



Anno 2016, Edizione speciale n. 1

Papers

di diritto europeo



**Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona – *Papers di diritto europeo*, Anno 2016, Edizione speciale n. 1
*The fashion industry in the European Union***

Elisa Arrigo
Paolo Butturini
Tommaso dalla Massara
Diletta Danieli
Anna Caprara

URL: http://europa.univr.it/rivista_cde_verona.htm

© 2016 Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona
ISSN 2038-0461

Registrazione al Tribunale di Verona numero 1875 del 22/07/2010

Referee: Gli scritti contenuti nella rivista sono valutati attraverso un sistema peer-review.

La rivista *open access* “Papers di diritto europeo” raccoglie contributi sui temi dell’integrazione europea nei suoi aspetti di diritto, sia istituzionale sia materiale, e dei suoi riflessi sugli ordinamenti nazionali in una prospettiva interdisciplinare. Sono accolti contributi di professori e ricercatori universitari, come pure di studiosi italiani e stranieri.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su http://europa.univr.it/rivista_cde_verona.htm

Direzione scientifica:

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi

Comitato scientifico:

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi, mariacaterina.baruffi@univr.it

Prof.ssa Laura Calafà, laura.calafa@univr.it

Prof. Franco Ferrari, franco.ferrari@univr.it

Prof. Matteo Ortino, matteo.ortino@univr.it

Dott.ssa Isolde Quadranti, isolde.quadranti@univr.it

Responsabile tecnico:

Dott. Angelo Mazzotta, angelo.mazzotta@univr.it

Editore:

Centro di documentazione europea dell’Università degli Studi di Verona

Dipartimento di Scienze giuridiche

Via Carlo Montanari, 9

37122 Verona

Tel. +39.045.8028847

Fax +39.045.8028846

<http://europa.univr.it>

Presupposti e scenari in tema di garanzie convenzionali nella cessione di partecipazioni

Tommaso dalla Massara

Abstract

The essay is mainly focused on the share deal's conventional warranties. By taking into consideration the leading case No 16963/2014 and by analysing the draft law No 1610/2013, the essay pivots both on the legal qualification of legal warranties and on the additional question of the statute of limitation, by offering a new interpretation.

Presupposti e scenari in tema di garanzie convenzionali nella cessione di partecipazioni

Tommaso dalla Massara*

SOMMARIO: 1. L’impatto della Cassazione n. 16963/2014 entro lo scenario del c.d. *M&A*. – 2. Un percorso esterno rispetto al terreno delle garanzie della vendita. – 3. La complessità dei profili collegati alla prescrizione. – 4. Le più recenti oscillazioni giurisprudenziali. – 5. Un percorso *de iure condendo*: la proposta di legge n. 1610 del 2013. – 6. L’attuale impostazione della Cassazione tra zone d’ombra e linee di difficile tracciabilità. – 7. La proposta ricostruttiva fondata sull’obbligazione sottoposta a condizione. – 8. Profili critici della proposta ricostruttiva. – 9. Conclusioni.

1. L’impatto della Cassazione n. 16963/2014 entro lo scenario del c.d. *M&A*.

Le dinamiche economiche degli ultimi anni hanno dimostrato come l’efficienza del sistema giuridico in materia di c.d. *M&A* rappresenti un fattore di competitività per un intero comparto, tanto più quando esso sia caratterizzato da capacità di rapida evoluzione e da un potenziale di forte attrattività internazionale.

Non v’è dubbio che ciò possa riferirsi al mondo del *fashion* italiano, il quale è stato oggetto di intensi fenomeni di fusioni e acquisizioni, tali da modificare lo scenario (soprattutto dal punto di vista dimensionale) dei soggetti in campo.

In questo contesto, indubitabile è l’impatto sviluppato dalla sentenza della Cassazione del 24 luglio 2014, n. 16963¹, intervenuta a ridisegnare fin nelle sue linee di fondo i contorni di molte delle questioni più spinose, tra quelle che si collegano al regime delle garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni.

* Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell’antichità nell’Università degli Studi di Verona, Dipartimento di Scienze giuridiche; Avvocato del Foro di Verona.

¹ Sulla quale si vedano i commenti di A. TINA, *Il termine di prescrizione degli impegni di garanzia e indennizzo nel trasferimento di partecipazioni societarie*, in www.giustiziacivile.com, 2014; G. IORIO, *Vendita di partecipazioni sociali: garanzie contrattuali e termine di prescrizione*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2406 ss.; F. VALERIO, *Garanzia convenzionale per sopravvenienze passive: l’indennizzo va richiesto entro il termine decennale di prescrizione*, in *D&G*, 2014, p. 63 ss.; G. Buset, *Vendita di partecipazioni sociali di «controllo» e garanzie patrimoniali: rassegna critica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 355 ss.; M. STELLA, *Le «business warranties» nell’intreccio tra garanzie edilizie, prescrizione e decadenza*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 324 ss.; F. DE GENNARO, A. FERRARI e L. MAGRINI, *Garanzie del venditore nella compravendita di partecipazioni sociali*, in www.giustiziacivile.com, 2015; G. SALATINO, *«Patto di garanzia» nel contratto di acquisizione («Sale and Purchase Agreement»)*, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 891 ss.; sia consentito inoltre rinviare a un primo commento che avevo espresso in T. DALLA MASSARA, *La Cassazione su cessione di partecipazioni sociali e prescrizione dell’indennizzo pattuito in caso di sopravvenienze: per una nuova impostazione della questione in termini di obbligazione pecuniaria sottoposta a condizione sospensiva*, in *Dir. civ. cont.*, 2 dicembre 2014.

L'esito ultimo del ragionamento sviluppato in quella sentenza è rappresentato da ciò: nell'ambito della vendita di azioni o quote, se le parti abbiano previsto pattiziamente un diritto di indennizzo per l'ipotesi in cui, in seguito alla conclusione del contratto, si verificano perdite o sopravvenienze passive nella società oggetto di cessione, il diritto a ottenere tale indennizzo è sottoposto al termine di prescrizione ordinaria decennale².

Così decidendo, i Supremi Giudici hanno viceversa escluso che al medesimo diritto si applichino i termini di cui all'art. 1495 c.c., previsti per le due figure contemplate nel quadro della disciplina della vendita agli artt. 1490 e 1497 c.c., e così rispettivamente in tema di vizio redibitorio del bene venduto e di mancanza di qualità essenziali o promesse³. E infatti – con riguardo a ciò il percorso argomentativo sviluppato dalla Cassazione segna un punto decisivo, sul quale si tornerà – presupposto comune, affinché possano ritenersi integrate quelle due figure in tema di vendita, è che il difetto materiale del bene venduto sia preesistente al momento della conclusione del contratto; ma – osserva la

² Può essere utile qui riportare testualmente il principio di diritto: «in tema di cessione di partecipazioni, le clausole con le quali il venditore assuma l'impegno di tenere indenne l'acquirente dal rischio connesso al verificarsi, successivamente alla conclusione del contratto, di perdite o di sopravvenienze passive della società hanno a oggetto obbligazioni accessorie al trasferimento del diritto oggetto del contratto, che sono volte a garantire l'esito economico dell'operazione; pertanto, non rientrando tali pattuizioni nella garanzia legale relativa alla mancanza delle qualità promesse ai sensi dell'art. 1497 cod. civ., trova applicazione la prescrizione ordinaria decennale e non quella di cui all'art. 1495 cod. civ., richiamato dall'art. 1497 cod. civ.».

³ Per un raffronto con l'impostazione tradizionale, ferma nel ritenere che ai patti di garanzia siano da applicare i termini di cui all'art. 1495 c.c., valga anzitutto il richiamo ad App. Milano, 21 novembre 2008: si tratta di un pronuncia quantomai nota tra gli addetti ai lavori, sebbene non mai edita su riviste cartacee; tuttavia maggiori ragguagli su quella decisione possono rinvenirsi, per esempio, in M. SPERANZIN, A. TINA, *Una recente proposta legislativa in tema di trasferimento di aziende e di partecipazioni sociali*, in *Le società*, 2014, p. 261, nota 3. L'Appello milanese dichiarò la nullità di un lodo arbitrale con cui era stato riconosciuto applicabile il termine di prescrizione ordinario decennale: afferma infatti la Corte che «la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto, incidendo sulla solidità economica e sulla produttività della società, quindi sul valore delle azioni o delle quote, può integrare la mancanza di qualità essenziali della cosa, che rende ammissibile la risoluzione del contratto ex art. 1497 c.c. Alla luce di tale indirizzo, che la Corte reputa pienamente condivisibile, le c.d. *business warranties*, dovendo essere inquadrate nella garanzia legale disciplinata in materia di vendita (artt. 1490 e/o 1497 c.c.), sono soggette al termine prescrizione annuale di cui all'art. 1495 c.c., non derogabile dalle parti per previsione espressa dell'art. 2936 c.c.». L'intervento correttivo della Corte d'Appello rispetto al lodo appare indicativo di una reazione giurisprudenziale nei riguardi di una consolidata tendenza arbitrale, da sempre compattamente orientata – come si avrà modo di vedere meglio in seguito – nel senso della non applicabilità alle garanzie convenzionali dei termini prescrizione brevi di cui all'art. 1495 c.c. In questo scenario generale, merita di essere segnalata l'apertura, pur soltanto parziale se non addirittura ambigua, realizzatasi dopo la decisione milanese – e prima della Cassazione dell'estate 2014 – con la sentenza App. Roma, 3 marzo 2011, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 1015 ss., con commento di A. TINA, *La natura giuridica delle clausole di garanzia nel trasferimento di partecipazioni societarie*: ivi era in linea di principio ribadita l'applicabilità della disciplina sulla vendita, e così in specie dell'art. 1495 c.c., anche nell'ipotesi in cui «l'alienante avesse garantito il valore economico della qualità delle azioni», tuttavia al contempo si riconosceva il nascere di un'obbligazione autonoma in capo ai cedenti, tale per cui sarebbe stato legittimato il rifiuto, ai sensi dell'art. 1460 c.c., da parte dell'acquirente di pagare il saldo del prezzo. Ragionava in questo modo la Corte romana: «oggetto della garanzia è la chiusura in leggero utile del bilancio [...], impegno che deve essere valutato sotto il profilo dell'adempimento della relativa obbligazione assunta dai venditori, avente valore autonomo e rispetto a cui non opera alcuna decadenza o termini ridotti di prescrizione di cui all'art. 1495, c. 3, c.c., non trattandosi di clausola di garanzia per i vizi (occulti) della cosa venduta», per concludere nel senso che «l'impegno di garanzia sul leggero utile è un'obbligazione autonoma assunta dai venditori, in alcun modo connessa al prezzo di acquisto delle azioni non essendo stato offerto dall'appellante alcun riscontro obiettivamente valutabile dell'assunto inverso».

Corte proprio per avvalorare il suo ragionamento, che corre in senso opposto – una siffatta preesistenza non si riscontra nel caso in cui a emergere siano perdite o sopravvenienze passive nella società *target*.

Più precisamente, l'idea di fondo appare quindi quella per cui, quando vengano in rilievo perdite o sopravvenienze, è la natura stessa del difetto che l'acquirente contesta a risultare intrinsecamente incompatibile rispetto all'ontologia del difetto consistente, secondo tradizione, nel vizio redibitorio ovvero nella mancanza di qualità essenziali o promesse.

Con riguardo alla cessione di partecipazioni si è infatti a cospetto di eventi relativi alla consistenza patrimoniale o alla redditività della società che si manifestano in tempi successivi al perfezionarsi del contratto.

Nondimeno si tratta di eventi i quali, incidendo sul valore di mercato della società, pongono un problema di adeguatezza del prezzo pattuito: però quell'adeguatezza merita di essere recuperata proprio mediante il riconoscimento del diritto dell'acquirente a ottenere l'indennizzo pattiziamente statuito, al quale deve applicarsi il termine di prescrizione decennale.

Fin qui, assai in breve, l'architettura argomentativa che regge la decisione della Suprema Corte dell'estate 2014.

A concentrare su di sé la massima attenzione, rispetto all'impianto generale, è proprio lo snodo nel quale la qualificazione giuridica delle garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni conduce all'individuazione di una regola sulla prescrizione differente da quella dettata per il regime della vendita, di cui all'art. 1495 c.c.

Orbene, tenendo fermo lo sguardo sulla struttura logico-giuridica testé evidenziata, ben si possono cogliere almeno altri due assai significativi punti di approdo cui parallelamente perviene la Corte, proprio in coerenza con quella struttura.

In primo luogo, nella sentenza del 2014 si afferma che l'impegno del venditore a tenere indenne l'acquirente rispetto al rischio connesso al sopravvenire di suddetti eventi configura un'obbligazione da intendersi come nascente da patto accessorio al contratto di compravendita. Dogmaticamente, tale opzione si traduce nel riconoscimento del nascere di un'obbligazione e non, viceversa, di una garanzia in senso tecnico; e, per rendere più esplicito ciò, nella sentenza si parla di «obbligazione autonoma», per tale dovendosi intendere un'obbligazione non riconducibile agli effetti naturali della vendita, ai sensi degli artt. 1490 ss. c.c.

Va detto che questa tesi, la quale riconosce l'autonomia dell'obbligazione *ex pacto* rispetto al contratto di vendita, trova appoggio e conferma nella lettura in chiave tributaristica della medesima

vicenda della cessione di partecipazioni con garanzie convenzionali, per lo meno stando a quello che è il più recente orientamento della Cassazione⁴.

