Codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2018.
- M. CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 2013.
- F. CERRI, sub *art. 1936 cod. civ.*, in *Codice Civile*^x, a cura di P. RESCIGNO, Milano, 2018, 3853 ss.
- V.M. CESARO, *Le sopravvenienze e la revisione concordata dell'assetto degli interessi*, in *Il Contratto*, a cura di A. FEDERICO – G. PERLINGIERI, 2017, Napoli, 171 ss.
- V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.
- G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 523 ss.
- M. CIAN, sub *art. 2555 cod. civ.*, in *Dell'azienda*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER – F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 1 ss.
- M. CIAN, sub *art. 2557 cod. civ.*, in *Dell'azienda*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER – F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 127 ss.
- M. CIAN, sub *artt. 2558-2559-2560 cod. civ.*, in *Dell'azienda*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER – F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 165 ss.
- M. CIAN, *Rapporto fideiussorio e trasferimento di azienda* (nota a Cass., 12 aprile 2001, n. 5495), in *Giur. comm.*, 2001, II, 543 ss.
- A. CICU, *Successione fra persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 1141 ss.
- A. CINQUE, *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e Impr.*, 2020, 1691 ss.

- G.E. COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, III, Padova, 1979.
- L. COPPO, *Osservatorio sul diritto europeo. Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2016, 311 ss
- M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e dei rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992, 311 ss.
- G. COTTINO, *Diritto societario*^{II}, a cura di O. CAGNASSO, Padova, 2011.
- G. COTTINO, *Le Società. Diritto commerciale*^{IV}, 1, II, Padova, 1999.
- E. CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, Milano, 1992.
- F. D'ALESSANDRO, *Il fenomeno societario tra contratto e organizzazione*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 487 ss.
- F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. not.*, 1990, 873 ss.
- F. D'ALESSANDRO, *Società delinquenti, fusioni e logica fuzzy* (nota a Cass., Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970), in *Riv. dir. comm.*, 2022, II, 272 ss.
- D. DALFINO, *Scissione societaria e processi pendenti* (nota a Cass., Sez. Un., 15 novembre 2016, n. 23225), in *Soc.*, 2017, 739 ss.
- A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988, 1 ss.
- A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, XIII, IV, Torino, 2004.
- V. D'ANTONIO – B. MEOLI – G. SCIANCALEPORE, *Della fideiussione*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2023.

- A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori e società*^V, Milano, 1959.
- G. DE SEMO, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1921.
- E. DEL PRATO, *CoVid-19, Act of God, Force majeure, "Hardship Clauses", performance and Nonperformance*, in *Nuova giur. civ. comm., Suppl.*, 2020, 64 ss.
- E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801 ss.
- F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta (artt. 1463-1466 c.c.) in Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2003.
- S. DELLE MONACHE, «*Commercializzazione*» del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, 2012, 489 ss.
- L. DELLI PRISCOLI, *Trasferimento di azienda e procedimento di applicazione in via analogica* (nota a Cass. 4 febbraio 2009, 2717), in *Giur. comm.*, 2010, II, 47 ss.
- I. DEMURO, *Fusioni e scissioni: nuove semplificazioni documentali e pubblicitarie*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 427 ss.
- F. DENOZZA, *La scissione di società*, in *Impresa e società. Nuove tecniche comunitarie*, Milano, 1992, 87 ss.
- F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, 1 ss.
- C. DI BITONTO, *I contratti commerciali resilienti nell'Era Covid-19: tra codice civile e clausole di gestione delle sopravvenienze*, in *Contr.*, 2020, 361 ss.
- V. DI CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 689 ss.

- V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 392 ss.
- A. DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1994.
- F. DI SABATO, *Diritto delle società*^{ll}, Milano, 2005.
- F. DI SABATO, *Manuale delle società*^v, Torino, 1996.
- F. DI SABATO, *Problemi in tema di fusione: la situazione patrimoniale; le variazioni del capitale; l'efficacia dell'atto di fusione*, in *Vita Not.*, 1987, 461 ss.
- M. DI SARLI, *Fusione (transfrontaliera) e fondamento del diritto di opposizione dei creditori* (nota a Trib. Milano, Sez. Imp., 24 gennaio 2019), in *Giur. it.*, 2019, 1128 ss.
- M. DI SARLI, sub art. 2504-bis, in *Codice Civile*, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milano, 2013.
- F.M. DIMUNDO, sub art. 2504-bis cod. civ., in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 2006, 813 ss.
- F.M. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le sezioni unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, in *Soc.*, 2006, 459 ss.
- M.A. EISENBERG, *Why there is no law of relational contracts*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1999-2000, vol. 94, 805 ss.
- M. EREDE, *L'opposizione dei creditori*, in *Trasformazione, fusione e scissione*, diretta da A. SERRA, Bologna, 2014, 397 ss.
- C. FALQUI MASSIDA, *Fideiussione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989.
- F. M. FELSANI, *Brevi note in tema di tutela dei creditori sociali tra vecchi e nuove regole della fusione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, 449 ss.

