

## **RITARDATI PAGAMENTI NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI.**

### **PROFILI COMPARATIVI.**

**Sommario:** 1. Premessa introduttiva. - 2. La complessità della realtà economica moderna. Il terzo contratto. Autonomia e giustizia contrattuale. - 3. Il ritardo nell'adempimento. - 4. L'imprenditore e le professioni liberali. - 5. La Pubblica Amministrazione. - 6. La grave iniquità dell'accordo. Le cifre evolutive dell'equità alla luce dei profili assiologici dell'equità correttiva. - 7. La tutela inibitoria e le misure coercitive per indurre all'adempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio. - 8. La presunta migrazione dell'istituto dei *punitive damages* nella tradizione di *civil law*. - 9. Considerazioni conclusive.

#### **1. Premessa introduttiva.**

Il dibattito intorno ai problemi del ritardo nei pagamenti aventi "titolo giuridico" nei contratti di scambio di merci o servizi verso un corrispettivo in danaro, di cui siano parti imprese e/o imprese e Pubbliche Amministrazioni, continua ad offrire numerosi spunti di riflessione.

Come è noto, il legislatore comunitario, con la direttiva 2000/35/CE<sup>1</sup>, ha aperto alla possibilità di rimedi diretti ad offrire al "mondo dei traffici", al fermento frenetico di iniziative e negozi giuridici compiuti dalle imprese, stabilità e riequilibrio.

In senso ampio, l'attuazione dei correttivi ivi previsti cerca di far superare gli ostacoli che molto spesso si frappongono al corretto gioco della concorrenza<sup>2</sup>. Tale nozione si presenta

---

<sup>1</sup> Direttiva 2000/35/CE del 29 giugno 2000 relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in *Guce* 8.8.2000, n. L 200/35. In dottrina sia consentito il rinvio a S. BASTION, *Direttive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali: prime osservazioni a proposito del d.lgs. n. 231/2002*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, 2, p. 395; R. CONTI, *La direttiva 2000/35 sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corriere giur.*, n. 6, 2002, p. 802; MC. CORMACK, *La direttiva europea sulla lotta ai ritardi nei pagamenti. Problemi e prospettive*, in *Quaderni di diritto privato europeo*, 3° volume, Bari, 2000, *passim*; G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2002, p. 628; F. MOLITERNI, *La direttiva europea sui ritardati pagamenti fra tutela del credito e tutela del creditore*, in *Bancaria*, 2002, 1, p. 55.

La parte introduttiva della direttiva 2000/35/CE, composta di ventitrè considerando, che precede gli otto articoli in cui è racchiusa la disciplina sostanziale, rende palesi gli intenti che la stessa si propone di raggiungere (cfr. M. GRONDONA, *Introduzione: dalla direttiva n. 2000/35/Ce al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, profili sostanziali e processuali*, a cura di A.M. BENEDETTI, Torino, 2003, p. 1 ss., il quale osserva come a dispetto di altre direttive che, facendo trasparire una molteplicità di principi, lasciano insoddisfatto l'interprete, i considerando in esame appaiono sufficientemente trasparenti). Emerge, infatti, da subito l'ambizioso tentativo di unificare il mercato, imbrigliato "in uno scenario economico che si profila sempre più come un impianto musivo, dai mille riflessi incontrollabili, dalle mille tessere eterogenee per forma e materiale, dalle mille definizioni sostituibili, alternabili ed ablabili" (cfr. COSTANTINO, *Relazione*, in *Giornata di studio la direttiva UE 35/2000 sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali ed il d.lgs. n. 231 – Lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Consiglio Superiore della magistratura, Palermo, 23.11.2002, p. 3 del dattiloscritto).

<sup>2</sup> Sul problema della rilevanza giuridica della nozione di concorrenza v. si *amplius* G. GUGLIEMETTI e G. GUGLIELMETTI, voce *Concorrenza*, in *Dig. discipline privatistiche, sez. comm.*, Torino, 1987, ristampa 2007, p. 301 ss.

oggi come un istituto di particolare complessità, gravido di ricadute sistematiche tanto sull'abuso di dipendenza economica, tanto sul diritto dei contratti.

Il mercato, nel suo complesso, non è altro che un'insieme di contratti – attuali o potenziali – governato dalle regole del diritto della concorrenza e non può negarsi che ogni intervento sui singoli contratti incida anche sulla sua struttura complessiva<sup>3</sup>. E' interessante notare come oltreoceano tale considerazione sia talmente palese da far apparire la seguente domanda perfino retorica “*What, after all, is a market but a set of contractual relations, mediated by social policies such as common law freedom of contract and antitrust prohibition of contracts is restrain of trade?*”<sup>4</sup>.

Sotto quest'angolazione prospettica, l'operazione economica che crea e trasferisce ricchezza viene tutelata consentendo che la stessa realizzi il proprio scopo, attraverso la reazione dell'ordinamento al pregiudizio arrecato, quindi seguendo l'insegnamento: “il rimedio dipende dall'interesse leso, ma, senza il rimedio, non v'è tutela effettiva di quell'interesse”<sup>5</sup>.