In secondo luogo, osserva la Corte che l'obbligazione di cui trattasi è volta a garantire l'esito economico dell'operazione sotto il profilo della causa in concreto e, in specie, dell'attuazione del sinallagma funzionale, *in primis* con attenzione all'adeguatezza del prezzo pattuito; prezzo che altrimenti – rilevano i Giudici – non è in sé contestabile al di fuori dei rimedi tradizionali, quali sono anzitutto la rescissione per lesione *ultra dimidium* e l'annullabilità per errore sul prezzo che concreti anche un errore sulla qualità del bene.

Naturalmente, tanto la rescissione per lesione quanto l'annullabilità per errore sono invocabili soltanto in presenza dei rispettivi e consueti presupposti⁵.

Né la presenza delle garanzie convenzionali esclude che il compratore decida di imboccare altre vie rimediali, come per esempio quelle che si collegano al dolo (sotto il profilo del dolo essenziale, ma più ancora sotto quello del dolo incidente)⁶, oppure fondate sulla presupposizione⁷.

⁴ Il riferimento è anzitutto al c.d. 'caso Fenice', deciso con Cass., 19 ottobre 2012, n. 17948, in *Contratti*, 2013, p. 631 s.: la Suprema Corte precisò che ai fini della tassazione, ai contratti di cessione di partecipazione con garanzia convenzionale in ordine alla consistenza del patrimonio, debba applicarsi l'art. 21, c. 1, d.P.R. 25 agosto 2006, n. 131, con l'effetto che l'atto di vendita e il patto di garanzia risultano sottoposti ad autonoma tassazione; il che significa che, viceversa ritenendo non applicabile il comma 2 del sopracitato articolo, la Suprema Corte mostra di rifiutare la tesi secondo cui la clausola accessoria e l'atto di vendita per loro intrinseca natura deriverebbero l'una dall'altro. L'orientamento inaugurato con il 'caso Fenice' è stato poi ribadito da Cass., 3 dicembre 2015, n. 24672, in *DeJure*: «l'oggetto immediato della vendita di azioni è la partecipazione sociale e si estende alla consistenza o al valore del patrimonio solo per effetto di specifiche pattuizioni, frutto di autonomia contrattuale, mentre il regime della tassazione unica, da applicare avendo riguardo alla disposizione soggetta all'imposizione più onerosa, previsto dall'art. 21, comma 1, del medesimo d.P.R., richiede, attesa la lettera e la ratio di questo, che tra le diverse clausole vi sia un vincolo di connessione necessaria in virtù di legge o per esigenza obiettiva del negozio giuridico e non per volontà delle parti».

⁵ Sul punto, M. SPERANZIN, *Le clausole relative all'oggetto «indiretto» (il patrimonio sociale); garanzie sintetiche e garanzie analitiche*, in *Le acquisizioni societarie*, opera diretta da M. Irrera, Bologna 2011, p. 193 ss.; cfr. inoltre G. SALATINO, «*Patto di garanzia» nel contratto di acquisizione*, cit., p. 893 s.

⁶ Sulla configurabilità del dolo quale fondamento per l'attivazione di diversi rimedi in ipotesi di difettosità del patrimonio sociale che siano emerse a seguito di cessione di partecipazioni, Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Contratti*, 1995, p. 169 ss.; Cass., 18 ottobre 1991, n. 11038; Cass., 12 gennaio 1991, n. 257; tra le sentt. di merito, si veda Trib. Milano, 25 agosto 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 915 ss., con nota di S. LUONI, *Ancora in tema di vendita di quote, vizi della volontà e garanzia: con qualche divagazione «a latere»*; Trib. Napoli, 11 marzo 2002, in *Le società*, 2003, p. 81 ss., con nota di D. CARMINATI, *Condizioni per le azioni di risoluzione ed annullamento del contratto di cessione di quote*; Trib. Milano, 4 giugno 1998, in *Notariato*, 1999, p. 459 ss., con nota di P. DI MARIA, *Rimedi e garanzie a tutela dell'acquirente di partecipazioni in società di capitali*. Sul punto si rinvia anche ai rilievi di U. CARNEVALI, *Garanzie nella cessione di quote sociali*, in *Le società*, 1991, p. 972 ss.; G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. soc.*, 1991, I, p. 750 ss.; E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino 1995, p. 266 ss.; F. FRUMIGLI, *La partecipazione sociale come «bene» distinto dalla quota del patrimonio societario*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 353 ss.; D. GALLETTI, *Brevi note in tema di vendita di quota sociale ed errore sui motivi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, p. 32 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Trasferimento di pacchetti azionari di controllo: clausole contrattuali e limiti all'autonomia privata*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 879 ss.; E. PAOLINI, *Garanzie per vizi nella vendita di partecipazioni sociali*, in *Le società*, 1997, p. 34 ss.; E. RUSSO, *Le tutele legali nelle acquisizioni societarie*, in *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, a cura di U. Draetta, C. Monesi, Milano 2007, p. 439 ss.; G. SALATINO, «*Patto di garanzia» nel contratto di acquisizione*, cit., p. 894 s.

Si torni ora però al cuore dell'impostazione delle questioni, come poc'anzi descritta.

È da notare che i costrutti giuridici utilizzati dalla Corte di Cassazione nel suo argomentare mostrano, nel loro insieme considerati, una stringente coerenza; e così i singoli segmenti concettuali rappresentati dall'obbligazione autonoma in quanto nascente da patto accessorio al contratto di compravendita, dalla causa in concreto, nonché dal sinallagma contrattuale – per citare solo i principali – consentono tutti insieme di pervenire all'esito del ragionamento fin da subito posto in evidenza: nell'ambito della vendita di azioni o quote, se le parti prevedono pattiziamente un'*indemnity* per il caso in cui, in seguito alla conclusione del contratto, si verifichino perdite o sopravvenienze passive nella società *target*, posto che per effetto di tale garanzia convenzionale sorge una vera e propria obbligazione nascente da patto accessorio alla vendita, la prescrizione che si applica al diritto dell'acquirente di ottenere l'*indemnity* è soggetta alla prescrizione ordinaria decennale.

L'*indemnity* di cui si parla è rappresentata solitamente da una somma predeterminata o predeterminabile. È da intendersi che tale somma debba corrispondersi a titolo di indennizzo, mentre non rappresenta un risarcimento del danno⁸: e ciò, a tacer d'altro, perché in base a questo genere di accordi la somma risulta dovuta a prescindere da qualsivoglia prova di colpa del venditore; invece, è da notare che nell'ipotesi che sarebbe da mettersi a diretto confronto di cui all'art. 1494 c.c., il diritto al risarcimento del danno non sorge se il venditore prova di aver ignorato senza colpa i vizi della cosa.

In relazione a siffatto diritto di indennizzo, per vero, è da soggiungere che nell'esercizio della normale libertà contrattuale non mancano talora di essere elaborate clausole con articolazioni più complesse. E così, in luogo della mera corresponsione di una somma di denaro, le parti potrebbero prevedere, per esempio, una clausola di adeguamento del prezzo.

⁷ Figura che ha sempre giocato un ruolo, diretto o indiretto, rispetto alla vicenda della cessione di partecipazioni: si veda in specie Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Giur. it.*, 1992, I, c. 2210 ss., con nota di P. ODDI, *In tema di presupposizione*. La configurabilità della presupposizione è evocata in sede di *obiter* da Cass., 29 agosto 1995, n. 9067, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1152 ss., con nota di V. CARBONE, *Vendita di azioni: l'errore di valutazione economica*; si veda poi il lodo arbitrale 14 marzo 1986, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli, M. de André, Milano 1990, p. 82, nota 1. Sui profili collegati alla presupposizione, F. FEZZA, *Spunti per un'indagine sulla vendita dei pacchetti azionari*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 597 ss.; S. SANZO, *Tecniche contrattuali di acquisizione – diretta o indiretta – di patrimoni aziendali: la ricerca di un punto di equilibrio tra interessi contrapposti nelle più recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Il governo delle società dopo il d.lgs. 24.2.1998, n. 58*, a cura di E. Andreoli, Padova 2002, p. 284 s.; A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano 2007, p. 262 ss.; E. RUSSO, *Le tutele legali*, cit., p. 450; N. MUCCIOLI, *Vizi della volontà, buona fede e presupposizione nell'alienazione di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 200 s.; D. SCARPA, *Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale*, in *Giust. civ.*, 2010, II, p. 396.

⁸ Il punto è ben chiarito da P. TRIMARCHI, *Le garanzie contrattuali nell'acquisto di partecipazioni sociali*, in *Studi in onore di G. De Nova*, a cura di G. Gitti, F. Delfini, D. Maffei, Milano 2015, p. 3033 ss., ma in specie p. 3041 ss., ove si precisa che «questi indennizzi hanno infatti natura diversa dal risarcimento previsto dall'art. 1494 cod. civ. non solo perché sono indipendenti dalla colpa del cedente, ma anche quanto all'oggetto, perché la reintegrazione delle insussistenze di attivo e delle sopravvenienze passive è cosa diversa dal risarcimento del danno dell'acquirente».

Tuttavia, la previsione di un'obbligazione differente rispetto a quella di *pecuniam dare* non modifica i profili generali del ragionamento, come meglio si dirà⁹.

Tutto ciò chiarito, si può fin d'ora rilevare che l'impostazione della Cassazione appare, nel suo complesso, innovativa e certamente non priva di pregio giuridico.

Non solo: almeno negli esiti, se non in ogni singolo passaggio del suo *iter* argomentativo, la Corte mostra di allinearsi agli auspici di coloro che quotidianamente si occupano di M&A; si tratta di auspici tutti e da lungo tempo espressi nel senso di un'estensione dei termini prescrizionali – da sempre denunciati come troppo stringenti – di cui all'art. 1495 c.c.

L'impatto applicativo è, come detto fin da subito, di grande momento.

Si è così autorizzati a esprimere una prima, del tutto parziale, conclusione.

Dopo la decisione dell'estate 2014, la Suprema Corte ha imboccato una strada significativamente più tutelante per l'acquirente di partecipazioni. Può dirsi addirittura modificata l'immagine del *capital market* del nostro paese.

Ben diverso è che l'acquirente in favore del quale sia stato predisposto un accordo di garanzia convenzionale si trovi nella condizione di vantare i propri diritti non già entro i termini di cui all'art. 1495 c.c., ossia otto giorni di decadenza dalla scoperta del vizio e un anno di prescrizione dalla consegna del bene, bensì entro l'arco assai più disteso di dieci anni di prescrizione dal sorgere dell'obbligazione, secondo la regola generale in tema di responsabilità contrattuale.

L'impostazione delle questioni sin qui tratteggiate in via di prima approssimazione costituisce però soltanto il punto di partenza rispetto a un ragionamento che si trova a dover definire ancora molti aspetti e a colmare ampie lacune.

2. Un percorso esterno rispetto al terreno delle garanzie della vendita.

Si è appena visto che al nuovo impianto concettuale, fondato in estrema sintesi sull'idea di un'obbligazione esterna rispetto al regime delle garanzie della vendita, nonché quindi sull'applicabilità del termine di prescrizione decennale, è affidato il compito di superare l'antico e nondimeno sempre urgente problema posto dalla ristrettezza dei termini *ex* art. 1495 c.c.

Sono quest'ultimi i termini entro i quali – secondo precedente e consolidata impostazione – al compratore si sarebbe imposto di agire onde far valere il diritto all'indennizzo pattuito nel contesto delle clausole di garanzia convenzionale che nella prassi prendono il nome di *Representations and Warranties*.

Si tratta di pattuizioni – in breve, d'ora in poi, *Re&W* – strutturate sulla base di un primo momento descrittivo-precettivo in relazione ai profili reddituali, ambientali, fiscali (e via dicendo),

⁹ Si veda *infra*, par. 7.

nonché di un secondo momento che presenta invece un carattere sanzionatorio: tipicamente, come si è testé visto, l'obbligo di corresponsione di una somma predeterminata o comunque determinabile.

Valga appena un cenno qui per precisare che la garanzia convenzionale che si concretizza nelle *Re&W* è figura ben distinta e presenta presupposti altri rispetto alla garanzia di buon funzionamento contemplata nel nostro codice all'art. 1512 c.c.; garanzia, quest'ultima, che peraltro prevede termini propri, precisamente di trenta giorni di decadenza e sei mesi di prescrizione dalla scoperta del difetto.

Orbene, vanno ora meglio precisati i profili dell'impostazione tradizionale, antecedente alla svolta della Cassazione.

Tale impostazione deriva da una lunga concatenazione giurisprudenziale¹⁰, sviluppatasi sull'impronta di un'autorevole dottrina¹¹, in base alla quale il difetto emergente nella partecipazione ceduta sarebbe stato da qualificarsi non tanto *sub specie* di vizio di cui all'art. 1490 c.c., quanto piuttosto di mancanza delle qualità promesse.

Quindi, intese le *Re&W* come dichiarazioni di qualità promesse, proprio ciò che fosse emerso in contrasto con i *verba promissa* avrebbe reso applicabile il regime di cui all'art. 1497 c.c.