- F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*^{XV}, Milano, 2011.
- F. FERRARA, *Le persone giuridiche*^{II}, Torino, 1958.
- G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936.
- G. FERRI, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, 96 ss.
- G. FERRI, *Le società*^{II}, in *Trattato di diritto civile italiano*, X, 3, 1996.
- G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*^{XVI}, a cura di C. ANGELICI – G.B. FERRI, Torino, 2018.
- P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1065 ss.
- P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in *Giuseppe Ferri e il Legislatore*, a cura di B. LIBONATI, Napoli, 2009, 9 ss.
- F. FIMMANÒ, sub *art. 2555 cod. civ.*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza (Artt. 2511-2574)*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario al Codice Civile. Dell'azienda e della concorrenza*, diretto da E. GABRIELLI, 2014, 750), 749 ss.
- F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2557 cod. civ.*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza (Artt. 2511-2574)*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario al Codice Civile. Dell'azienda e della concorrenza*, diretto da E. GABRIELLI, 2014, 819 ss.
- F. FIMMANÒ - A. PICCHIONE, sub *art. 2558 cod. civ.*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza (Artt. 2511-2574)*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario al Codice Civile. Dell'azienda e della concorrenza*, diretto da E. GABRIELLI, 2014, 849 ss.
- E. FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio (Discorso letto nell'Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze a.a. 1932/1933)*, in *Le prolusioni dei civilisti dalla fine dell'Ottocento al 1980*, a cura di A. CIATTI, II, Napoli, 2012, 2033 ss.

- A.F. FONDRIESCHI, *Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 29 ss.
- A.F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017.
- M. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 1 ss.
- E. FREGONARA, *Impresa, contratti di durata, sopravvenienze e assetti adeguati: opportuno o necessario l'intervento dell'autonomia privata?*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2022, 751 ss.
- E. GABRIELLI, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giust. Civ.*, 2018, 270.
- M.M. GAETA, sub art. 2503, in *Codice Commentato delle S.p.A.*, diretto da G. FAUCEGLIA e G. SCHIANO DI PEPE, Milano, 2007, 1775 ss.
- M.M. GAETA, sub art. 2504-bis, in *Codice Commentato delle S.p.A.*, diretto da G. FAUCEGLIA e G. SCHIANO DI PEPE, Milano, 2007.
- L. GALANTI, *Di una fusione che estingue il «soggetto» ma non la «parte»*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 923 ss.
- F. GALGANO, *Il diritto commerciale in 25 lezioni*, Milano, 2007.
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico^{II}*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, Milano, 2002.
- F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2003.
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale^V*, III, 2, Padova, 2004.
- F. GALGANO, *Recensione a C. Santagata, La fusione tra società, Napoli, 1964*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 100 ss.

- A. GALLARATI, *La resilienza del contratto*, Torino, 2020.
- P. GALLO, *Trattato del contratto*, 3, Torino, 2010.
- P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.
- A. GAMBARO, *Un solo codice, o due codici, per il diritto civile e il diritto commerciale*, in *Giuseppe Ferri e il legislatore*, a cura di B. LIBONATI, Napoli, 2009, 115 ss.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*^{XIX}, Napoli, 2019.
- L. GENGHINI – P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*^{III}, Milano, 2022.
- A. GENOVESE, sub *art. 2504-bis cod. civ.*, in *Le società per azioni.*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, Milano, 2016, 3347 ss.
- A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*.
- A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione* (Nota a Cass. civ. sez. III 18 settembre 2009 n. 20106), in *Resp. civ. prev.*, 2010, 354 ss.
- M. GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Padova, 1937.
- M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972.
- M. GHILARDI, *Funzione dell'opposizione alla scissione e rapporto con la responsabilità delle altre società partecipanti all'operazione* (nota a Trib. Milano 23 ottobre 2020), in *Banca borsa*, 2022, II, 700 ss.
- C.J. GOETZ – R.E. SCOTT, *Principle of relational contracts*, in *Virginia Law Review*, 1981, vol. 67, 1089 ss.
- M. GRANIERI, *Inadempimento e mutamento delle circostanze nei tentativi di codificazione del diritto privato europeo. Oltre il diritto comune europeo della vendita*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 45 ss.