E' questa la prospettiva assiologica che, muovendo non dal diritto in sé considerato, ma dall'interesse ad esso sotteso, consente di superare il rischio di impantanarsi in considerazioni dogmatiche astratte.

## ***2. La complessità della realtà economica moderna. Il terzo contratto. Autonomia e giustizia contrattuale.***

Il decreto legislativo 231/2002 di attuazione della direttiva 35/2000 è stato portatore, con apparente “*nonchalance*”, di novità significative sul piano del sistema: taluna delle quali, forse, poco meno che esplosiva e, in taluni casi, addirittura potenzialmente eversiva<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Attenta dottrina (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso – Lineamento di una teoria*, Torino, 1996, p. 359 ss.) osserva che il mercato è insieme un risultato e una misura: per un verso è l'esito delle singole contrattazioni (non c'è mercato senza scambi, e quindi senza contratti), per altro verso è anche la misura delle singole contrattazioni (ogni trattativa s'intraprende sulla base delle condizioni di mercato).

<sup>4</sup> J.R. PERITZ, *Theory and fact in antitrust doctrine: summary judgment standards, single-brand aftermarkets and the clash of microeconomic models*, in *Antitrust Bulletin*, 2000, p. 908. Sul punto torna tra l'altro alla mente quella illustre dottrina secondo cui “l'istituto giuridico del contratto crea il mercato. Il mercato crea la concorrenza” (R. SACCO, in *Id – (DE NOVA), Il contratto*, tomo I, in *Trattato Sacco*, Torino, 1993, p. 14).

<sup>5</sup> G. AUTORINO, S. SICA, *Comparazione e diritto civile. Percorsi*, Salerno, 2007, p. 11.

<sup>6</sup> E' questa la posizione espressa da V. ROPPO nella prefazione al volume di A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, IX.; per dovere di completezza è opportuno segnalare anche la posizione di chi, muovendo probabilmente da un approccio più cauto e diffidente nei confronti di una disciplina la cui *ratio* non è propria del nostro bagaglio conoscitivo, spinge a non proclamare rivoluzioni copernicane (R. CLARIZIA, *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 57, il quale precisa che il contenuto delle novità introdotte “non deve essere eccessivamente esaltato”). A. PERRONE, *L'accordo gravemente iniquo nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2004, p. 65, parla di un quadro normativo non del tutto lineare. Per vero, la normativa italiana non è andata esente da critiche, in quanto, seguendo una tecnica redazionale non sempre vicina al testo della direttiva, rappresenterebbe, a tenore di alcuni (E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Contratto e impr.*, 2003, p. 446.), una legge

La disciplina introdotta ha interagito con diversi istituti già disciplinati dal codice civile e da quello di procedura civile<sup>7</sup>. Sembra allora opportuno evidenziare come il nostro codice civile offra un modello spesso smentito dalla cruda effettività della *vita mercatorum*, lontano dal divenire sociale; le leggi speciali che lo integrano diventano sempre più numerose<sup>8</sup>; accanto ai diritti ufficiali concorrono diritti promananti da altre e molteplici fonti; la Comunità europea è la fonte ispiratrice di novità legislative, spesso, comportanti drastici rinnovamenti, viepiù incidendo con effetto disgregante sul precedente panorama ordinamentale<sup>9</sup>.

La dottrina, sensibile al problema del rinnovamento del quadro categoriale, precisa come “il nuovo diritto dei contratti”<sup>10</sup> non abbia ancora trovato paradigmi che consentano di rintracciare nei recenti e spesso caotici provvedimenti normativi la trama di sicuri principi ordinatori<sup>11</sup>.

In questo ambito, l’apporto della comparazione giuridica è stato fondamentale; il diritto comparato, come “*école de vérité*”, ha offerto alla lente del legislatore, spesso deformata

---

“calderone – contenitore”. La sciatteria del legislatore nazionale, che si rivelerebbe dall’uso di un linguaggio più pratico che tecnico-giuridico, di derivazione essenzialmente commerciale, pone all’interprete non pochi problemi di coordinamento con la previgente normativa. Si pensi all’uso del termine atecnico di “transazioni commerciali”, anziché quello appropriato di “contratti commerciali” (A. BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove maldestre di neodirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 715). L’art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 231/2002 stabilisce che la disciplina introdotta si applica innanzitutto ai soli pagamenti “effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale”; l’art. 2, comma 1, lett. a) definisce la nozione di “transazione commerciale”, nella quale colloca tutti “i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo”. A parziale discolta si potrebbe segnalare l’assunto secondo cui “recepire direttive comunitarie non è mai un’operazione semplice” (E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 10) in special modo quando occorre confrontarsi con disposizioni la cui *ratio* risulta estranea al bagaglio conoscitivo del giurista nazionale.

<sup>7</sup> Si pensi alle novità relative ad istituti quali la mora del debitore, le obbligazioni pecuniarie, gli interessi moratori, la nullità, la riserva di proprietà, la subfornitura, nonché alle modifiche apportate al codice di procedura civile in materia di procedimento d’ingiunzione e alla tutela degli interessi collettivi.