Con riguardo al profilo della prescrizione, è da dire che per vero nulla di differente avrebbe comportato una qualificazione del difetto sotto forma di vizio di cui all'art. 1490 c.c., ossia di quel

¹⁰ Risalendo all'origine, Cass., 10 febbraio 1967, n. 338, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 436 ss., con nota di A. SCHERMI, *Considerazioni sulla natura e sulla vendita di titoli di credito astratti*; anche in *Foro it.*, 1967, I, c. 966 ss.; nonché poi Cass., 10 aprile 1973, n. 1028, in *Rep. Foro it.*, 1973, voce *Vendita*, c. 2793, n. 66; Cass., 16 febbraio 1977, n. 721, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2275 ss.; Cass., 21 giugno 1996, n. 5773, in *Corr. giur.*, 1997, p. 352 ss., con nota di F. FRUMIGLI; Cass., 28 marzo 1998, n. 2843, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 362 ss., con nota di S. CALI, *Applicabilità della disciplina generale sulla vendita anche alla cessione di partecipazioni sociali. Valore della minuta o punteggiatura*; Cass., 20 febbraio 2004, n. 3370, cit., p. 687 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Compravendita di quote sociali, mancanza di qualità e «aliud pro alio»*; Cass., 15 novembre 2006, n. 26690, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 948 ss., con nota di G. CARULLO, *Osservazioni in tema di vendita della partecipazione sociale*; Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 188 ss., con nota di N. MUCCIOLI, *Vizi della volontà, buona fede e presupposizione nell'alienazione di partecipazioni sociali*; Cass., 12 giugno 2008, n. 15706, in *Giur. it.*, 2008, p. 2766 s. Tra le pronunce di merito, oltre ad App. Milano, 21 novembre 2008, su cui si è portata l'attenzione dianzi, alla nota 9, è opportuno vedere Trib. Monza, 13 maggio 2014, n. 1457, in *DeJure*; Trib. Larino, 17 gennaio 2014, in *Leggi d'Italia*; Trib. Milano, 8 novembre 2011, in *Le società*, 2012, p. 94; Trib. Milano, 18 marzo 2006, in *Corr. merito*, 2006, p. 1133 ss., con nota di V. AMENDOLAGINE, *La responsabilità per vizi o mancanza di qualità nel contratto di cessione di partecipazioni societarie*; Trib. Milano, 26 novembre 2001, in *Le società*, 2002, p. 568 ss., con nota di D. PROVERBIO, *Spunti di riflessione in tema di compravendita di partecipazioni sociali*; Trib. Milano, 9 novembre 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 677 ss.; App. Milano, 15 marzo 1991, in *Le società*, 1991, p. 969 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Garanzie nella cessione di quote sociali*, cit.; App. Milano, 5 giugno 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, c. 387; Trib. Milano, 17 aprile 1989, in *Le società*, 1989, p. 939 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Garanzia per vizi nella vendita di azioni*; Trib. Milano, 6 luglio 1989, in *Le società*, 1989, p. 1967.

¹¹ Le linee essenziali sono segnate da T. ASCARELLI, *In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori*, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1639 ss.; ID., *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955, p. 219 ss.; in seguito, nel solco di quest'impostazione, A. DALMARTELLO, *Vendita di azioni con garanzia di una determinata consistenza patrimoniale della società che le ha emesse*, in *Impresa e società. Scritti in memoria di A. Graziani*, I, Napoli 1968, p. 409 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova 1999, p. 71; M. PINTO, *Le garanzie «patrimoniali» nella vendita di partecipazioni azionarie di controllo: qualificazione giuridica e termini di prescrizione*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 424 ss., il quale, tuttavia, esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 1497 c.c. le clausole di redditività e altre clausole che abbiano per oggetto eventi futuri; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Garanzie nella compravendita di pacchetti azionari e di imprese*, Milano 2006, p. 67 ss.

difetto materiale che sia in grado di rendere il bene inidoneo all'uso o, comunque, di diminuirne apprezzabilmente il valore.

L'una o l'altra che fosse la strada prescelta, comunque si sarebbe approdati al medesimo esito in ordine alla regola sulla prescrizione, ossia all'applicabilità dell'art. 1495 c.c.

Quello dell'anno di prescrizione è, in effetti, un punto d'arrivo scomodo non meno che obbligato: e gli artt. 1490 e 1497 c.c. rappresentano qualcosa di simile a una sorta di gabbia dogmatica che non lascia spazio ad alternative.

Certo, assai differente sarebbe invece il discorso se si qualificasse il difetto in esame *sub specie* di *aliud pro alio*, nella misura in cui l'acquirente ritenesse di contestare una mancanza di gravità tale da rendere la partecipazione acquisita un bene tutt'affatto incommensurabile rispetto a quello che era stato oggetto dell'accordo: per esempio, vendita di *aliud* si configurerebbe allorché il cedente avesse garantito che la società possedeva uno stabilimento industriale, quando invece emergesse dai fatti che quello stabilimento era del tutto inservibile per l'attività industriale¹².

Per la via di una lettura della fattispecie in chiave di *aliud pro alio* (un percorso dunque in qualche misura interno al regime della vendita, almeno per quanto possa esserlo la figura dell'*aliud pro alio*, la quale per vero trova fondamento diretto nell'art. 1453 c.c.) si sarebbe pervenuti a prospettare l'applicabilità del termine di prescrizione decennale.

Non è questo però l'argomento fatto valere dalla Suprema Corte, ché – come si è visto – essa nel 2014 ha invece scelto un itinerario del tutto esterno rispetto al regime delle garanzie della vendita, nonché alternativo pure all'*aliud pro alio*. L'opzione prescelta, senza dubbio radicale, è nel senso di far leva sull'idea di un vincolo obbligatorio nascente da patto accessorio al contratto di vendita¹³.

Certo, sullo sfondo rispetto alla triplice qualificabilità del difetto emergente in termini di 1490 c.c., oppure di 1497 c.c. o, ancora, di *aliud pro alio*, si staglia un tema tanto delicato quanto ineludibile, nella cui cornice si iscrive, a ben vedere, l'intera vicenda della cessione di partecipazioni.

¹² L'esempio è ricavato da Cass., 28 agosto 1952, n. 2784, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1638 ss., con nota di T. ASCARELLI, *In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori*. In prospettiva di configurabilità dell'*aliud pro alio*, con riguardo alla vendita di partecipazioni sociali, si collocano i ragionamenti di G. ROMANO-PAVONI, *In tema di azioni e quote di società: vendita di «aliud pro alio»?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1953, II, p. 153 s.; G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita di titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, p. 358 s.; A. SCHERMI, *Considerazioni sulla natura e sulla vendita di titoli di credito astratti, dei titoli rappresentativi e dei titoli azionari*, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 457; U. CARNEVALI, *Garanzie nella cessione di quote sociali*, cit., p. 971 ss.; ID., *Garanzie per i vizi dei beni sociali nella cessione di azioni*, in *Le società*, 1992, p. 822 ss.; ID., *Compravendita di quote sociali*, cit., p. 693; A. MANZINI, *L'acquisizione di partecipazioni sociali*, in *Manuale delle acquisizioni di imprese*, a cura di A. Motta, Milano 2003, p. 382; M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di «controllo» e garanzie contrattuali*, Milano 2006, p. 87; A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, cit., p. 250 s.; G. SALATINO, *«Patto di garanzia» nel contratto di acquisizione*, cit., p. 896 s. In giurisprudenza, si veda Cass., 20 febbraio 2004, n. 3370, cit., p. 687 ss.; Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Le società*, 2000, p. 1205 ss., con nota di A. FIGONE, *Cessione di quote sociali ed oggetto del negozio*; Cass., 3 agosto 2000, n. 10188, in *Contratti*, 2000, p. 1158; Cass., 10 dicembre 1991, n. 13268.

¹³ Specificamente sul carattere dell'accessorietà, con riferimento all'obbligazione nascente dal patto di garanzia, P. MONTALENTI, *La compravendita di partecipazioni azionarie*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, Milano 1994, p. 787.

Si tratta di un tema che – nell'economia del nostro discorso – necessariamente resterà non più che evocato: alludo al dibattito in ordine alla natura della partecipazione quale bene di secondo grado, rappresentativo del patrimonio sociale.

Dal punto di vista qui adottato, si pone cioè la questione dell'esatta identificazione dell'oggetto del contratto di cessione di partecipazioni.

Com'è noto, al centro è l'idea che soltanto in via mediata il difetto emergente nel patrimonio sociale abbia modo di ridondare in termini di consistenza e qualità della partecipazione in sé considerata, la quale purtuttavia è e rimane l'oggetto immediato e diretto del contratto¹⁴.

Ma il punto è assai delicato e – sia pur sinteticamente – su di esso si tornerà tra breve.

Conviene invece in questa stessa prospettiva incontrata sull'oggetto venduto mettere in luce il rilievo che potrebbe assumere il profilo 'quantitativo' delle partecipazioni cedute, nel senso che, maggiore essendo il loro numero, più prossima sarebbe la corrispondenza dell'oggetto della vendita con

¹⁴ Idea che è già alla base di Cass., 4 agosto 1941, n. 2736, in *Foro it.*, 1942, I, c. 197 ss., con nota di G. FERRI, ove si afferma che «la vendita di tutte le azioni di una società anonima non importa trasferimento del patrimonio sociale»; nonché Cass., 18 ottobre 1955, n. 3259, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 455 ss., con cui si ribadisce che «il trasferimento delle azioni di una società significa soltanto il trasferimento di diritti inerenti alla qualità di socio, dei quali l'azione è titolo rappresentativo, e non ha riflesso alcuno sul patrimonio della società»; Cass., 22 settembre 1959, n. 2598, in *Dir. fall.*, 1959, II, p. 911 s., ove si stabilisce che «il trasferimento del pacchetto azionario di una società determina il trasferimento dei diritti inerenti alla qualità di socio, ma non ha alcun riflesso sul patrimonio della società»; nel medesimo senso, Cass., 14 febbraio 1963, n. 325, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 743 ss.; più recentemente, Cass., 22 marzo 2012, n. 4548, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2012, p. 447; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2087, in *Giur. it.*, 2012, p. 2569 ss., con nota di A. CAPOCETTI, *Il socio di una società di capitali può essere autonomamente risarcito dei danni cagionati da un terzo al patrimonio sociale?*; Cass., 23 giugno 2010, n. 15220 in *Danno resp.*, 2011, p. 23 ss., con nota di L. BUGATTI, *Amministratore, danni al socio o al terzo e azione diretta*; Cass., 24 dicembre 2009, n. 27346 in *Giur. it.*, 2010, p. 1081 ss., con nota di M. SPIOTTA, *La nozione di «danno diretto» (nella fattispecie, da negligente revisione) secondo le Sezioni Unite*; Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, cit. Nell'ambito delle decisioni di merito, Trib. Catania, 30 aprile 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 681 ss., con nota di G.M. BANNA, *Cessione di quote sociali e garanzie del cedente*; App. Milano, 15 marzo 1991, cit.; Trib. Milano, 3 ottobre 1991, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 434 ss., con nota di G. ROMAGNOLI, *Cessione di partecipazioni nelle società di capitali: annotazioni sulla tutela dell'acquirente*. Il punto è ampiamente approfondito in dottrina: con riferimento al sistema precedente al codice attuale, N. GASPERONI, *Le azioni di società*, Padova 1942, p. 222 ss.; in tempi più recenti, O. CAGNASSO, *Trasferimento delle partecipazioni sociali, contratto aleatorio e rescissione per lesione*, in *Giur. it.*, 1992, I, c. 601 ss.; O. CAGNASSO, M. IRRERA, *Il trasferimento della partecipazione di controllo*, Torino 1994, p. 69 ss.; A. MARCINKIEWICZ, *Inadempimento contrattuale del promissario acquirente di tutte le quote sociali*, in *Le società*, 1994, p. 1382 ss.; S. TAURINI, *Natura e forma del contratto di cessione delle azioni*, in *Le società*, 1994, p. 877 ss.; V. CARBONE, *Vendita di azioni: errore di valutazione economica*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1154 ss.; A. PAGLIANI, *Inapplicabilità dei principi della simulazione alle società di capitali*, in *Le società*, 1995, p. 535 ss.; S. CAVANNA, *Trasferimento ed acquisto dei titoli azionari nominativi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 326 ss.; V. ANSELMINI, F. CANGELLI, *Cessioni di quote e tutela dell'acquirente. Aspetti comparatistici*, in *Le società*, 1995, p. 726 ss.; E. PAOLINI, *Garanzie per vizi nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., p. 34 ss.; F. FRUMIGLI, *La partecipazione sociale come «bene» distinto dalla quota del patrimonio societario*, cit., p. 352; L. PONTI, M. MASETTI, *La vendita garantita delle partecipazioni sociali*, Padova 1997, p. 281 ss.; G.M. BANNA, *Cessione di quote sociali e garanzie del cedente*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 684 ss.; P. DI MARIA, *Rimedi e garanzie*, cit., p. 461 ss.; M. GHISALBERTI, *Brevi note in tema di tutela dell'acquirente di partecipazioni sociali*, in *Riv. not.*, 2000, p. 996 ss.; C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano 2003, p. 16; G. FESTA FERRANTE, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, in *Riv. not.*, 2005, p. 158 ss.; F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 295 ss.; N. MUCCIOLI, *Vizi della volontà*, cit., p. 193 ss.; V. SALAFIA, *Circolazione delle partecipazioni societarie*, in *Le società*, 2014, p. 1177 ss.; G. IORIO, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano 2006, p. 150 ss.; G. Buset, *Vendita di partecipazioni sociali di «controllo»*, cit., p. 355 s.

la società stessa, anche per quanto riguarda le garanzie convenzionali, sicché si potrebbe arrivare a ritenere che la cessione della totalità o quasi delle partecipazioni si presenti concettualmente molto vicina alla – ovvero sia addirittura identificabile con la – vendita dello stesso patrimonio sociale. Proprio in questo senso appare utile il confronto con l'elaborazione della giurisprudenza tedesca, per la quale una siffatta equiparazione è già raggiunta¹⁵.

3. La complessità dei profili collegati alla prescrizione.

Pare opportuno ora portare l'attenzione su taluni profili legati al regime della prescrizione.