- M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.
- A. GRAZIANI, *Diritto delle società*^V, Napoli, 1963.
- P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959.
- S. GRUNDMANN – M-S. SCHÄFER, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 317 ss.
- P. GUERRA, *In tema di effetto estintivo creativo della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1967, 34 ss.
- F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, 407 ss.
- R. GUGLIELMO, *L'opposizione dei creditori ex art. 2503 cod. civ.: natura del procedimento* (nota a Trib. Genova, 13 luglio 1992), in *Riv. not.*, 1994, 174 ss.
- R. GUIDOTTI, *Sull'opposizione dei creditori alla fusione*, in *Contr. e impr.*, 2000, 874 ss.
- N. IRTI, *Ritorno alle «istituzioni di diritto civile»*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 151 ss.
- P.G. JAEGER – F. DENOZZA – A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*^{VIII}, Milano, 2019.
- H. KÖTZ – S. PATTI, *Diritto Europeo dei contratti*^{II}, Milano, 2015.
- M. LAMANDINI, *La «sorte» del contratto di edizione nel trasferimento d'azienda e nei processi di riorganizzazione aziendale*, in *AIDA*, 1995, 204 ss.
- M. LAMANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza nelle relazioni contrattuali*, in *Contr. e Impr.*, 2016, 189 ss.
- S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, 179 ss.

- S. LANDOLFI, *Effetti della fusione sui rapporti giuridici delle società incorporate*, in *Soc.*, 1986, 971 ss.
- F. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. soc.*, 1992, 923 ss.
- M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, III, 2015, 1 ss.
- M. LIBERTINI, *Dalla dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti di impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, 373 ss.
- M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa.*, in G. GITTI – M. MAUGERI – M. NOTARI, *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, 33 ss.
- M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2018, 2, 1 ss.
- R.L. LORENZETTI, *Nuovo codice civile e commerciale della Repubblica argentina*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 395 ss.
- P. LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, in *Riv. soc.*, 2004, 1343 ss.
- P. LUCARELLI, *La scissione di società*, in *Quaderni fiorentini di diritto commerciale*, a cura di A. BORGIOLO, 1999.
- P. LUCARELLI – L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, 2017.
- S. LUONI, *Cessione di azienda e contratti personali: brevi riflessioni alla luce di una recente pronuncia della Corte di Cassazione (nota a Cass., 12 aprile 2001, n. 5495)*, in *Giur. it.*, 2315 ss.
- F. MACARIO, sub *art. 1375 Cod. Civ.*, in *Dei contratti in generale* a cura di E. NAVARRETTA – A. ORESTANO, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2014, 722 ss.

- F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Milano, 2006, 1851 ss.
- F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. Civ.*, 2014, 825 ss.
- F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro It.*, 2020, V, 102 ss.
- F. MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. civ. comm., Suppl.*, 2020, 80 ss
- F. MACARIO, *Soppravvenienze e rimedi al tempo del "Coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contr.*, 2020, 129 ss.
- F. MACARIO, *Coesistenza e complementarità tra fattispecie tipizzata dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali: l'esempio della proposta di riforma della disciplina in tema di sopravvenienze*, in *Quest. Giust.*, 2020, 87 ss.
- F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, 102 ss.
- I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1977-1978, vol. 72, 854 ss
- M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 907 ss.
- F. MAGLIULO, *La scissione totale costituisce un fenomeno estintivo? (nota a Cass., 19 giugno 2020, n. 11984)*, in *Not.*, 2020, 495 ss.