<sup>8</sup> M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione a tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, p. 135 ss., segnala come la sovrapproduzione legislativa rispecchi una sorta di impotenza piuttosto che di effettività; P. PRODI, *Una storia della giustizia*, Bologna, 2000, p. 11, evidenzia come “sta venendo meno il principio fondamentale nell’ordinamento degli ultimi secoli, della territorialità della norma (...) lo Stato ha invece reagito esasperando la produzione delle norme giuridiche: il diritto positivo ha così sviluppato due caratteristiche del tutto anomale rispetto alla tradizione giuridica dell’Occidente, la pervasività e l’autoreferenzialità”.

<sup>9</sup> Cfr. M. HESSELINK, *The new European Legal Culture*, Deventer, 2001, trad. It., *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli, 2005, p. 59, il quale ritiene che il diritto comunitario si caratterizzi per la spiccata asistematicità degli interventi, nel senso che le direttive rivolgendosi ora a una figura contrattuale, ora ad un insieme, ora a segmenti di operazioni contrattuali, con una tecnica “impressionistica” per la quale le discipline investono soltanto aspetti specifici di materie che negli ordinamenti interni assumono una portata alquanto più vasta, cagionino spesso attriti all’interno del sistema giuridico nazionale. Tant’è che per ovviare a siffatte problematiche la Commissione europea ha avviato studi finalizzati a realizzare un quadro comune di riferimento (*Common Frame of Reference – CFR*) che si basi sulle diverse tradizioni giuridiche degli Stati dell’Unione.

<sup>10</sup> La realtà della “globalizzazione” ha posto all’osservatore un panorama inedito, provvisoriamente racchiuso nella locuzione “nuovo diritto dei contratti”, la quale reca in se stessa l’ambiguità e le incertezze suscitate da fenomeni di rottura con lo strumentario tradizionale della scienza privatistica (cfr. AA.VV., *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di F. DI MARZIO, Milano, 2004).

<sup>11</sup> G. D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 599 ss.,

dall'orgoglio nazionale, un panorama di soluzioni, cercando di individuare la migliore possibile<sup>12</sup>.

L'ordinamento positivo ha smesso di fare dell'atto di consumo l'oggetto privilegiato della sua attenzione per soffermarsi sul mercato dei canali produttivi e distributivi ove si contrappongono le imprese alle imprese<sup>13</sup>. Al riguardo va precisato da subito che, a differenza di quanto accade per i contratti del consumatore, il "terzo contratto"<sup>14</sup> – ovvero il regime protettivo apprestato per i contratti bilateralmente d'impresa – risulta sprovvisto di una disciplina unitaria e generale, essendo piuttosto integrato da discipline fortemente eterogenee<sup>15</sup>. Esso, difatti, non rappresenta una tutela dell'impresa debole tale da poterne discorrere in termini di categoria dogmatica autonoma ed autosufficiente; ciononostante esprime una concettualizzazione utile e probabilmente in evoluzione verso una categoria che pone il divieto di abuso di dipendenza economica a perno del rapporto tra imprese<sup>16</sup>.

Lo sguardo inevitabilmente cade sul fenomeno che vede la grande impresa tendere, per un verso, ad estendere il proprio raggio d'azione nel mondo dei traffici, quindi a "globalizzarsi"; per altro verso, a dilatare l'oggetto della propria attività, quindi a "conglomerarsi"<sup>17</sup>, schiacciando il peso specifico della piccola e media impresa.

---

<sup>12</sup> Al fine di avvalorare la tesi secondo cui il diritto comparato è uno strumento di lavoro indispensabile per un legislatore che punti alla qualità, particolarmente incisiva appare la metafora di R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1888, p. 8 ss., "Nessuno si preoccuperà di cercare lontano, ciò di cui dispone altrettanto bene a casa sua, ma soltanto uno stolto rifiuterà la chinina perché non è cresciuta a casa sua".

<sup>13</sup> Si badi che la disciplina in argomento rappresenta il primo caso di intervento comunitario in materia di obbligazioni senza il paravento della tutela del consumatore (A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001, p. 259; V. ROPPO, *Introduzione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, volume secondo, diretto da G. VISINTINI, Padova, 2009, p. 15 ss.).

<sup>14</sup> La simbolica ma utile numerazione vuole marcare una distinzione certamente non meramente descrittiva fra il primo contratto (quello "di diritto comune"), il secondo contratto (quello del consumatore) e per l'appunto il terzo (quello tra imprenditori in posizione asimmetrica) il cui modello sarebbe dato dal contratto di subfornitura.

<sup>15</sup> Sebbene il terzo contratto integra al momento un insieme di regole alquanto disomogenee, attenta dottrina (cfr. F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, in *Dig. discipline privatistiche, sez. civ.*, aggiornamento \*\*\*, Torino, 2007, p. 339 ss.) ritiene che le discipline sui ritardi di pagamento, sulla subfornitura e sull'affiliazione commerciale si coagulino intorno al problema della asimmetria di potere contrattuale, particolarmente insidiosa in rapporti, come quelli che concorrono tra imprese verticalmente integrate, dove la dipendenza economica di una parte è frequente nella prassi e condiziona relazioni di lunga durata.