Non sarà inutile rammentare che, alla stregua dell'impostazione giurisprudenziale più conservativa poc'anzi citata, ossia in particolare quella propensa a qualificare il difetto oggetto della garanzia convenzionale *sub specie* di art. 1497 c.c., nessuna pattuizione intesa a fissare un termine più lungo di quello annuale onde ottenere l'indennizzo si sarebbe potuta ritenere idonea allo scopo. In effetti, qualsivoglia accordo in tal senso avrebbe cozzato contro il principio di inderogabilità della prescrizione proclamato nell'art. 2936 c.c.

Ovviamente, nessuna capacità di incidere sull'art. 2936 c.c. si potrebbe ricavare da un richiamo all'art. 1487 c.c., con cui è consentito ai contraenti di «aumentare o diminuire gli effetti della garanzia»¹⁶.

È, quello dell'inderogabilità della prescrizione, un aspetto decisivo per il nostro tema sotto vari aspetti.

In primis esso consente di cogliere le ragioni più profonde della scelta della Cassazione di elaborare la propria soluzione entro un terreno altro rispetto a quello del regime della compravendita.

¹⁵ In effetti la giurisprudenza di legittimità tedesca (per esempio, BGH, 4 aprile 2001, VIII ZR 32/00, in *Betriebs Berater*, p. 2390 ss., con nota di C. LOUVEN, *Gesteigerte Aufklärungspflicht des Verkäufers von GmbH-Anteilen*, nonché in *Der Betrieb*, 2001, p. 1298 ss.), diversamente da quella italiana (tra molte, Cass., 23 luglio 1998, n. 7209, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3018 ss., con nota di G. LA ROCCA, *A proposito di «società simulata», comunione e art. 2248 c.c.*), assimila sotto vari profili la cessione della totalità o quasi delle azioni alla vendita dell'azienda. L'idea è che, in ipotesi di cessione della totalità o quasi delle azioni, il patrimonio sociale assurga a oggetto della vendita (*Kaufgegenstand*), sicché l'acquirente delle partecipazioni avrebbe facoltà di avvalersi dei rimedi previsti in tema di garanzie della vendita qualora si riscontrino difetti concernenti il patrimonio della società: sul punto, J. THIESSEN, *Unternehmenskauf und Bürgerliches Gesetzbuch. Die Haftung des Verkäufers von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen*, Berlin 2005, p. 43 ss.; M.C. HILGARD, *Verjährung und Aufrechnung beim Unternehmenskauf*, in *Betriebs Berater*, 2012, p. 852; P. HOMMELHOFF, *Zur Abgrenzung von Unternehmenskauf und Anteilswerb*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1982, p. 376 ss.; H.J. HIDDEMANN, *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1982, p. 438 ss. Nella letteratura italiana, sull'impostazione della questione per diritto tedesco, cfr. C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, II, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino 1991, p. 111, nota 30.

¹⁶ Semmai l'art. 1487 c.c. potrebbe entrare in gioco, come rileva Cass., 4 settembre 1991, n. 9352, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3139, nella misura in cui siano introdotte, con propria disciplina contrattuale, altre e differenti obbligazioni a carico del venditore, la prescrizione delle quali si sottragga ai termini stretti fissati nell'art. 1495 c.c.: sul punto, P. TRIMARCHI, *Le garanzie contrattuali*, cit., p. 3045 e nota 15.

Naturalmente, in proposito valga ricordare – si tratta di aspetto banale, ma talora equivocato – che l'inderogabilità riguarda soltanto il termine di prescrizione, il quale decorre, ai sensi dell'art. 2935 c.c., «dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere».

Rimane invece impregiudicato il profilo della durata degli effetti del patto di garanzia, per il quale vale in tutta pienezza il principio di autonomia contrattuale; sicché qualora le parti prevedano che l'efficacia del patto sia destinata a coprire un determinato arco di tempo, allora non v'è dubbio che a partire dall'ultimo punto cronologico in cui il diritto possa essere invocato, proprio da lì decorrerebbe anche il termine – in quanto tale inderogabile – di prescrizione (così, per esempio, se fosse precisato che il patto dipana i suoi effetti per un anno dopo la firma, la prescrizione matura da quell'ultimo giorno in cui è esercitabile il diritto).

Non meno rilevante mi pare un'ulteriore osservazione, a completamento della precedente.

Si deve considerare che il momento a partire dal quale si calcola l'anno di prescrizione di cui all'art. 1495 c.c., per l'ipotesi in cui l'oggetto della vendita sia rappresentato dal particolare bene che è costituito da una partecipazione¹⁷, coincide con quello in cui si perfeziona l'accordo di cessione. Ciò accade per effetto di una sorta di *factio* in base alla quale si può dire in prima approssimazione che con l'accordo – nel linguaggio della prassi, il *closing* – 'passa' la partecipazione e così si realizza la consegna di cui parla l'art. 1495 c.c. Con un maggior grado di esattezza, si potrebbe poi dire che il momento del 'passaggio' della partecipazione è da collocarsi in corrispondenza con gli adempimenti e le formalità necessarie e immediatamente consequenziali all'accordo; adempimenti e formalità sulla base dei quali l'acquirente risulta legittimato all'esercizio dei diritti trasferiti proprio con la partecipazione.

Dunque, per un verso, un aspetto quasi sommerso e però centralissimo della vicenda della cessione di partecipazioni è ravvisabile proprio nell'individuazione di un *dies a quo* della prescrizione che non offre alcuna sicurezza in termini di conoscenza o conoscibilità dei difetti del bene venduto. Per altro verso, ostativo rispetto a ogni possibilità di accordo di garanzia convenzionale si rivela il *barrage* che deriva dal combinato disposto dell'art. 1495 c.c. e dell'art. 2936 c.c.

È proprio da queste premesse che prende avvio il percorso disegnato dalla Cassazione; un percorso – come detto – che fa leva sull'idea dell'obbligazione autonoma e accessoria alla vendita.

Prima di chiudere sul punto, occorre portare nuovamente l'attenzione sul fatto che nel caso in esame la cessione ha per oggetto un bene affatto *sui generis*, quale è rappresentato da una partecipazione sociale¹⁸.

¹⁷ Occorre dare qui per presupposto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale – per il quale si veda d'altro canto, alla nota 14 – in esito al quale si ritiene che il difetto emergente nel patrimonio sociale abbia un riflesso in termini di consistenza e qualità della partecipazione in sé considerata, sebbene quest'ultima rimanga l'oggetto diretto immediato del contratto.

¹⁸ Anche qui si dà per presupposto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale rappresentato *supra*, alla nota 14.

Sotto il profilo che qui interessa, ciò comporta una significativa deviazione nei modi di funzionamento dell'art. 1495 c.c. rispetto a quelli immaginati dal legislatore del 1942 tenendo in conto il paradigma classico dell'oggetto del contratto di compravendita.

In effetti, una lettura formalistica della vicenda potrebbe financo indurre a proporre una soluzione gordiana di tutti i problemi posti dalle garanzie convenzionali, stando alla quale oggetto di cessione sarebbe da ritenere puramente e semplicemente la partecipazione in sé, senza che invero assumano rilievo i difetti emergenti nel patrimonio sociale, di cui pure la prima è innegabilmente rappresentativa; sicché perdite o sopravvenienze passive nella società oggetto della cessione potrebbero *in thesi* dirsi addirittura irrilevanti.

Una siffatta posizione formalistica appare tuttavia oggi anacronistica: e difatti su di essa la Cassazione interviene proprio per disconoscerla espressamente¹⁹.

Infine, merita ancora di essere svolta un'ultima considerazione.

Non è forse superfluo ricordare che soltanto la prescrizione è inderogabile ai sensi dell'art. 2936 c.c., mentre non costituirebbe ostacolo rispetto a liberi accordi tra le parti il termine di decadenza di otto giorni dalla scoperta del difetto, essendo quest'ultimo non inderogabile per legge.

Tratteggiati fin qui i profili delle principali questioni delle quali è intessuta la vicenda delle garanzie nella cessione di partecipazioni, occorre ora gettare uno sguardo sullo scenario giurisprudenziale successivo alla sentenza del 2014.

4. Le più recenti oscillazioni giurisprudenziali.

Si rimarrebbe delusi se ci si attendesse che, dopo la sentenza del 2014, il quadro giurisprudenziale fosse rimasto stabile.

Quella decisione non può dirsi un *leading case* incontrastato.

Già pochi mesi dopo, la Cassazione tornava sui suoi stessi passi e, con la sentenza n. 23649 del 6 novembre 2014²⁰, facendo richiamo all'ampia concatenazione della giurisprudenza precedente, si esprimeva nel senso dell'applicabilità dell'art. 1497 c.c. – nonché conseguentemente, in punto di prescrizione, dell'art. 1495 c.c. – per l'ipotesi in cui fossero previste specifiche garanzie convenzionali da parte del cedente di partecipazioni.

¹⁹ In effetti, nella sentenza della Suprema Corte del luglio 2014 si precisa che «le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di 'secondo grado', in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale, e sono rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale». Il tema qui in rilievo coinvolge in profondità molti dei problemi attinenti alla natura di socio, nonché alla configurazione stessa delle appartenenze societarie, come in modo assai chiaro emerge da F. GALGANO, *Cessione di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva fra socio e società*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 537 ss.

²⁰ Cass., 6 novembre 2014, n. 23649, in *Le società*, 2015, p. 232.

Non solo, l'impostazione innovativa data dalla Cassazione del luglio 2014 era poi disconosciuta anche dalle Corti di merito.

In particolare, è da segnalare la sentenza del 6 luglio 2015²¹, con la quale il Tribunale di Milano ribadiva in *obiter*, pur in un caso nel quale non erano state pattuite garanzie convenzionali, l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1497 c.c.

Inoltre, pochi giorni dopo, il Tribunale di Lucca, con decisione del 10 luglio 2015²², prospettava l'applicabilità della disciplina delle qualità promesse *ex art.* 1497 c.c. anche in assenza di esplicite clausole, quando l'affidamento del cessionario potesse ritenersi giustificabile alla stregua del principio di buona fede²³.

Ancora più recentemente il Tribunale di Roma, con sentenza del 28 settembre 2015²⁴, affermava in *obiter* l'applicabilità della disciplina della vendita nel caso in cui fossero previste garanzie convenzionali. Peraltro, poco di seguito, lo stesso Tribunale si esprimeva in senso diametralmente opposto con la decisione del 5 ottobre 2015²⁵: in tale ultima occasione i giudici, facendo propria la tesi della Cassazione del luglio 2014, ravvisavano nelle clausole di garanzia attinenti al patrimonio sociale e riguardanti fatti avvenuti prima della conclusione del contratto – ma i cui effetti potrebbero manifestarsi anche a distanza di anni – il nascere di prestazioni accessorie rispetto alle quali il cedente si obbliga, allo scopo di garantire l'esito economico dell'operazione come pure l'adeguatezza del prezzo pattuito²⁶.

Anche altre pronunce di merito si sono recentemente allineate a quella stessa impostazione innovatrice della Suprema Corte²⁷.

Peraltro era ancora la Cassazione, con la decisione n. 14255 dell'8 luglio 2015²⁸, sebbene in *obiter*, in relazione a un caso nel quale veniva negata l'annullabilità del contratto per errore sul valore economico delle quote oggetto della cessione, a riportare in auge l'idea dell'applicabilità del regime delle garanzie ai sensi dell'art. 1497 c.c., in presenza di pattuizioni riferibili alla consistenza del patrimonio sociale.

²¹ Trib. Milano, 6 luglio 2015, in *Le società*, 2016, p. 52 ss., con nota di E.E. BONAVERA, *Compravendita di azioni e dolo incidente*.

²² Trib. Lucca, 10 luglio 2015, n. 1284, in *DeJure*.

²³ In altri casi la giurisprudenza aveva esteso la tutela dell'acquirente facendo leva sul principio di buona fede, proprio nei contratti in cui non erano presenti clausole di garanzia: si veda, per esempio, Cass., 20 febbraio 2004, n. 3370, cit.; Cass., 9 settembre 2004, n. 18181; Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, cit.; App. Milano, 28 gennaio 2009, in *Le società*, 2010, p. 339 ss., con nota di D. SCARPA, *Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale*; Trib. Milano, 25 agosto 2006, cit.

²⁴ Trib. Roma, 28 settembre 2015, n. 19193, in www.ilsocietario.it, 14 gennaio 2016, con nota di F. FAINELLI, *Compravendita di partecipazione sociale: validità delle clausole contrattuali*.

²⁵ Trib. Roma, 5 ottobre 2015, n. 19814, in www.quotidianogiuridico.it, 11 gennaio 2016, con nota di G.L. NIGRO, *Cessione di partecipazioni sociali e garanzie del cedente*.

²⁶ Non si può mancare di notare che le due sentenze citate risultano pronunciate da Collegi giudicanti di identica composizione (F. Mannino, pres.; S. Cardinali; G. Romano, rel.).

²⁷ Si veda App. Genova, 23 ottobre 2014, in *Il fallimento*, 2015, p. 1233 ss., con nota di P. POTOTSCHNIG, *Misura del soddisfacimento e azione di risoluzione del concordato con cessione dei beni*.

²⁸ Cass., 8 luglio 2015, n. 14255, in *Leggi d'Italia*.

Insomma, è da dire che il profilo delle questioni giuridiche coinvolte nella vicenda delle garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni appare oggi tutt'altro che assestato.

Per semplificare il quadro, si potrebbe concludere che, fermo restando il punto di svolta segnato dalla Cassazione del 2014, intorno a esso una serie di decisioni antecedenti e successive di segno opposto, orientate a fornire una ricostruzione della vicenda nei termini della garanzia in senso tecnico (con conseguente applicazione della prescrizione annuale di cui all'art. 1495 c.c.), rendono l'immagine di una nebulosa in incessante movimento.