- F. MAGLIULO, *Clamoroso revirement della Cassazione sulla natura giuridica della fusione* (nota a Cass., 30 luglio 2021, n. 21970), in *Not.*, 2021, 513 ss.
- F. MAGLIULO, *La fusione delle società*^{ll}, Milano, 2009.
- A. MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 11 ss.
- M. MALTONI, *Le Sezioni Unite sulla natura della fusione: tanto rumore per nulla*, in *Riv. not.*, 2021, 915 ss.
- U. MANARA, *Contro un codice unico delle obbligazioni (Prolusione letta il 12 gennaio 1893, Genova)*, in *Le prolusioni dei civilisti dalla fine dell'Ottocento al 1980*, a cura di A. CIATTI, I, 2012, 783 ss.
- U. MANARA, *Sull'odierna importanza del diritto commerciale e sul metodo per studiarlo (Prolusione letta nella R. Università di Palermo il 24 gennaio 1889)*, in *Le prolusioni dei civilisti dalla fine dell'Ottocento al 1980*, a cura di A. CIATTI, I, Napoli, 2012, 461 ss.
- M. MANELLI, *Soppravvenienze e Covid-19: prime applicazioni giurisprudenziali della rinegoziazione secondo la relazione tematica della Cassazione n. 56/2020* (nota a Trib. Milano, 21 ottobre 2020), in *Contr.*, 2021, 162 ss
- D. MARASCIULO, *La fideiussione omnibus nella giurisprudenza*, Milano, 1999, 190 ss.
- P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, 539 ss.
- P. MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in *Riv. not.*, 1991, 17 ss.
- F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da R. COSTI, Torino, 2010.

- F. MASTROPAOLO – A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *I Contratti di Garanzia*, a cura di F. MASTROPAOLO, in *Trattato dei Contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Milano, 2006, 333 ss.
- M. MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 745 ss.
- F. MELONCELLI, *Estinzione della società ed ultrattività del mandato alle liti tra overruling giurisprudenziale e incertezza normativa* (nota a Cass., 21 dicembre 2011, n. 27905), in *Corr. giur.*, 2012, 908 ss.
- F. MELONCELLI, *La fusione dopo la riforma del diritto societario: natura giuridica e conseguente estinzione della società fusa* (nota a Cass., Sez. Un., 14 settembre 2010, n. 19509), in *Corr. giur.*, 2010, 1565 ss.
- D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2006, 797 ss.
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*^{VIII}, III, 1, Milano 1954.
- P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 379 ss.
- A. MONTI, *Per una storia del diritto commerciale contemporaneo*, Pisa, 2021.
- S. MONTI, *Il Covid-19 e il revival dell'obbligo di rinegoziazione*, in *Danno e resp.*, 2020, 588 ss.
- L. MOSSA, *La nuova scienza del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, 439 ss.
- L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale (Prolusione letta nella Università di Pisa il 20 gennaio 1926)*, in *Le prolusioni dei civilisti dalla fine dell'Ottocento al 1980*, a cura di A. CIATTI, II, 2012, 1939 ss.
- L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale. Società per azioni*, IV, 1957.

- M. MOZZARELLI, *Estinzione e continuità dei rapporti giuridici nella fusione, con uno sguardo all'apertura delle procedure concorsuali* (nota a Cass., Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970), in *Soc.*, 2022, 834 ss.
- F. MUCCIARELLI, *E pluribus unum? Language diversity and the harmonisation of company law in the European Union*, disponibile on-line su www.ssrn.com.
- L. MULA, sub *art. 2555 cod. civ.*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, 1 ss.
- L. MULA, sub *art. 2557 cod. civ.*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, 47 ss.
- L. MULA, sub *art. 2558 cod. civ.*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, 69 ss.
- U. NAVARRINI, *Commentario al codice di commercio. Delle società e delle associazioni commerciali*¹, Milano, 1924.
- R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Le prolusioni dei civilisti dalla fine dell'Ottocento al 1980*, a cura di A. Ciatti, III, Napoli, 2012, 2825 ss.
- R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.
- L. NIVARRA, *'Dentro' e 'fuori'. Lo strano caso delle clausole e dei principi generali, in Europa e dir. priv.*, 2022, 59 ss.
- G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 501 ss.
- G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, I, 143 ss., 227 ss., e 1944, I, 17 ss.
- G. OSTI, *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 1 ss.