<sup>16</sup> Rispetto all'espansione della categoria di contraente debole si avverte come "la figura del contraente debole, protagonista di erratiche peregrinazioni intra ed extrasistemiche, più che una voce di teoria generale, è apparsa come un medium argomentativo trasversale, utilizzato in funzione "distrutturante" delle rigidità del sistema, una sorta di leva azionando la quale dottrina e giurisprudenza hanno voluto ridefinire i limiti di applicazione della normativa e dei rimedi posti a tutela dei singoli nell'ambito di talune discipline, non solo di matrice contrattuale" (cfr. C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 4/2008, p. 831 ss.).

<sup>17</sup> Cfr. F. GALGANO, *Globalizzazione e conglomerazione*, in *Contratto e impr.*, 1, 2006, p. 73, il quale segnala come queste tendenze espansive quando si manifestano congiuntamente, allora l'organizzazione dell'impresa raggiunge il più alto livello di complessità; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma – Bari, 2003, p. 5.

Siamo, in buona sostanza, agli antipodi del pensiero di Johann Fichte, il quale teorizza al principio del diciannovesimo secolo lo “Stato commerciale chiuso”<sup>18</sup>.

In siffatto contesto, la libertà di stipulare contratti con un certo contenuto liberamente concordato tra le parti trova un limite rappresentato dall’abuso di potere contrattuale<sup>19</sup>.

Si potrebbe allora pensare che l’autonomia privata sia compressa per esigenze generali di “giustizia contrattuale”<sup>20</sup>, formula suggestiva che, nella sua genericità, richiama l’attenzione dell’interprete su concetti di ordine etico, ideologico, economico, sociologico, giuridico<sup>21</sup>.

Nel pensiero giuridico francese, il ricorso alla “*justice contractuelle*” non è stato molto frequente; anzi l’espressione “*Qui dit contractuel, dit juste*”, coniata dal filosofo d’oltralpe Alfred Fouillée, sostenitore della corrente repubblicana e solidarista, pur volendo significare che il contratto è l’unico modo per raggiungere la Giustizia, nell’accezione del “contratto sociale” di Rousseau, è divenuta slogan dell’orientamento favorevole al liberismo economico, indicando che quando sono rispettate le regole di formazione del contratto, esso è necessariamente equilibrato<sup>22</sup>.

Per vero, l’ideologia liberale sembra dominante anche negli arresti recenti della Corte di Cassazione francese pronta a negare che la clausola generale di buona fede di cui all’art. 1134 del *Code civil* possa autorizzare il giudice ad intervenire nel contratto<sup>23</sup>. Cionostante, secondo l’opinione neo-solidarista (Jamin o Mazeaud), il diritto comune delle obbligazioni non sarebbe più fondato sul principio dell’autonomia privata, ma di converso su di un riequilibrio delle

---

<sup>18</sup> Sul punto si rinvia a C. CESA, *Introduzione a Fichte*, Roma-Bari, 2005; C. DE PASCALE, *Vivere in società, agire nella storia. Libertà, diritto, storia in Fichte*, Milano, 2001.

<sup>19</sup> Vale precisare che la prova dell’abuso di potere contrattuale va fondata su indici oggettivi oppure sull’intenzione abusiva della parte (cfr. L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/Ce in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie, in Europa e diritto privato*, 2001, p. 84). Si pensi all’impresa che avvalendosi della propria forza economica, nella normale dialettica della contrattazione, imponga clausole decisamente sfavorevoli per l’altra parte, o ancora al caso limite che vede il contraente debole costretto a scegliere tra il naufragio certo della sua impresa e la stipula del contratto a condizioni inique.

<sup>20</sup> L’uso corrente della locuzione “giustizia contrattuale”, adoperata in analoghe formule da giuristi di altri paesi, esprime il primato dei valori etici rispetto alle soluzioni di diritto positivo frutto di un sindacato di giustizia sul contratto ad opera dei giudici. Dal quadro della giustizia contrattuale emerge una conflittualità potenziale tra osservanza del contenuto delle pattuizioni e salvaguardia di interessi che sono invece da proteggere. In senso ampio, sul se il controllo giudiziario delle condizioni convenute dai contraenti sia strumento convenientemente praticabile ed efficacemente idoneo allo scopo cfr. A. D’ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale, Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, p. 39 ss., i quali, tra l’altro, evidenziano l’attendibile previsione di una esplosione di contenzioso in materia contrattuale e, prima ancora, di una proliferazione di inadempienze e di crisi di contratti.

<sup>21</sup> SEN, *On Ethics and Economics*, Oxford, 1987, trad. It., *Etica ed economia*, III, Roma – Bari, 2001, p. 10; G. CONTE, *Codici etici e attività d’impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contratto e impr.*, n. 1, 2006, p. 108 ss.

<sup>22</sup> Cfr. M. BOUDOT, *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Europa e diritto privato*, 3/2008, p. 635 ss.