Di fronte a un quadro così instabile, si coglie ancor più netta l'esigenza avvertita dalla prassi nel senso che all'acquirente di partecipazioni sia offerta una tutela sicura e affidante.

Viene in gioco la basilare esigenza di mantenere un livello di prevedibilità del sistema che sia almeno tale da non compromettere l'attrattività del nostro paese agli occhi degli investitori. Peraltro, il problema si fa ancora più acuto quando gli investitori siano esteri e, dunque, più confidenti nella validità ed efficacia delle clausole contrattuali, al di là del gioco di composizione raffinata – ma non del tutto scontata – tra le regole sulle garanzie, artt. 1490 e 1497 c.c., e il principio di inderogabilità della prescrizione *ex art.* 2936 c.c., cui prima si faceva riferimento.

Non v'è dubbio allora che sia auspicabile un intervento da parte delle Sezioni Unite, inteso a comporre la tensione giurisprudenziale ancora presente – come si è visto – sul punto.

Nondimeno ritengo che resti in capo all'interprete il compito di cimentarsi in una lettura ordinante dei molti problemi rimasti aperti.

Prima di ciò, tuttavia, occorre ancora completare il quadro informativo dando conto di un'iniziativa parlamentare che ha interessato la disciplina della cessione di partecipazioni e, in particolare, proprio il più spinoso profilo dei termini di prescrizione.

5. Un percorso *de iure condendo*: la proposta di legge n. 1610 del 2013.

Già prima della pronuncia del 2014, l'esigenza di un allungamento del termine di prescrizione era stata alla base di un'iniziativa *de iure condendo* in tema di garanzie convenzionali nella cessione di partecipazioni. Così, proprio l'obiettivo di attribuire al compratore termini prescrizionali più ampi di quelli *ex art.* 1495 c.c. aveva portato all'elaborazione, nel 2013, della proposta di legge n. 1610, presentata in sede di Commissione Giustizia presso la Camera dei Deputati, volta all'«Introduzione della sezione IV-*bis* del capo I del titolo III del libro quarto del codice civile, concernente la vendita di azienda e di partecipazioni sociali»²⁹.

²⁹ Per un commento a quella proposta, M. SPERANZIN, A. TINA, *Una recente proposta legislativa*, cit., p. 261 ss.

L'intendimento a livello di politica legislativa era quello, sentito in modo particolarmente drammatico nei mesi di gestazione della proposta, di rilanciare gli investimenti esteri in Italia³⁰.

Il testo della proposta era strutturato sulla base di due articoli: «Sezione IV-bis – *Della vendita di azienda e di partecipazioni sociali*. Art. 1547-bis. *Vendita di azienda*. Nella vendita di azienda il termine di prescrizione dell'azione di cui all'art. 1495 c.c. è di cinque anni. Art. 1547-ter. *Vendita di partecipazioni sociali*. Nella vendita di partecipazioni sociali i diritti derivanti dai patti relativi alla consistenza e alle caratteristiche del patrimonio, nonché alle prospettive reddituali e alla situazione economica e finanziaria della società si prescrivono in cinque anni».

Si vede dunque che, tenuto conto dell'orientamento giurisprudenziale allora compatto nel ritenere che la disciplina delle clausole di garanzia inerenti al patrimonio sociale fosse ancorata alla disciplina della compravendita, l'idea era quella di realizzare una novellazione del codice con l'introduzione di disposizioni *ad hoc* che allungassero di quattro anni il termine (inderogabile) di prescrizione per le due ipotesi, tenute tra loro distinte, di vendita di azienda, da un canto, e di vendita di partecipazioni, dall'altro canto³¹.

La considerazione a sé stante dell'ipotesi di vendita di azienda trova spiegazione nel fatto che per quest'ultima non si pongono gli stessi problemi legati alla natura di bene di secondo grado – di cui si è detto –, che invece riguardano la partecipazione sociale; trattando della vendita aziendale si presuppone invece l'idea, del tutto pacifica e recepita, di azienda intesa quale complesso di beni.

Con quel progetto di legge si proponeva pertanto di aggiungere, proprio in coda al Capo dedicato alla compravendita, dopo la Sezione dedicata alla vendita di eredità, una nuova Sezione, che avrebbe aperto il codice del 1942 alla considerazione della vendita di nuovi beni, così rilevanti nel traffico giuridico contemporaneo. Ancor più evidente sarebbe apparsa, nel contrasto, la giustapposizione tra la disciplina di una vendita di nobile e antica origine, ma pressoché desueta, com'è quella di eredità, e quella di una vendita tipica dei nostri tempi.

³⁰ Si legge in esordio della relazione che accompagna la proposta di legge: «la vitalità di un sistema economico si misura anche attraverso il suo dinamismo nelle attività cosiddette di *Merger & Acquisition (M&A)*, vale a dire sulla base del numero e del valore delle operazioni che hanno per oggetto il trasferimento di pacchetti di partecipazioni societarie e di complessi aziendali. La rapida ed efficace circolazione delle azioni, delle quote e delle aziende rappresenta uno degli elementi fondamentali su cui si regge la competitività di un Paese. È evidente, però, che l'assenza di regole certe e di una tutela adeguata per l'acquirente-investitore rappresenta un pesante ostacolo rispetto alla crescita economica. Occorre pertanto intervenire con nuovi fattori di stimolo agli investimenti. Il panorama normativo italiano presenta, ad avviso dei proponenti, una zona grigia di incertezza, proprio con riguardo alle tutele dell'acquirente».

³¹ Per vero, allo scopo di rispondere al medesimo intendimento di tenere distinte le ipotesi in cui oggetto di cessione fosse l'azienda oppure la partecipazione, si sarebbero potute percorrere anche altre strade: per esempio, si sarebbe potuto immaginare un intervento all'interno del tessuto del regime delle società e dell'azienda, in specie incidendo sugli artt. 2355, 2469 e 2555 c.c., per precisare espressamente in tale sede la possibilità di fissare un termine di prescrizione convenzionale in deroga alle strettoie fissate nel codice *ex* artt. 1495 e 2936 c.c. (con il dubbio sistematico rappresentato dalla incidibilità o meno, anche solo settoriale, dell'art. 2936 c.c.); altra via che si sarebbe potuta percorrere era quella di un intervento sull'art. 1487 c.c. in tema di garanzia convenzionale della vendita.

Come si è visto, il testo in discussione – al quale chi scrive ebbe occasione di lavorare assieme a Colleghi accademici e pratici³², in dialogo costruttivo con alcuni componenti della Commissione parlamentare – prevedeva un termine di prescrizione fissato in cinque anni.

L'intervento sulla prescrizione appariva in effetti il più semplice e diretto; invece, assai meno opportuna sembrava l'idea di introdurre nel nostro codice una disposizione con la quale si statuisse (per così dire, d'imperio) la natura autonoma dell'obbligazione nascente a carico del venditore per effetto impegni assunti in sede di *Recht*, rispetto alle garanzie della vendita. Una disposizione di quel genere avrebbe inevitabilmente rivelato un contenuto dogmatico-definitorio; ma non v'è dubbio che una scelta in quest'ultimo senso sarebbe stata percepita come assai poco in linea con l'idea tradizionale stando alla quale al legislatore spetta di porre regole chiare, non di elaborare concetti.

Si sarebbe entrati in contrasto con una sorta di regola non scritta non solo del nostro codice, ma più in generale delle codificazioni post-napoleoniche, in base a cui differente è il ruolo di chi statuisce e quello di chi, invece, tali statuizioni rielabora (o dovrebbe rielaborare?) all'interno di un sistema: e quest'ultimo compito spetta a dottrina e giurisprudenza.

Così, scartata l'opzione dogmatico-definitoria, era sembrata congrua la fissazione di un termine di prescrizione quinquennale. Si tratta di un arco cronologico entro il quale, nella media dei casi, l'acquirente è in grado di avere conoscenza di perdite o sopravvenienze passive.

A orientare verso la scelta di una prescrizione fissata in cinque anni è da valutarsi anche il dettato dell'art. 2949 c.c., che proprio in quella misura stabilisce la prescrizione «in materia di società»; cosicché si sarebbe realizzato, entro l'ambito societario, un generale allineamento dei termini prescrizionali.

Orbene, quella proposta legislativa, oggetto di discussione nella riunione del Consiglio dei Ministri del 12 dicembre 2013³³, non transitò mai dalla Commissione Giustizia all'aula parlamentare: si può dire che di fatto non ve ne fu il tempo, perché la sentenza dell'anno successivo intervenne a modificare profondamente lo scenario.

Eppure quel testo contribuì non poco a preparare il terreno – almeno sul piano di una sensibilizzazione dell'opinione generale – per la successiva presa di posizione della Suprema Corte.

Oggi, ponendo a confronto l'impostazione immaginata nella proposta di legge con la soluzione adottata nella sentenza del 2014, viene naturale chiedersi se sia astrattamente più adeguato il termine di prescrizione decennale oppure quello quinquennale.

Per un verso, il termine decennale risulta assai lungo e così eccessivamente penalizzante per il venditore; a margine, occorre peraltro osservare che la Corte di Cassazione si trovava di fronte al bivio

³² Vorrei ricordare in specie alcuni intensi confronti con Alberto Toffoletto, Andrea Tina, Marco Speranzin e Christian Romeo, propiziati in specie dall'avv. Pietro Zanoni.

³³ Come emerge dalle pagine di quei giorni: cfr. www.diritto24.ilsole24ore.com e www.finanzaediritto.it.

obbligato tra la prescrizione annuale dell'art. 1495 c.c. e quella ordinaria decennale, *de lege lata* non avendo di fronte a sé altre strade a disposizione.

Per altro verso, il termine quinquennale può talvolta rivelarsi alquanto breve e, comunque, troppo rigido rispetto alle esigenze del caso di specie.

Ma, a questo punto del nostro discorrere, si avverte netta la sensazione di essere giunti a un punto limite nello sviluppo del ragionamento.

Non si può mancare di cogliere, in effetti, che ogni termine di prescrizione appare in qualche misura inadeguato per il fatto stesso di essere inderogabile; sicché si tratterà sempre, per definizione, di un termine non idoneo ad assecondare al meglio le esigenze concrete che sono sottese a ciascuno specifico assetto d'interessi.

Se il vero problema è rappresentato dall'inderogabilità, in sé considerata, allora ciascun discorso sulla più confacente durata della prescrizione passa in second'ordine.

Inoltre, di fronte al principio di cui all'art. 2936 c.c., nulla avrebbe potuto fare l'opera interpretativa della giurisprudenza. Ma poco avrebbero potuto anche i redattori della proposta legislativa del 2013, preoccupati di elaborare un testo che intervenisse specificamente sulla vicenda delle garanzie convenzionali in tema di cessione di partecipazioni, però senza incidere sui principi generali.

Per vero, occorre aggiungere che, in una delle successive versioni emendate del progetto di legge in discussione presso la Commissione, apparve una formulazione nella quale si consentiva alle parti di determinare liberamente il termine prescrizionale in sede di garanzia convenzionale pur all'interno di un limite massimo prefissato (testualmente, si faceva «salvo il diverso termine determinato dalle parti comunque entro i dieci anni»)³⁴. Tuttavia è lecito il dubbio che quella formulazione trovasse spiegazione alla luce di un'inadeguata o addirittura fraintesa lettura dell'art. 2936 c.c., anziché scaturire da una meditata scelta di politica legislativa, il cui impatto sistematico, almeno a livello interpretativo, sarebbe stato clamoroso.

A valle di queste considerazioni si comprende che, muovendo da un problema pur rilevante ma circoscritto, si è giunti ora ad affacciare lo sguardo su una linea d'orizzonte che appare vastissima.

Viene in gioco il tema della prescrizione in tutta la sua latitudine, sebbene in specie sotto il profilo della sua inderogabilità³⁵. E poi rileva anche un'altra scelta di fondo compiuta dal nostro legislatore, accanto all'inderogabilità, ossia quella di rendere radicalmente non rilevanti i fattori

³⁴ Ne danno conto M. SPERANZIN, A. TINA, *Una recente proposta legislativa*, cit., p. 265.

³⁵ Nel senso di un superamento del divieto di deroga pattizia del regime della prescrizione sono da tempo le autorevoli voci di M.J. BONELL, *Verso un regime uniforme di prescrizione per i contratti commerciali internazionali?* in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 773 ss., nonché di R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge 2002, p. 162 ss., il quale ultimo sottolinea in specie come ciò sia compatibile con la *ratio* dell'istituto, da individuarsi preminentemente nella protezione del debitore. Nella dottrina italiana, nel senso di un superamento del divieto di deroga convenzionale della prescrizione, cfr. S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim.*, 2010, p. 21 ss., ma in specie p. 24 (analogamente in ID., *Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Verjährungsrecht des DCFR*, in *ZEuP*, 2010, p. 59 ss.).

soggettivi di conoscenza e conoscibilità di elementi costitutivi del diritto rispetto al quale si fa decorrere il termine prescrizione, diversamente da quanto accade in altri sistemi europei³⁶.

Com'è noto, quello della prescrizione è oggi un cantiere aperto e in rapido movimento nello scenario del diritto privato europeo³⁷.

Negli ultimi anni, la prescrizione è stata oggetto di un'ampia rimediazione dottrinale, nonché di un'intensa riforma legislativa in Germania nel 2001 e in Francia nel 2008³⁸.

Non è questa la sede per imbastire un ragionamento in chiave *de iure condendo* intorno alle strutture essenziali della prescrizione nel nostro ordinamento: è evidente però che ci si troverebbe nel bel mezzo di un terreno assolutamente nevralgico, decisivo nella vita concreta dei diritti e delle tutele, al crocevia tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Il discorso si limiterà dunque a un rapido confronto con alcune scelte compiute in sede di riforma in Germania.