- G. OSTI, *Appunti per una teoria della 'sopravvenienza'. (La così detta clausola 'rebus sic stantibus' nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471 ss.
- G. OSTI, *Scritti Giuridici*, Milano, 1973.
- A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.
- G. PALMIERI, *La scissione. Osservazioni sulla bozza dei decreti legislativi concernenti la riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1511 ss.
- E. PAOLINI, *Sorte del mandato conferito a terzi in caso di fusione di società*, in *Contr. e impr.*, 1992, 958 ss.
- F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale* (nota a Trib. Bari (ord.), 14 giugno 2011), in *Contr.*, 2012, 571 ss.
- S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir.civ.*, 2013, 264 ss.
- F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione* (nota a Trib. Bari, 31 luglio 2012), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 117 ss.
- M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*^{III}, Torino, 2018.
- S. PEPE, *L'opposizione alla scissione ex art. 2503 cod. civ.* (nota a Trib. Roma, Sez. Imp., 12 giugno 2017, n. 11875) in *Riv. not.*, 2018, 387 ss.
- T. PERILLO, *Pandemia e conservazione delle locazioni commerciali tra obbligo di rinegoziazione e interpretazione 'ragionevole' del contratto* (nota a Trib. Roma (ord.), 27 agosto 2020), in *Rass. dir. civ.*, 2021, 1177 ss.
- R. PEROTTA – L. BERTOLI, *Le operazioni straordinarie. Conferimento d'azienda e di partecipazioni, fusione e scissione*, Milano, 2015.
- M. PERRINO, *La riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. soc.*, 2003, 527 ss.
- M. PERRINO, sub *artt. 2504-2504-ter cod. civ.*, in *Società di Capitali*, a cura di G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 1973 ss.

- M. PERRINO, sub *artt. 2503-2503-bis cod. civ.*, in *Società di Capitali*, a cura di G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 1967 ss.
- M. PERRINO, sub *art. 2503 cod. civ.*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza (Artt. 2452-2510)*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, in *Commentario al Codice Civile. Dell'azienda e della concorrenza*, diretto da E. GABRIELLI, 2015, 153 ss.
- F. PETRITAJ, *L'opposizione dei creditori alla scissione: natura e profili procedurali* (nota a Trib. Milano 23 ottobre 2020), in *Giur. it.*, 2021, 639 ss.
- G. G. PETTARIN, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, 1992.
- A. PICCIAU, sub *art. 2506 cod. civ.*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. BIANCHI in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, Milano, 2006, 1025 ss.
- A. PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. soc.*, 1995, 1189.
- A. PICCIAU, *La scissione come negozio produttivo di effetti traslativi e la fattispecie del trasferimento di azienda: appunti in margine a recenti interventi della giurisprudenza e della dottrina*, in *Riv. soc.*, 1999, 1413 ss.
- M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2041 ss.
- M. PIN, *Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare (nota a Trib. Roma (ord.), 7 novembre 2016, n. 5241)*, in *Giur. comm.*, 2018, II, 136 ss.
- M. PINARDI, *Le opposizioni dei creditori nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006.
- M. PIRRO, sub *art. 2503 cod. civ.*, in *Codice civile*, a cura di P. RESCIGNO, Milano, 2018, 5439 ss.
- M. PIRRO, sub *art. 2504-bis cod. civ.*, in *Codice civile*, a cura di P. RESCIGNO, Milano, 2018, 5442 ss.

- A. PISANI TEDESCO, *La rinegoziazione del contratto in crisi, tra principi interni e lex mercatoria*, in *Riv. comm. int.*, 2021, 295 ss.
- G.B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 480 ss.
- G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 145 ss.
- G.B. PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 718 ss.
- G.B. PORTALE, *Dal codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, 79 ss.
- G.B. PORTALE, *Il diritto privato dell'impresa tra «fusioni» e «scissioni» dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 1 ss.
- G.B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della S.p.A.*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 133 ss.
- G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. Soc.*, 2008, 1 ss.
- M.M. PRATELLI, *Effetti della fusione*, in AA. VV., *La fusione*, a cura di S. CACCHI PESSANI, Torino, 2019, 101 ss.
- G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*^X, Torino, 2021.
- M. RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea 'grezza'*, in *dirittobancario.it*.
- A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957.
- G.A. RESCIO, *La fusione e la scissione*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. IBBA e G. MARASÀ, VII, Milano, 2015.