<sup>23</sup> Cass. com., 10-7-2007, pourvoi n. 06-14.768, in *Rev. des contrats*, 2007, 1110, note D. MAZEAUD, a tenore della quale “la regola secondo cui le convenzioni dovrebbero essere eseguite in buona fede permette al giudice di sanzionare l’uso sleale di una prerogativa contrattuale, ma questa regola non lo autorizza ad intaccare la sostanza stessa dei diritti e delle obbligazioni legalmente convenute dalle parti”.

disparità di potere economico; dovrebbe quindi tenere conto degli strumenti e dei congegni rimediali che le leggi speciali mettono a disposizione dell'autorità giudiziaria.

### 3. *Il ritardo nell'adempimento.*

Storicamente si è deprecata la farraginosità del sistema dualistico che imponeva come momento preliminare di ogni questione pratica lo scioglimento dell'interrogativo sulla natura civile o commerciale dell'atto oggetto di lite. Al riguardo pare opportuno osservare che l'ordinamento inglese si è sviluppato pragmaticamente libero dalla distinzione della rilevanza civile o commerciale della norma applicabile (in relazione al soggetto che lo pone in essere, all'atto, alla autorità giudiziaria competente a conoscerlo). Ed infatti “il termine *commercial law* ha essenzialmente una portata di ordine descrittivo: le regole della *common law* hanno assorbito la *merchant law* e sono di applicazione generale”<sup>24</sup>.

Ai giorni nostri, e le fonti determinative dell'oggetto di studio lo dimostrano, è avvertita nuovamente l'esigenza di scomposizione di taluni schemi contrattuali nella versione civilistica e commercialistica.

In questo senso, il sistema normativo offerto dalla direttiva comunitaria n. 35/2000 e dalle relative discipline di attuazione ha riproposto la citata distinzione, vieppiù rappresentando lo strumento di una palingenesi dei rapporti tra debitore e creditore in ambito commerciale all'insegna di un decisivo *favor* nei confronti del secondo<sup>25</sup>.

Diverse disposizioni del nostro codice e della normativa civilistica a quest'ultimo collegata sono pervase da norme ispirate ad un dichiarato *favor debitoris*<sup>26</sup>, profilandosi “normale lo stato di libertà dell'individuo e perciò eccezionale lo stato di obbligato”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> R. DAVID, *The Expansion of the Public Economy: A Comparative Analysis*, in *The American Political Science Review*, 1978, p. 1243-1261. Come per la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, anche con riguardo alla bipartizione diritto civile / diritto commerciale la tradizione inglese vede lo sviluppo della sola *common law*. In effetti, già alla fine del '700 era prevalso l'orientamento nell'ordinamento inglese e, più tardi, in quello nordamericano, alla commercializzazione del diritto privato che si verificò con l'incorporazione della *merchant law* nella *common law*, mediante l'assorbimento delle *merchant courts* nelle giurisdizioni di *common law*. Sebbene non si sia sviluppata la distinzione tra atto civile e atto di commercio, né quella tra commercianti e non commercianti, sussiste una forma di specializzazione interna alla Q.B.D. della *Hight Court* che si riferisce alle *commercial causes*. L'unica differenza con le altre cause è che queste ultime vengono trattate con una procedura semplificata, con l'eliminazione o la riduzione al massimo delle difese – ovvero delle *pleadings* che si limitano ad esporre i fatti della causa, senza alcun riferimento né alle questioni giuridiche, né ai mezzi di prova di cui le parti si avvarranno nel *trial*.

<sup>25</sup> Altri, più cautamente, pur riconoscendo una riconsiderazione delle figure di debitore e creditore, segnalano come i principi ispiratori della materia siano piuttosto volti alla ricerca di un equilibrio tra le prestazioni dei contraenti (Cfr. E. RUSSO, *op. cit.*, p. 498).

<sup>26</sup> Tra gli autori occupatisi dell'argomento, tale posizione è espressa in modo estremamente chiaro da S.G. SIMONE, voce *Pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Dig. discipline privatistiche, sez. civ.*, aggiornamento \*\*\*, 2007, Torino, p. 849.

L'economia moderna spesso sovverte tale schema.

A questo punto, il campo d'indagine che perimetra l'ambito di riferimento del presente intervento va più specificatamente calibrato su quella particolare forma di inadempimento che è il ritardo. Esso va considerato una specie dell'inadempimento<sup>28</sup>.

La dottrina che propende per la natura oggettiva della responsabilità per inadempimento tende a scindere il fatto oggettivo del ritardo dalla considerazione della colpa dell'obligato, accollando a quest'ultimo il rischio degli impedimenti inerenti alla c.d. provvista, che incidono nella fase preparatoria dell'adempimento, e cioè nella sfera di libertà organizzativa degli interessi del debitore<sup>29</sup>.