³⁶ Su questi aspetti, S. PATTI, *Certezza e giustizia*, cit., p. 21 ss. Per R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations*, cit., p. 104 ss., sarebbe opportuno attribuire rilevanza a circostanze soggettive in forza di due differenti percorsi: una prima via consisterebbe nel non far correre il termine di prescrizione quando il creditore non sia consapevole dell'esistenza della pretesa o non potrebbe esserne ragionevolmente consapevole; un'alternativa sarebbe quella di dare rilevanza a circostanze soggettive sotto forma di cause di sospensione del medesimo termine. Proprio quest'ultima soluzione è stata accolta nel DCFR all'art. III.-7:301, rubricato *Suspension in case of ignorance*, cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full edition*, edited by C. von Bar - E. Clive, II, Munich 2009, p. 1161 ss., ove in sede di apparato di commento è sottolineata l'esigenza di attribuire al creditore la concreta *chance* di far valere il diritto di cui è titolare.

³⁷ Per avere un punto di riferimento, rispetto a una linea di tendenza consolidata, si veda la disciplina del DCFR delineata agli artt. III.-7:101 ss., interamente improntata alla conoscibilità soggettiva dell'esercizio del diritto, nonché alla derogabilità convenzionale del regime della prescrizione: cfr. art. III.-7:301, *Suspension in case of ignorance*, «the running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could not reasonably be expected to know of: (a) the identity of the debtor; or (b) the facts giving rise to the right including, in the case of a right to damages, the type of damage»; art. III.-7:601, *Agreement concerning prescription*, «(1) the requirement for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription. (2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in III.-7:203 (Commencement)». Si può leggere nell'apparato di commento all'art. III.-7:201 della *Full Edition* (sub B. *International trends*, 147): «[f]or as long as a legal system makes sure that period of prescription does not run against a creditor who does not know, and cannot reasonably know, of the claim, it may expect the creditor to act reasonably expeditiously». Quale antecedente immediato della soluzione adottata in sede di DCFR, si vedano gli artt. 14:201 ss. PECL, la cui impostazione aveva a sua volta sicuramente influenzato le linee di riforma del BGB di cui si dirà tra breve. Prima degli stessi PECL, può ravvisarsi quale vero e proprio modello per i testi normativi che introdussero il sistema del doppio termine di prescrizione (in sintesi, un termine soggettivo e breve, nonché un termine oggettivo e lungo) l'art. 39 della Conv. di Vienna del 1980.

³⁸ Proprio in questa prospettiva di comparazione europea si colloca l'auspicio di una riforma della disciplina italiana espresso per esempio da F. RANIERI, *Die Verjährung im italienischen Recht vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklungen. Zugleich ein Beitrag zum europäischen Zivilrecht*, in *Verjährungsrecht in Europa - zwischen Bewährung und Reform*, herausgegeben von O. Remien, Tübingen 2011, p. 326 ss., nonché da S. PATTI, *Certezza e giustizia*, cit., in specie p. 33. In ottica di armonizzazione europea, inoltre, cfr. J.-S. BORGHETTI, *Prescription*, in *ZEuP*, 2016, p. 168 ss.

6. L'attuale impostazione della Cassazione tra zone d'ombra e linee di difficile tracciabilità.

Come si è visto dianzi, la soluzione adottata con la sentenza della Cassazione del luglio 2014, orientata a un allungamento del termine di prescrizione, segna senza dubbio un sostanziale passo in avanti rispetto alla posizione tradizionale, ferma nell'idea di ricondurre la vicenda entro i confini della garanzia del bene venduto.

Quella decisione muove da un'opzione radicale: scartare al di fuori della concatenazione logica che tiene inscindibilmente legati gli artt. 1497, 1495 e 2936 c.c. (mancanza di qualità promesse/termini brevi/inderogabilità della prescrizione), per propugnare invece l'idea di un'obbligazione nascente da patto accessorio al contratto di compravendita.

In altre parole, la Corte si è trovata a compiere una scelta netta tra il modello antico della garanzia in senso proprio (art. 1490 ss. c.c.) e quello – d'altra parte non meno antico – dell'obbligazione³⁹: e proprio la preferenza per il secondo modello ha consentito di agganciare il più distensivo regime della prescrizione a esso collegato.

Va detto che, così decidendo, la Cassazione è andata ad allinearsi alla soluzione praticata pressoché univocamente dalle corti arbitrali, nella cui giurisprudenza si può facilmente constatare come alla pretesa di tutela dell'acquirente di partecipazioni avverso sopravvenienze o perdite non vengano applicati i termini stretti di cui all'art. 1495 c.c.⁴⁰.

Orbene, allorché si ponga attenzione alla motivazione della sentenza, si coglie che entro quell'iter argomentativo permangono alcune non marginali zone d'ombra, rispetto alle quali un supplemento d'indagine merita di essere compiuto con urgenza.

Il primo punto che occorre approfondire è rappresentato da ciò: leggendo il testo si ricava che il nuovo assetto – in estrema sintesi, quello che si regge sul nesso obbligazione autonoma/prescrizione decennale – riguarda soltanto le c.d. *business warranties*.

Com'è noto, per tali s'intendono le garanzie in ordine a caratteristiche patrimoniali, fiscali, reddituali, finanziarie etc. della società.

Invece, la nuova impostazione non coinvolge le c.d. *legal warranties*.

³⁹ Per un confronto a livello di modelli concettuali tra la garanzia edilizia propria della tradizione romanistica e il vincolo obbligatorio nella cornice del contratto di compravendita, sia consentito il rinvio a T. DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contr. e impresa/Eur.*, 2012, p. 838 ss.

⁴⁰ Cfr. F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 293 ss., ove sono riportati, in specie alla nota 43, lodi inediti; si veda poi G. BARALIS, *Vendita di partecipazioni sociali e garanzie convenzionali (con particolare riguardo all'indebitamento). Problemi vari, specialmente di prescrizione*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2006, p. 626, nota 3; anche G. DE NOVA, *Contrasti tra giurisprudenza arbitrale e giurisprudenza togata*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 227 ss., dà conto del contrasto tra giurisprudenza ordinaria e arbitrale.

Con tale denominazione sono da ritenersi evocate le garanzie convenzionali che fanno corpo con quelle previste dalla legge in ordine alle caratteristiche del bene venduto; bene che – lo si è già rimarcato – è costituito in via immediata dalla partecipazione ceduta e solo in via mediata dagli elementi del patrimonio sociale dei quali la partecipazione stessa risulta rappresentative⁴¹.

Tale (insidiosa) conclusione discende dall'assunto che costituisce uno dei motori primi della decisione della Suprema Corte, secondo cui le *business warranties* si sottraggono al regime delle garanzie del bene venduto (art. 1490 ss. c.c.), proprio perché in esse sono rappresentati eventi relativi alla consistenza patrimoniale e alla redditività della società che possono manifestarsi in tempi successivi al perfezionarsi del contratto, incidendo sul valore di mercato e sull'adeguatezza del prezzo pattuito.

Tenendo fede a questo snodo del ragionamento, ben si comprende che opposta debba essere quindi la conclusione, in ordine all'applicabilità dei termini brevi di cui all'art. 1495 c.c., quando ci si trovi a cospetto di difetti del bene venduto preesistenti al momento della conclusione del contratto.

A valle di tale distinzione, si apre pertanto una divaricazione nel trattamento delle *Re&W*: in ipotesi di *business warranties* il termine di prescrizione sarebbe di dieci anni, mentre per le *legal warranties* i termini resterebbero quelli brevi dell'art. 1495 c.c.

Si tratta di un passaggio delicato, rispetto al quale è tuttavia opportuno meglio precisare un segmento importante del pensiero espresso dalla Corte.

La motivazione lascia intendere che ricadrebbero entro la nozione di *business warranties* (o comunque nell'ambito delle garanzie convenzionali cui si applica il termine di prescrizione decennale) pure tutti quegli eventi relativi alla consistenza patrimoniale e alla redditività della società – tali da manifestarsi in tempi successivi al perfezionarsi del contratto e incidenti sul valore di mercato, nonché sull'adeguatezza del prezzo pattuito – che, pur facendo riferimento a «fatti avvenuti prima della conclusione del contratto», però «si potranno manifestare anche a distanza di anni, senza che l'acquirente ne avesse potuto avere conoscenza prima».

Queste parole dei Supremi Giudici valgono a significare che la linea di discrimine tra preesistenza e sopravvenienza degli eventi rilevanti, in riferimento all'applicabilità del regime delle garanzie della vendita oppure del modello dell'obbligazione autonoma, deve essere tracciata con attenzione al momento del manifestarsi e dunque della conoscenza del difetto, non già con riferimento all'esistenza del difetto in sé. Sicché, per essere più chiari, sarebbero da qualificarsi come sopravvenienti anche difetti ontologicamente preesistenti, ma conosciuti o comunque conoscibili soltanto dopo la conclusione del contratto.

⁴¹ Testualmente, nella sentenza della Suprema Corte del luglio 2014, si legge: «al riguardo è frequente nella pratica, in caso di cessione di partecipazioni sociali, l'inserimento di clausole con le quali il venditore rilascia tali garanzie: queste possono riguardare le caratteristiche delle quote – che costituiscono oggetto immediato della vendita (definite *legal warranties*, in quanto oggetto della tutela legale apprestata a favore dell'acquirente) – e quelle relative alla situazione patrimoniale-reddituale della società (*business warranties*), che tendono ad assicurare la consistenza e la capacità dell'impresa».

Per esemplificare, risulterebbe sottoposta a prescrizione decennale non solo una clausola relativa alla redditività della società, ma anche una pattuizione con cui si assicuri l'ottemperanza della disciplina fiscale, valutaria, contributiva etc., nella misura in cui il difetto, pur trovando la sua genesi prima della conclusione del contratto, si manifesti necessariamente entro un congruo lasso di tempo, «anche a distanza di anni, senza che l'acquirente ne avesse potuto avere conoscenza prima».

La precisazione appena espressa rende più chiaro il confine tra *business warranties* e *legal warranties*.

Ma, se ciò agevola il lavoro dell'interprete, naturalmente non incide sul problema di fondo, attinente alla ricostruzione della vicenda: una vera e propria faglia rimane aperta all'interno delle pattuizioni nel complesso predisposte in relazione al contratto di cessione. E così, più esattamente, l'interprete si trova a dover discernere entro le *Rechtswörter*, da un lato, quelle che – *à l'ancienne* – rimangono sottoposte al termine prescrizione di cui all'art. 1495 c.c., nonché, dall'altro lato, quelle che – si potrebbe dire, secondo la *nouvelle vague* della Cassazione – a esso invece si sottraggono per rifluire nel campo di applicazione del termine ordinario decennale.

L'impostazione fondata sull'asse concettuale che collega, per un verso, l'obbligazione (non già garanzia) accessoria alla vendita, con cui il venditore si impegna a tenere indenne l'acquirente rispetto al rischio connesso a determinati eventi, e, per altro verso, il termine prescrizione decennale, comporta dunque non poche difficoltà applicative.

Come si è rimarcato fin da principio, tali difficoltà si avvertono in termini di malfunzionamento del mercato domestico del *MezA*, con ricadute assai significative sull'attrattività del nostro paese rispetto agli investimenti (specialmente stranieri).

A questo punto, v'è da chiedersi se a livello interpretativo sussista spazio per una differente opzione ricostruttiva, che in qualche misura vada oltre l'impostazione della Suprema Corte, pur senza smarrire quanto di positivo in essa è indubitabilmente contenuto.

7. La proposta ricostruttiva fondata sull'obbligazione sottoposta a condizione.

Si riparta ancora una volta dal profilo dogmaticamente centrale della sentenza della Cassazione del 2014, ossia dalla qualificazione dell'obbligazione autonoma, rispetto alla quale si stabilisce che il termine di prescrizione sia quello decennale.

Ebbene, la Corte sceglie di individuare il fondamento dell'obbligazione, piuttosto che nel collegamento con i caratteri del bene venduto (collegamento soltanto indiretto, filtrato, stante l'interposizione dell'obbligazione), direttamente nella causa in concreto, in specie sotto il profilo dell'attuazione del sinallagma contrattuale.

Come si è notato fin da principio, causa in concreto, sinallagma e obbligazione autonoma e accessoria sono componenti indispensabili dello strumentario concettuale messo in campo dai Supremi

Giudici⁴². Più precisamente, l'obbligazione si orienterebbe – nelle parole della Cassazione – alla realizzazione dell'equilibrio delle prestazioni a carico delle parti.

Non si intende qui fare affidamento alla capacità evocativa delle formule linguistiche, specie se a esse non corrisponda la sostanza di una precisa struttura giuridica.

Invece è da ritenere che prevalga nei Giudici la preoccupazione di mantenersi ben discosti dalle difficoltà collegabili al rilievo che la partecipazione è bene di secondo grado, sicché essa riflette solo indirettamente i difetti emergenti in relazione al patrimonio sociale.

Per vero, non trova accoglimento nella sentenza del 2014 l'opinione in base alla quale l'obbligazione risponderebbe a una funzione sostanzialmente assicurativa, avuto riguardo al risultato della vendita: eppure in questi termini, pur con qualche varietà di sfumature, era orientata l'opinione dottrinale che – così credo si possa ritenere – più ha pesato nel senso dell'obliterazione della vecchia impostazione giurisprudenziale incline a qualificare la garanzia convenzionale nei termini dell'art. 1497 c.c.⁴³.

Quella incline alla funzione sostanzialmente assicurativa è un'opinione suggestiva, che richiama alla mente l'antica idea romana del *praestare* quale oggetto di *obligatio*⁴⁴: però i Giudici preferiscono optare per una più spiccata autonomizzazione dell'obbligazione accessoria alla vendita rispetto alle caratteristiche del bene venduto; e l'esito è allora quello di realizzare un più radicale distacco rispetto al blocco normativo e concettuale fondato sugli artt. 1490, 1497 e 1495 c.c.