- A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 927 ss.
- A. RICCIO, *Nella fusione di società si ha, dunque, continuità dei rapporti giuridici anche processuali*, in *Contr. e impr.*, 2005, 483 ss.
- T. RICOLFI, *Fusione e scissione di imprese assicurative*, in *Riv. Soc.*, 1999, 135 ss.
- G. RIZZI, *La sentenza delle Sezioni Unite n. 21970/2021: quali ricadute per gli atti di fusione in presenza di immobili?*, in *Not.*, 2021, 604 ss.
- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- A. ROMEO, *Recesso e rinegoziazione. Riflessioni sui potenziali rimedi nel caso di sopravvenienze nei contratti di durata*, Pisa, 2019.
- N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003.
- V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, 2011.
- R. RORDORF, *La scissione di società*, in *Soc.*, 7, 1989, 667 ss.
- R. RORDORF, *Scissione e scorporazione di società* (nota a Trib. Verona, 20 febbraio 1990), in *Soc.*, 1990, 1102 ss.
- R. RORDORF, *Fusioni e scissioni di società nella prospettiva europea*, in *Soc.*, 1990, 433 ss.
- M. ROSSETTI, *Contratto e Covid*, in *Foro It.*, 2021, V, 74 ss.
- L. ROVELLI, sub art. 2503 cod. civ., in *Codice civile. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, V, 2022, Milano, 1084 ss.
- P. RUGGERI, *L'irreversibilità della fusione societaria*, Padova, 2012.
- L. RUSSO, sub art. 2503 cod. civ., in *Codice delle società*, a cura di N. ABRIANI, Torino, 2016, 2337 ss.

- L. RUSSO, *sub art. 2504-bis cod. civ.*, in *Codice delle società*, a cura di N. ABRIANI, Torino, 2016, 2349 ss.
- R. SACCO, *Codice civile, codice della famiglia, codice di commercio, modelli giuridici*, in AA.VV., *Giuseppe Ferri e il Legislatore*, Napoli, 2009.
- R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. SACCO, II, TORINO, 2004.
- R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016.
- V. SALANDRA, *La rinnovazione del diritto commerciale e il concetto di azienda (Prolusione letta nella Università di Padova il 10 dicembre 1935)*, in *Le prolusioni dei civilisti dalla fine dell'Ottocento al 1980*, a cura di A. CIATTI, II, Napoli, 2012, 2307 ss.
- V. SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese. Consorzi e gruppi*, Padova, 1934.
- M.E. SALERNO, *sub art. 2504-bis cod. civ.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI – V. SANTORO, Torino, 2003, 450 ss.
- S. SALVADEO – G. TEDESCHI, *Le operazioni straordinarie e la gestione dei processi di acquisizione*, Milano, 2012.
- V. SANGIOVANNI, *Fusione di società e opposizione dei creditori*, in *Contr. e impr.*, 2010, 1349 ss.
- C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964.
- C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in AA.VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. PATRONI GRIFFI, Milano, 1995, 1 ss.
- C. SANTAGATA – R. SANTAGATA, *Fusione*, in *Trattato delle società per azioni*, VII, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, Torino, 2004.
- C. SANTAGATA, *Condizioni di accoglimento dell'opposizione a fusione: natura e prova* (nota a Trib. Genova, 13 luglio 1992), in *Soc.*, 1993, 4, 501 ss.

- R. SANTAGATA, *Le operazioni straordinarie*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. CIAN, III, Torino, 2020, 869 ss.
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*^{IX}, Napoli, 2002.
- M. SARALE, *Le scissioni*, in *Le operazioni societarie straordinarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, V^{**}, diretto da G. COTTINO, 2011, 636 ss
- G. SAVIOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*^V, Milano, 2012.
- F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, Milano, 2000.
- A. SCARPA, *Gli spazi dell'equità nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Foro It.*, 2021, V, 88 ss.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO - G.B. PORTALE, 7^{**}, Torino, 2004.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla «circolazione» dell'azienda per scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 443 ss.
- F. SCORDAMAGLIA, *Tecniche di gestione delle sopravvenienze: fra rinegoziazione, risarcimento ed impossibilità sopravvenuta di utilizzazione*, in *Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 28, 2022, 51 ss.
- A. SERRA, *Scissione e modificazioni del contratto sociale*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, 667 ss.
- G. SICCHIERO, *Recenti interventi e proposte in tema di rinegoziazione*, in *Giur. it.*, 2023, 210 ss.
- G. SICCHIERO, *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c. (nota a Trib. Treviso (ord.) 21 dicembre 2020)*, in *Giur. it.*, 2021, 590 ss.
- G. SICCHIERO, *L'equità correttiva*, in *Contr. e impr.*, 2021, 1174 ss
- C. SILVETTI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. AZARA – E. EULA, XIX, 1957.