In Inghilterra, la regola base è spesso detta essere quella che la responsabilità contrattuale è rigida. In *Ranieri v. Miles*, Lord Edmund-Davies said: *“In relation to a claim for damages for breach of contract, it is, in general, immaterial why the defendant failed to fulfil his obligations and certainly no defence to plead that he had done his best”*<sup>30</sup>. Si aggiunga che la forza maggiore che non sia sufficientemente seria non è una difesa; difatti la *“Force majeure which is not sufficiently serious to frustrate the contract is not a defence”*. Tuttavia, in taluni casi, le corti hanno mitigato la rigidità del citato principio che vede il debitore addirittura responsabile in assenza di colpa; si suole affermare che *“the courts have mitigated the strict rule that the debtor is liable even in the absence of fault, by holding that, as a matter of interpretation of the particular contract, a non-performance caused by something not the debtor's fault provides an excuse, so that the debtor is not liable in damages, even though the*

---

<sup>27</sup> M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Il diritto civile italiano nelle pagine del Digesto*, a cura di R. CATERINA, Torino, 2008, p. 331. V. B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in *Ann. Palermo*, 1971, p. 32; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, IX, *Obbligazioni e contratti*, 1, Torino, 1999, p. 17; A. DI MAJO, *Danno da svalutazione e categorie creditorie*, in *Giur. it.*, 1979, p. 193; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1987, p. 414.

<sup>28</sup> Sia consentito specificare che l'allusione dell'art. 1218 all'esecuzione esatta della prestazione dovuta va interpretata come riferimento ad un'esecuzione corretta, e la correttezza deve essere valutata alla luce del criterio della buona fede, ovviamente della buona fede oggettiva. Il ritardo non è che quella scorrettezza d'esecuzione che consiste nel fatto, imputabile al debitore, di non aver rispettato il dovere di eseguire tempestivamente la prestazione dovuta, e che come tale è fonte dell'obbligazione di risarcire il danno (in questo senso è per vero la minoranza della dottrina: U. NATOLI, L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 245; S. MAZZARESE, voce *Mora del debitore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 443 ss.; *contra* G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino, 1984, p. 237).

<sup>29</sup> G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. cod. civ.*, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1987, p. 309. Primo ad avviare una analisi economica dei diversi criteri di imputazione della responsabilità contrattuale è il Trimarchi (cfr. P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 512), secondo cui un sistema di responsabilità contrattuale oggettiva nell'ambito delle prestazioni d'impresa contribuisce a determinare una ottimale distribuzione delle risorse produttive, preme in favore del progresso tecnologico e riduce i costi giudiziali.

<sup>30</sup> (1981) AC 1050. L'affermazione di Lord Edmund-Davis rappresenta la posizione tradizionale secondo cui non è una difesa mostrare che l'inadempimento è stato causato da qualcosa che esula dal controllo del debitore. “In relazione a una richiesta di danni da violazione del contratto è, in generale, irrilevante il perché il debitore ha fallito nell'adempimento della sua obbligazione”.

*contract is not frustrated*". Non di rado vi sono poi contratti che alterano il contenuto della regola generale<sup>31</sup>.

A conclusioni non dissimili perviene anche la dottrina che tende invece a configurare il problema della responsabilità debitoria sotto il profilo dell'imputabilità. A tal proposito si afferma che il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria può non essere imputabile se deriva da un impedimento non prevedibile né superabile con la richiesta diligenza. Planiol considera liberatorio l'impedimento, qualora questo configuri un "*obstacle imprevisible et irresistible*", che renda l'adempimento del debitore "assolutamente impossibile"<sup>32</sup>.

Rispetto alla posizione precedente, l'ambito entro cui il debitore è chiamato a rispondere appare significativamente ridotto: la situazione di imputabilità coincide con la violazione dell'ordinario dovere di diligenza imposto dall'ordinamento. Tuttavia, sul piano pratico, le conseguenze non sembrano mutare in misura sostanziale. Esemplificando, la mera impotenza finanziaria anche in questa ottica non è ritenuta causa di giustificazione sufficiente, poiché l'insufficienza dei beni patrimoniali esprime come tale solo la situazione d'inefficienza del debitore, ma non involge il giudizio d'imputazione dell'inefficienza stessa<sup>33</sup>.

Sul punto è il caso di evidenziare che il d.lgs. 231/2002 di attuazione della direttiva risponde fedelmente ai descritti orientamenti dottrinali; difatti, il creditore ha il diritto alla corresponsione degli interessi moratori "salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

---

<sup>31</sup> Per tali considerazioni cfr. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and text on Contract law*, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 665. "*The first is that contracts very commonly contain clauses altering the general rule. Thus sale contracts frequently contain "force majeure" clauses excusing late delivery for reasons outside the seller's control*".