⁴² Si veda *supra*, par. 1.

⁴³ Alludo in primo luogo alle due monografie, pressoché contemporanee, di M. SPERANZIN, *Vendita*, cit., e di A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, cit.; più recentemente si veda poi ID., *La natura giuridica delle clausole di garanzia*, cit., p. 1015 ss. Altro lavoro monografico di riferimento, ove però la pattuizione di garanzia è ricostruita nei differenti termini di un'assunzione del rischio, è quello di P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano 2006, p. 7 ss.: l'Autore ricorre al concetto di garanzia pura (*reine Garantie*) in relazione a un particolare rapporto giuridico «consistente nell'assunzione volontaria da parte di un soggetto [...] del rischio di un determinato evento idoneo a cagionare una oggettiva diminuzione economica del patrimonio di un altro soggetto». In precedenza, la natura assicurativa dell'obbligazione assunta dal cedente era stata ipotizzata da E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., p. 331, nt. 167, sulla quale ora riflette in chiave sistematica S. CHERTI, *Cessione di pacchetti azionari e garanzie convenzionali*, in *Contratti*, 2013, p. 1046 ss. Per una critica alla concezione assicurativa, si veda G. DE NOVA, *Il «Sale and Purchase Agreement»: un contratto commentato*, Torino 2014, p. 181 ss., per il quale le *R&W* configurano una fisiologica allocazione dei rischi in capo alle parti entro lo schema contrattuale.

⁴⁴ Per un approfondimento della nozione propria del diritto romano classico di *praestare*, nel senso di 'stare garante' rispetto a modi di essere della cosa venduta, si veda anzitutto R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano 1995, p. 6 s., p. 109 ss., in specie in tema di vendita, p. 116 ss. Si tratta di un'idea fondante della tradizione giuridica romanistica quella per cui oggetto dell'obbligazione è un *dare facere praestare* (Gai 4.2, nonché in termini simili la definizione paolina rinvenibile in D. 44. 7. 3 pr.), da intendersi in generale come *haften*, *verantworten*, *répondre*, rispondere, così in generale esprimendosi uno stato di soggezione, una sopportazione delle conseguenze. Nella chiave della distinzione tra *Schuld* e *Haftung*, stando alla nota terminologia del Brinz, colui che è tenuto alla prestazione, *id est* il *debitor*, è persona distinta dal *praes-obligatus*, il quale sopporta le conseguenze derivanti dalla condanna, configurandosi in questo modo un'idea di vincolo obbligatorio che alle origini del diritto romano appare connotato in termini di 'prigione redimibile': cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti d'obbligazione*, II, Milano 1953, p. 84 s. Nella letteratura recente, su questi aspetti, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli 2011, p. 680 ss.

Ciò costituisce soltanto la premessa rispetto alla quale può ora innestarsi una proposta ricostruttiva.

Ritengo che si potrebbe guardare all'obbligazione collegata al contratto di vendita di cui ha disegnato i profili la Cassazione come a un'obbligazione che abbia quale unico oggetto, puramente e semplicemente, il *quantum* corrispondente all'indennizzo previsto: posto che di regola l'impegno è orientato al pagamento di una somma di denaro, si tratterebbe in altri termini di un'obbligazione pecuniaria *tout court*.

Né si potrebbe dubitare della meritevolezza degli interessi tutelati a mezzo della convenzione accessoria al contratto di vendita nella quale abbia fondamento tale obbligazione. Sotto il profilo causale, andrebbe apprezzata la funzione di vendita in un tutt'uno con quella inscindibilmente perseguita dai patti accessori alla vendita, tra cui proprio l'accordo che contempla l'*indemnity*⁴⁵.

Dal punto di vista dogmatico, la riconduzione dell'obbligazione nascente da contratto entro la cornice dell'obbligazione pecuniaria eliminerebbe le non poche incertezze collegate allo sforzo di mantenere nei confini del contenuto dell'obbligazione l'impegno del venditore in ordine alle caratteristiche del bene venduto. E non poche oscillazioni ha mostrato l'opinione degli interpreti che si sono cimentati in questo sforzo, tra coloro che hanno ravvisato in quest'impegno una natura assicurativa, coloro che vi hanno scorto un impegno a tenere indenne il compratore ovvero coloro che – con una scelta di diverso segno, concettualmente più netta – quell'impegno hanno collegato direttamente all'effetto traslativo della vendita, secondo un'autorevole impostazione dottrinale che negli ultimi decenni ha significativamente inciso sulla ridefinizione di molti aspetti del regime della vendita nel suo complesso considerato⁴⁶.

Tutto però sarebbe più semplice se si pensasse a un'obbligazione pecuniaria.

Di sicuro, ravvisando nell'obbligazione nascente dalla pattuizione di *Re&W* un oggetto pecuniario, ci si sottrarrebbe in radice all'obiezione di chi reputa che parlare di un'obbligazione con

⁴⁵ Proprio su questo profilo, R. CALDARONE, E. FERRERO, *Il contratto di acquisizione è un contratto atipico?*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 182 ss., in specie p. 194 ss., partendo dalla compenetrazione tra causa traslativa e causa di garanzia nel contratto di acquisizione con clausole concernenti il patrimonio sociale, ritengono quest'ultime meritevoli di tutela nella misura in cui a esse non sia applicabile il ristretto termine di cui all'art. 1495 c.c. L'interesse meritevole di tutela perseguito da tali clausole, infatti, si ravvisa nella tutela del compratore in relazione a eventi che potrebbero manifestarsi anche a distanza di anni dalla conclusione del contratto: sicché gli Autori arrivano a reputare che, se operasse il ristretto termine di prescrizione annuale, dovrebbe addirittura ritenersi mancante il requisito della loro meritevolezza.

⁴⁶ Riferendomi alla violazione dell'impegno traslativo, penso in primo luogo al pensiero di C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, 1, Torino 1972, p. 210 ss., ripreso con riferimento specifico alla cessione di partecipazioni, per esempio, da G. DE NOVA, *Il «Sale and Purchase Agreement»*, cit., p. 179 ss.; si veda inoltre A.P. SCARSO, *La responsabilità del venditore di partecipazioni sociali nel diritto italiano e tedesco*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 455 ss. Nel senso di un superamento della struttura tradizionale della garanzia, rileva di certo – almeno sul piano interpretativo – l'elaborazione della nozione di conformità al contratto che ha avuto luogo in seno all'ordinamento italiano dopo il recepimento della direttiva n. 99/44 (ovvero, prima ancora, la riflessione sull'idea di *specific performance* che regge il sistema rimediabile della Conv. di Vienna): in questa prospettiva, sia consentito rinviare a T. DALLA MASSARA, *Modelli*, cit.

funzione *lato sensu* assicurativa equivalga in sostanza a una riqualificazione di comodo di quella che è una garanzia in senso tecnico: e si tratta di critica che trova argomento facile ove rileva che a quest'ultima deve corrispondere sul piano processuale un giudizio costitutivo necessario, il quale non è configurabile nel nostro ordinamento quando ciò non sia espressamente previsto⁴⁷.

Ben differente sarebbe la prospettiva allorché si volgesse mente alle obbligazioni pecuniarie.

Trattandosi di debito di valuta – per tale intendendosi un'obbligazione pecuniaria in senso stretto, in contrapposizione dunque rispetto al *genus* dei debiti di valore –, il regime applicabile sarebbe quello di cui agli artt. 1277 ss. c.c.⁴⁸.

Però, per leggere il quadro dei problemi della garanzia convenzionale collegata alla cessione di partecipazioni facendo centro sull'obbligazione pecuniaria, occorre poi subito pensare che tale obbligazione sia da intendersi come sottoposta a condizione sospensiva.

Dunque l'esigibilità dell'obbligo di pagamento dovuto a titolo di indennizzo è da vedersi sottoposta al verificarsi degli eventi (futuri e incerti) descritti in contratto, ossia proprio di quegli eventi che sono in grado di evidenziare, nel linguaggio della Corte, uno squilibrio contrattuale⁴⁹.

⁴⁷ Qui alludo alla critica mossa da M. STELLA, *Le «Business Warranties»*, cit., p. 326 ss.: trattasi di critica condivisibile nella misura in cui l'Autore coglie il problema dogmatico sottostante, riducibile in estrema sintesi all'insanabile contrapposizione tra garanzia e responsabilità (ancora una volta, *Schuld e Haftung*), e quel problema poi pone a coloro che optano per la teorica dell'obbligazione accessoria nascente dal contratto di compravendita: «sottesa alle *business warranties* non vi è altro che la pretesa dei contraenti di mutuare lo schema tipico della garanzia redibitoria, prefissando l'ammontare delle restituzioni parziali per il caso in cui il prezzo pagato dal compratore si palesi, dopo la vendita, sproporzionato rispetto alla utilità che l'acquirente si riprometteva di conseguire grazie alla partecipazione sociale acquistata» (così, in specie, 335). Impercorribile mi pare invece la strada indicata dal medesimo Autore, allorché suggerisce di leggere i termini di cui all'art. 1495 c.c. entrambi come di natura decadenziale: si tratta di proposta interpretativa *contra litteram*, che lascia senza spiegazione il senso della norma (quale sarebbe la *ratio* di un doppio termine decadenziale?), finendo poi per essere contraddittoria almeno nella misura in cui dapprima è accolta l'idea che la garanzia convenzionale costituisca garanzia in senso proprio, ma poi è avvertita la necessità di uno stravolgimento totale dei suoi profili, per l'appunto, ridisegnando la geometria dei termini. Ma anche altre obiezioni potrebbero muoversi a una siffatta lettura: per esempio, se si dovesse «correggere» il legislatore quando parla di prescrizione nell'art. 1495 c.c., si dovrebbe allora pensare di farlo anche nell'art. 1512 c.c., in tema di garanzia di buon funzionamento?

⁴⁸ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Le obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova 2012: sui profili terminologici, in specie, p. 44 ss.

⁴⁹ Vi è un passaggio nella motivazione della sentenza della Cassazione del luglio 2014 nel quale pare evocata una tal quale ricostruzione, in specie ove si parla di obbligazioni «assunte dal venditore in relazione al successivo eventuale manifestarsi di tali accadimenti con la previsione di modalità e termini per comunicare gli eventi e le circostanze suscettibili di generare un obbligo di indennizzo». Ma, per vero, alcune righe sopra i Supremi Giudici sembravano invece aderire apertamente all'idea della funzione assicurativa della garanzia convenzionale: «con le clausole in esame le parti, al fine di assicurare che il prezzo pattuito corrisponda al valore della società di cui siano traferite le quote di partecipazione, prevedono prestazioni accessorie al trasferimento del diritto oggetto del contratto, che sono volte a garantire l'esito economico dell'operazione». Seppure con riguardo esclusivo alle *business warranties*, il più vicino alla lettura che in queste pagine ho ritenuto di proporre appare C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali*, cit., p. 197 ss., il quale pure vede l'operare di una condizione sospensiva; vd. anche S. TERSILLA, *Le clausole di garanzia nei contratti di acquisizione*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 126 s. Per G. SALATINO, «*Patto di garanzia» nel contratto di acquisizione*, cit., 912 ss., verrebbe in rilievo la disciplina di cui all'art. 1381 c.c., in tema di promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo («colui che ha promesso l'obbligazione o il fatto di un terzo è tenuto a indennizzare l'altro contraente, se il terzo rifiuta di obbligarsi o non compie il fatto promesso»): si tratta di una ricostruzione che non è in contraddizione con quella fondata

Specialmente su quest'ultimo aspetto, rimangono ora da chiarire taluni profili.

8. Profili critici della proposta ricostruttiva.

Come si è appena visto, l'idea di fondo è quella di rivedere l'impianto concettuale basato sul nascere di un'obbligazione scaturente da patto accessorio al contratto di compravendita, nei termini parzialmente differenti di un'obbligazione pecuniaria sottoposta a condizione sospensiva.

Con maggiore esattezza, si deve ritenere che a essere condizionato è il negozio giuridico, piuttosto che l'obbligazione in sé (comunque sia, l'operazione negoziale nel suo complesso ricomprende tanto la vendita quanto il patto aggiunto, entro cui è versata l'obbligazione pecuniaria)⁵⁰.

Una lettura in questo senso della vicenda delle garanzie convenzionali collegate alla cessione di partecipazioni risulterebbe, a mio parere, più perspicua e lineare.

sull'obbligazione pecuniaria di cui si è detto qui, tuttavia mi pare che tale ricostruzione non semplifichi il quadro dei problemi, dal momento che rimarrebbe poi da comprendere se ricorrano tutti gli elementi ricompresi nella fattispecie di cui all'art. 1381 c.c.; e infatti l'Autore è costretto a rinvenire tanto un'obbligazione di *facere* quanto una di *dare* («la giurisprudenza è attualmente salda nel ricostruire la promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo nei termini di obbligazione composita di *facere* e di *dare*. In particolare, il *facere*, consisterebbe nell'obbligo del promittente di adoperarsi affinché il terzo tenga il comportamento oggetto della promessa; il *dare*, invece, consisterebbe nell'obbligo, sempre a carico del promittente, di corrispondere l'indennizzo nel caso in cui il terzo non tenga il comportamento promesso»). Quindi, imboccata tale via, il passaggio consequenziale diviene il seguente: «qualora il promittente sia inadempiente all'obbligo di *facere*, in quanto non si è attivato 'abbastanza' con il terzo, dovrebbe risarcire il danno secondo i parametri della responsabilità contrattuale; invece, qualora il promittente si sia attivato ed abbia pertanto adempiuto all'obbligo di *facere*, ma ciononostante il terzo non abbia tenuto il comportamento atteso, scatterebbe l'obbligo di *dare*, e pertanto di corrispondere l'indennizzo». Ma l'Autore stesso è costretto ad ammettere che «ove entrambi i momenti dell'obbligazione composita di conio giurisprudenziale venissero ritenuti imprescindibili, la fattispecie di cui all'art. 1381 c.c. non sarebbe più applicabile al patto di garanzia rilasciato da venditore nei contratti di acquisizione», pertanto sarebbe necessaria una lettura 'riduzionista' dell'art. 1381 c.c. per poter ritenere che la disposizione sia riferibile alla garanzia convenzionale in tema di cessione di partecipazioni.