- E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, Bologna – Roma, 1976.
- E. SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, II, Torino, 1934.
- P. SPADA, *Lezioni sull'azienda*, in AA.VV. *L'impresa*, a cura di B. LIBONATI – P. FERRO-LUZZI, Milano, 1985, 12 ss.
- P. SPADA, *Diritto Commerciale*, II, Padova, 2006.
- M.S. SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, tipicità e polimorfismo delle operazioni straordinarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 285 ss.
- M.S. SPOLIDORO, *Fallimento della società scissa nella scissione totale (con uno sguardo alla fusione (nota a Cass., 21 febbraio 2020, n. 4737))*, in *Soc.*, 671 ss.
- M.S. SPOLIDORO, *Effetti della fusione*, in A. SERRA – M.S. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, 1994, Torino, 139 ss.
- G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, VIII, 1985, 185 ss.
- M. TAMBURINI, sub *art. 2504-bis cod. civ.*, in *Il nuovo diritto delle società*, IV, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, 2557 ss.
- C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1995.
- G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 695 ss.
- F. TERRUSI, *Profili dell'opposizione alla fusione*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 332 ss.
- M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998, 610 ss.

- V. TIMPANO, *Cessione d'azienda: rapporti contrattuali pendenti e perimetro del fenomeno successorio*, in *Contr.*, 3, 2020, 271 ss.
- R. TORINO, sub *art. 2506-bis cod. civ.*, in *Codice commentato delle S.p.A.*, diretto da G. FAUCEGLIA – G. SCHIANO DI PEPE, Torino, 2006, 1803 ss.
- A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*^{XXIV}, a cura di F. ANELLI – C. GRANELLI, 2019.
- F. TOSCHI VESPASIANI e D. MATERASSI, *Rinegoziazione del contratto di locazione commerciale a causa del Covid-19: è applicazione del principio di buona fede* (nota a Trib. Legge (ord.), 24 giugno 2021), in *Contr.*, 2022, 1, 53 ss.
- G.A.M. TRIMARCHI, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle "clausole generali"*, in *Contr.*, 2020, 4, 433 ss.
- B. TROISI, *Le obbligazioni: corso di diritto civile*, Torino, 2012.
- E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e Mercato*, 2018, 1, 130 ss.
- E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018.
- E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contr. e Impr.*, 2018, 843 ss.
- G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.
- G. VALERI, *Il codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, 11 ss.
- G. VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, I, 1945.
- S. VALERIO, *Il diritto di opposizione alla fusione* (nota a Trib. Genova, 13 luglio 1992), in *Giur. comm.*, 1994, 4, 726 ss.
- A. VICARI, sub *art. 2503 cod. civ.*, in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, Milano, 2016, 3327 ss.

- V. VINCIGUERRA, *Divieto legale di concorrenza e scissione societaria* (nota a Trib. Catania, 15 giugno 2007, n. 3709), in *Giur. comm.*, 2009, II, 1 ss.
- D. VITALE, *La natura giuridica della fusione, tra effetti modificativi ed estintivi: fine del dibattito?* (nota a Cass., Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970), in *Giur. it.*, 2022, 663 ss.
- C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 572 ss.
- C. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni (Prolusione al corso di Diritto commerciale letta il 14 gennaio 1888)*, in *Le prolusioni dei civilisti dalla fine dell'Ottocento al 1980*, a cura di A. CIATTI, I, Napoli, 2012, 405 ss.
- C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Le società commerciali*^V, II, Milano, 1928.
- M.V. ZAMMITTI, *L'opposizione dei creditori alla fusione, ex art. 2503, comma 2, c.c. al vaglio della giurisprudenza milanese* (nota a Trib. Milano, Sez. Imp., 20 dicembre 2018 (ord.) e Trib. Milano, Sez. Imp., 26 gennaio 2019), in *Soc.*, 2019, 956 ss.
- A. ZANARDO, *La rinegoziazione dei contratti di durata nelle crisi d'impresa*, in *Giur. it.*, 2023, 239 ss.
- N. ZORZI GALGANO, *La prima norma prevista dal legislatore emergenziale sulla rinegoziazione dei contratti per eccessiva onerosità*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2022, 442 ss.
- M. ZULIANI, *Le sopravvenienze da Covid-19 nella giurisprudenza di merito*, in *Danno e Resp.*, 2022, 43 ss.