<sup>32</sup> Invero, relativamente all'esperienza francese, si rinviene un netto disaccordo tra la dottrina favorevole a giustificare, mediante la teoria della *imprevisión*, lo scioglimento del contratto o la sua riduzione ad equità in presenza di determinate circostanze e la posizione della giurisprudenza, di converso, incline a sostenere lo scioglimento del vincolo contrattuale solo in presenza di eventi dai quali derivi la impossibilità della prestazione. In tutti i casi, "nessuna responsabilità senza colpa" è la filosofia propugnata dai giusnaturalisti e assorbita "parzialmente" dallo stesso *code Napoléon* che se all'art. 1137 stabiliva che l'obbligazione di custodire la cosa sottopone colui che ne è incaricato ad apporvi tutta la cura del buon padre di famiglia, basando l'inadempimento sulla colpa, all'art. 1147 disponeva che il debitore è tenuto al risarcimento del danno tutte le volte che egli non dia prova che l'inadempimento proviene da una causa estranea che non gli può essere imputata, ergo responsabilità oggettiva dalla quale il debitore può liberarsi solo con la prova del caso fortuito. La dottrina francese, al fine di conciliare le due disposizioni, affermò che il debitore dà, con la prova del fortuito, la dimostrazione della propria *absence de faute* (F. GALGANO, *La responsabilità per inadempimento contrattuale*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 1999, p. 115 ss.). I codici di altri paesi riproducevano, nel secolo scorso, le disposizioni scolpite nel *code Napoléon*, provocando nelle rispettive dottrine le medesime divisioni. Tant'è che in Spagna, sebbene le enunciazioni di principio continuino a fondare sulla colpa la responsabilità del debitore, le soluzioni dei casi concreti sono in linea con la concezione oggettiva (cfr. J. FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, che ricostruisce il sistema normativo del *código civil* ravvisandovi l'adesione alla concezione oggettiva della responsabilità contrattuale).

<sup>33</sup> C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, SCIALOJA e BRANCA (a cura di), IV, *Delle obbligazioni, sub art. 1227*, Bologna-Roma, 1979, p. 106.



Del resto anche in Germania il ritardo è rilevante, salvo che il debitore possa provare che esso è stato determinato da una circostanza di cui egli non debba rispondere (“*den er nicht zu vertreten hat*”)<sup>34</sup> e lo stesso modello di Common Law, da un punto di vista applicativo, sconta forti analogie con il nostro sistema di responsabilità contrattuale, atteso che non è indifferente ad una valutazione del comportamento del contraente<sup>35</sup>.

Senza indugiare nell’approfondimento di istituti oramai patrimonio diffuso della dottrina civilistica, vale ricordare che, al fine dell’integrale riparazione del danno alla persona, il diritto internazionale e quello comunitario in via di formazione prevedono la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

I Principi Unidroit applicabili ai contratti internazionali prevedono all’art. 7.4.2, rubricato “Risarcimento integrale”, che “(1) il creditore ha diritto al risarcimento integrale del danno subito in conseguenza dell’inadempimento. Il danno comprende sia ogni perdita sofferta che ogni mancato guadagno... (2) Il danno può essere di natura non patrimoniale e comprende, per esempio, la sofferenza fisica e morale”. Analoga formulazione è stata accolta nel *Draft Common Frame of Reference*; il libro III, in tema di “*Obligations and corresponding rights*”, all’art. 3:701, sotto la rubrica “*Right to damages*”, stabilisce che “(1) The creditor is entitled to damages for loss caused by debtor’s non performance of an obligation, unless the non-performance is excused. (2) The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur. (3) “Loss” includes economic and non economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life”<sup>36</sup>.

Soffermandoci sui diritti nazionali, può dirsi che il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento è ammesso in *common law* e in Francia. La Germania, invece, prevedeva limiti analoghi a quelli dell’art. 2059 c.c.; dopo la riforma dello *Schuldrecht*, il legislatore ha trasferito la disciplina sul risarcimento dei danni non patrimoniali dalla sezione dedicata al fatto illecito a quella sulle obbligazioni in generale, tuttavia lasciandone sostanzialmente invariata la formulazione. Il §253, c. 2, BGB, stabilisce, come il precedente § 847, che il danno non patrimoniale sia risarcito nei casi determinati dalla legge e quando sia

---

<sup>34</sup> Più in generale, relativamente alla responsabilità del contraente, può dirsi che il diritto codificato tedesco concentra la sua attenzione su due concetti ben precisi: l’impossibilità sopravvenuta della prestazione (*Unmöglichkeit*) e il ritardo nella sua esecuzione (*Verzug*).

<sup>35</sup> A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. discipline privatistiche, sez. civ.*, XVII, Torino, 1998 (ristampa 2006), p. 36; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, II, Istituti*, Milano, 1998, p. 200 ss.

<sup>36</sup> Sul punto v.si *amplius* G. SAVORANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, volume terzo, Padova, 2009, p. 261 ss.

leso il corpo, la salute, la libertà o l'autodeterminazione sessuale<sup>37</sup>. In Italia, la pronuncia a sezioni unite della Corte di Cassazione 11 novembre 2008, n. 26972<sup>38</sup>, afferma che il risarcimento costituisce la tutela minima per i diritti inviolabili della persona, sia che il soggetto leso sia creditore o semplice passante, e perciò non vi è ragione di distinguere fra contratto e fatto illecito ai fini della concessione del danno non patrimoniale<sup>39</sup>. In buona sostanza, viene asserito che ogni pregiudizio non patrimoniale, se correlato ad un referente costituzionale, può assumere rilievo ai sensi dell'art. 1218 c.c.<sup>40</sup> Preme sottolineare che è opportuno per il mercato che il sistema si orienti in tal modo, poiché il corretto svolgimento della concorrenza tra imprese implica che non sia lasciato privo di conseguenze l'inadempimento o il ritardato adempimento. D'altro canto, una linea argomentativa a sostegno dell'ammissibilità del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento è rinvenibile nell'art. 1174 c.c. secondo cui l'interesse del creditore sotteso al rapporto obbligatorio può essere anche non patrimoniale.