⁵⁰ Come si evince dagli artt. 1353 ss. c.c., la condizione afferisce al negozio e non al diritto o al rapporto giuridico che del negozio condizionato costituisce l'oggetto: in questo senso, tra molti, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1948, p. 658; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1987, p. 48, nota 130; P. RESCIGNO, voce *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. d.*, VIII, Milano 1961, p. 766; U. NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, I, in *Commentario*, diretto da M. D'Amelio, E. Finzi, Firenze 1948, p. 419 s. Non appena si consideri che «rapporto giuridico e diritti sono effetti e, come tali, nascono tutt'interi, di colpo», ben si comprende che «considerare l'effetto come condizionato è un non senso. Un effetto o esiste o non esiste»: così P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli 1962, p. 130 s. Benché, invero, il codice del 1865 trattasse delle «obbligazioni condizionali», a loro volta inserite nell'ambito delle «diverse specie di obbligazioni», quasi a voler considerare la condizione come una modalità del contenuto dell'obbligazione, già la dottrina dell'epoca, proprio sulla base della formulazione dell'art. 1157 di quel codice – secondo cui «è condizionale l'obbligazione, la cui sussistenza o risoluzione dipende da un avvenimento futuro ed incerto» –, respingeva tale conclusione, osservando come la circostanza che la condizione metta in forse l'esistenza stessa del rapporto obbligatorio imponga di escludere che la medesima possa essere considerata una semplice qualità dell'obbligazione e di inquadrarla, quindi, tra gli elementi del negozio: si veda, per tutti, A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, p. 129 ss., p. 177 ss. Tutto ciò non toglie, peraltro, che espressioni quali «diritto (o obbligo) condizionale» e «diritto (o obbligo) subordinato a condizione» possano senz'altro trovare plausibile impiego per designare in modo sintetico il diritto (o l'obbligo) nascente da un negozio condizionato. Per una riconsiderazione di molti dei problemi attinenti alla condizione, nella letteratura recente, M. FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova 2006, p. 4 ss.

Ne risulta che l'impegno del venditore avente per oggetto l'*indemnity* sia esigibile solo al momento in cui possano dirsi verificate le ipotesi contemplate in contratto e corrispondenti agli eventi relativi alla consistenza patrimoniale e alla redditività della società che si manifestino in tempi successivi al perfezionarsi dell'accordo; si tratta di quegli eventi che – fin da principio si è detto – sono in grado di incidere sul valore di mercato della partecipazione e sull'adeguatezza del prezzo pattuito.

Anzitutto va rilevato che una lettura di questo genere produrrebbe un effetto di semplificazione del quadro: più precisamente, ogni evento futuro e incerto potrebbe essere versato in condizione.

Con ciò s'intende che si presterebbero a essere lette in termini di condizione tutte le *Re&W*, senza necessità di dar corso alla sottile non meno che insidiosa distinzione – di cui si è detto poc'anzi – tra *business warranties* e *legal warranties* o, comunque, tra garanzia in ordine a difetti preesistenti al momento della conclusione del contratto e garanzia rispetto a perdite e sopravvenienze passive, alla stregua delle quali dovrebbero essere trattati anche quei difetti di cui solo la conoscenza (ma non anche l'intrinseca esistenza) sia sopraggiunta dopo la conclusione del contratto, con correlativa distinzione tra l'applicabilità del termine breve e di quello lungo.

Non costituirebbe ostacolo, rispetto a questa linea di lettura, l'eventualità che l'evento dedotto in condizione fosse collocato non già nel futuro, bensì nel passato: è noto infatti che un evento passato o presente possa «costituire una vera e propria condizione quando eccezionalmente sussiste incertezza obiettiva sul fatto o sulla situazione indicata dalle parti e il relativo accertamento richiede un tempo apprezzabile»⁵¹.

Per fare ricorso alla terminologia della tradizione romanistica, si può parlare a questo proposito di *condicio in praesens vel in praeteritum collata*⁵².

Al di là di una qualche varianza nominalistica, la sostanza del fenomeno giuridico qui evocato è compendiabile in ciò: dovrebbe essere reso oggetto di scrutinio, trattandosi di condizione, il verificarsi o meno di tutto quanto risulti versato nelle – solitamente assai articolate – clausole di *Re&W*.

Quindi lo scrutinio delle caratteristiche del bene venduto (si ripete: bene certamente *sui generis*, trattandosi di partecipazione) atterrebbe non già alla vicenda dell'obbligazione in sé considerata, bensì sarebbe da riferirsi alle condizioni che dell'obbligazione pecuniaria determinano l'esigibilità.

⁵¹ In questo senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Milano 2000, p. 544. Analogamente F. GALGANO, *Diritto privato*, 13ª ed., Padova 2006, p. 294, per il quale «l'avvenimento futuro [...] può anche consistere nell'accertamento futuro di un fatto che può già essere accaduto, del quale però non si ha ancora notizia quando si conclude il contratto»; per D. CARUSI, *Condizione e termini*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, Milano 2006, p. 289, «quale evento incerto può essere presa in considerazione anche la futura ricognizione, da parte di taluni, di una circostanza attuale»; così anche E. GIACOBBE, *La condizione*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, Milano 2009, III, 2, p. 432 ss. Adottando una differente scelta ricostruttiva, incentrata sull'idea di presupposto, ma senza differenza negli esiti, cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, p. 166; più recentemente, G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicativi*, Milano 2000, p. 319 ss.

⁵² In origine, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed., Torino 1993, p. 202; si veda anche C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali*, cit., p. 197.

Una volta venuta a esistenza la condizione, ovverosia nella misura in cui alcuno dei difetti esplicitati nelle *Re&W* possa dirsi verificato, allora sarebbe esigibile l'obbligo di corresponsione della somma prevista a titolo di indennizzo.

Merita a questo punto una precisazione in ordine all'oggetto dell'obbligazione.

Si è sinora presa in esame l'ipotesi più ricorrente nella quale l'impegno di indennizzo corrisponda alla promessa di pagamento di una somma di denaro determinata o determinabile; invero, non sarebbe messo in discussione l'impianto ricostruttivo qui proposto se l'impegno fosse strutturato in maniera più articolata, prevedendosi per esempio meccanismi di *price adjustment*.

Il punto essenziale e imprescindibile è il seguente: quale che sia il contenuto dell'impegno (di *dare*, in specie di *dare pecuniam*, ma anche di *facere*), l'obbligazione diverrebbe esigibile allorché fosse data prova di una certa difettosità contemplata nelle *Re&W*, per esempio relativa al patrimonio, preesistente o sopravvenuta, oppure qualora emergesse evidenza di alcune criticità reddituali o finanziarie, preesistenti o sopravvenute e così via.

Il limite invalicabile al di là del quale la ricostruzione sin qui delineata non potrebbe andare è rappresentato dal fatto che a essere sottoposta a condizione deve risultare a tutti gli effetti un'obbligazione, la quale è dunque vincolo che impone un determinato comportamento (brinzianamente, quando vi sia *Schuld*, prima che *Haftung*); e così deve mantenersi la distanza concettuale rispetto alla figura della garanzia in senso tecnico con la quale, notoriamente, il venditore si espone a una responsabilità per un modo di essere del ben venduto (il che non avviene fintantoché lo schema pattizio sia quello in base al quale il venditore affermi: «prometto di darti 100/prometto di fare *x*, qualora si verifichi *y*»).

Se così non fosse, si avrebbe davvero ragione di qualificare le *Re&W* in termini di garanzia convenzionale riconducibile all'art. 1497 c.c.: ma in questo modo si tornerebbe alle premesse del nostro discorso.

9. Conclusioni.

Come si è detto, la soluzione interpretativa testé suggerita consente di riassorbire l'intera disciplina delle *Re&W* all'interno del medesimo recinto di regole.

In particolare, non sarebbe necessario discernere tra il campo entro il quale, ricorrendo l'obbligazione, il termine prescrizione sarebbe decennale, e quello in cui, trovandosi invece in presenza di garanzia, i termini risulterebbero quelli dell'art. 1495 c.c.; difficoltà che si incontrerebbe se si dovesse applicare il criterio cronologico – sopra evidenziato – corrispondente alla preesistenza ovvero alla sopravvenienza del difetto, secondo il *dictum* della Suprema Corte⁵³.

⁵³ Si veda *supra*, par. 1.

Optando per la combinazione di un'obbligazione con una condizione (nel caso, da ritenersi *in praesens vel in praeteritum*), si raggiungerebbe viceversa la sicurezza che sempre, quando le parti abbiano deciso di affidarsi a una garanzia convenzionale con previsione di un indennizzo, dovrebbe applicarsi il termine ordinario decennale.

Certo, non sarebbero con ciò superati tutti i problemi.

Per esempio, nulla si potrebbe fare per rendere flessibile il termine di prescrizione, che *de lege lata* – con vantaggi e svantaggi – resta decennale: ma a tal proposito l'unica strada sarebbe quella di un'impegnativa riforma di ispirazione tedesca dell'istituto della prescrizione, con superamento del principio di inderogabilità di cui all'art. 2936 c.c.⁵⁴.

Prima di concludere, mi sembra di poter soggiungere ancora soltanto una precisazione.

Basandosi sulla garanzia convenzionale costruita in termini di obbligazione sottoposta a condizione sospensiva, è chiaro che il compratore potrebbe avanzare soltanto la pretesa diretta a ottenere l'indennità pattuita, mentre non sarebbe invocabile la risoluzione del contratto ovvero il suo esatto adempimento⁵⁵. Com'è ovvio, nulla peraltro impedirebbe che fossero invocati i rimedi che si collegano alla natura sinallagmatica del contratto, però a questo punto non fondandosi sulle clausole di garanzia convenzionale.

Così, nella misura in cui si verifichi un inadempimento, sarebbe pacificamente invocabile l'art. 1453 ss. c.c. in funzione di adempimento ovvero di risoluzione (nelle forme che la giurisprudenza ha inquadrato sotto specie di *aliud pro alio*, trattandosi di compravendita); e così pure sarebbe opponibile l'eccezione *ex art.* 1460 c.c.

In sintesi, e giungendo all'esito di questo discorso, si può dire che la proposta ricostruttiva sviluppata fin qui si colloca nel solco dell'impostazione fornita dalla più volte citata decisione della Suprema Corte del luglio 2014, la quale è orientata al superamento della prospettiva della garanzia in senso tecnico, in favore di una vera e propria obbligazione accessoria al contratto di compravendita. Però credo si possa utilmente andare oltre quell'impianto, giungendo a ravvisare nell'impegno assunto dal venditore in sede di garanzia convenzionale un'obbligazione sottoposta a condizione sospensiva.

Ciò consente la definitiva recisione di ogni collegamento della vicenda delle garanzie convenzionali nella cessione di partecipazioni con il tema delle garanzie in senso tecnico, da mettersi in relazione con le caratteristiche del bene venduto.

⁵⁴ Il che si è visto *supra*, par. 3. Certo, a fronte dello sbarramento rappresentato dall'inderogabilità della prescrizione ai sensi dell'art. 2936 c.c., si potrebbe mettere in campo qualche congegno sul piano delle *technicalities* contrattuali, per esempio immaginando di predisporre un *pactum de non petendo* con cui di fatto si giungerebbe all'esito di prorarre – fintantoché il patto produce effetti – il tempo della prescrizione. Si tratterebbe di una via indiretta, dunque, attraverso cui incidere sul profilo cronologico dell'esercitabilità dei diritti.

⁵⁵ Sul punto, cfr. C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali*, cit., p. 205 ss.

L'obiettivo rappresentato dall'allungamento del termine di prescrizione è ottenuto senza che residuino spazi per dar luogo a diversificazioni di trattamento in seno alle *Re&W*, in ragione del fatto che il difetto possa dirsi preesistente ovvero sopravveniente.

Tanto vale per concludere nel senso che, dopo le recenti oscillazioni giurisprudenziali in sede di legittimità come pure in sede di merito⁵⁶, appare senza dubbio auspicabile un intervento delle Sezioni Unite.

Tuttavia è da credere che, per una via puramente interpretativa, già sussistano tutti i presupposti per mettere in campo una lettura che minimizzi gli spazi di imprevedibilità e di incoerenza delle decisioni in ordine ai diritti, nonché in specie ai termini di prescrizione che a questi si applicano, spettanti all'acquirente di partecipazioni.

Certo, ogni tentativo di tracciare un percorso interpretativo su basi legislative e giurisprudenziali piuttosto malcerte presenta limiti e, inevitabilmente, si espone a critiche.

Tuttavia, lo scenario in rapido movimento del c.d. *Me&A* italiano – specie nell'ambito del *fashion* – impone alla dottrina di trovare soluzioni che possano risultare comunque praticabili, se non del tutto stabili (come quelle che potrebbero raggiungersi soltanto a cospetto di un quadro legislativo più adeguato).

⁵⁶ Si veda *supra*, par. 3.