In ogni caso, non può dubitarsi del fatto che le diversità esistenti nei diversi ordinamenti costituiscano un *vulnus*, contribuendo a creare profonde disuguaglianze capaci di incidere in maniera significativa e disomogenea sul rischio d'impresa.

#### ***4. L'imprenditore e le professioni liberali.***

La percezione – dei giuristi tedeschi per primi<sup>41</sup> – che il diritto affondi le sue radici nei fatti economici fa comprendere che sono in gioco interessi socialmente rilevanti più che interessi individuali. Storicamente il rapporto economia/diritto comincia a modificarsi dapprima nel luogo dove il capitalismo maturo della grande industria rifiuta lo *abtrakte Privatrecht* dei pandettisti. E' senza dubbio la Germania il vivacissimo laboratorio di nuovi

---

<sup>37</sup> Critica è la posizione di parte della dottrina circa la nuova formulazione del § 253 BGB (cfr. G. CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 125 ss.; A. DIURNI, *Le novità in tema di risarcimento del danno nello Zweite Gesetz Zur Änderung Schadensersatzrechtlicher Vorschriften*, in S. PATTI, a cura di, *Annuario di diritto tedesco 2004*, Milano, 2006, p. 341 ss.).

<sup>38</sup> Cass. Civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur. it.*, 2009, I, 61.

<sup>39</sup> G. PONZANELLI, *Riparazione integrale del danno senza il danno esistenziale*, in AA.VV., *Danno non patrimoniale*, Milano, 2009, p. 331 ss.

<sup>40</sup> V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, p. 113.

<sup>41</sup> Per vero già Senofonte aveva dedicato un intero saggio allo studio dell'economia (cfr. SENOFONTE, *Economico*, tr. it., Milano, 1991) ed anche Aristotele si era occupato di problemi economici nei suoi scritti. In particolare secondo Aristotele l'economia non poteva essere esercitata in modo arbitrario, ma in costante rapporto con l'etica (cfr. J.L. COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge, Ma., 1988).

esperimenti nel campo del diritto dell'economia. E' qui che prende forma e volto la teoria dell'impresa come concetto cardine del nuovo diritto dell'economia<sup>42</sup>.

L'impresa "non è un'isola egoisticamente economica ma cellula d'un vasto organismo cui dà vita e riceve vita"<sup>43</sup>. E' per questo che intorno all'attività d'impresa, quale polo di attrazione, si distribuiscono variamente le discipline contrattuali sopravvenienti. La stessa concezione d'impresa si evolve e si amplia, fino a declinarsi nelle forme, alquanto più fumose, dell'attività professionale.

Nell'empito della valorizzazione dell'interesse del creditore e della premura per i soggetti più deboli del mercato, la parola del legislatore comunitario apre alla nozione "allargata" di impresa. Ai fini della direttiva n. 35/2000 (14° considerando), infatti, è da considerare impresa anche ogni soggetto che eserciti, sia pure individualmente, una libera professione (art. 2, n1, 3° cpv.)<sup>44</sup>.

Questa norma così come formulata sarebbe stata di rivoluzionaria portata, ma a frenarne gli effetti distorsivi nel nostro sistema giuridico è lo stesso considerando n. 14, a mente del quale gli Stati membri non sono obbligati a considerare le professioni liberali come imprese per scopi che non siano strettamente connessi a quelli della direttiva<sup>45</sup>. In ogni caso, per i fini della lotta contro i ritardi pagamento, le professioni liberali sono trattate "come imprese o attività commerciali".

E così non del tutto peregrina si rivela la possibilità che attraverso definizioni settoriali si pervenga, di direttiva in direttiva, ad elaborare una sorta di *identikit* dell'impresa comunitaria che ricomprenda anche le libere professioni, sulla falsariga di quanto già avvenuto in ambito

---

<sup>42</sup> Si deve soprattutto ad un giurista tedesco sensibilissimo al mutamento socio-economico, Justus-Wilhelm Hedelmann, la creazione presso l'università di Jena, nell'immediato primo dopoguerra, di un *Institut für Wirtschaftsrecht*.

<sup>43</sup> P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini, Per la storia del pensiero giuridico moderno*, tomo II, Milano, 1999, p. 1004. Giova aggiungere che il termine impresa si rintraccia dapprima nel codice di commercio francese del 1807. Non pare negabile che strutturalmente e funzionalmente il modello d'impresa, esibito dal codice di commercio francese del 1807, fu ereditato prima dal codice di commercio italiano del 1865, poi dal codice del 1882; v. si *amplius* P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. discipline privatistiche, sez. comm.*, ristampa 2007, Torino, p. 33 ss.

<sup>44</sup> Sul punto è d'uopo rilevare che l'espressione tedesca *gewerbliche Tätigkeit* tendenzialmente ricomprende tutte le attività economiche finalizzate alla produzione ed allo scambio di beni e servizi esercitate professionalmente, con esclusione delle sole cd. libere professioni che rientrano nella nozione di *berufliche Tätigkeit*. Senonchè per designare la nozione che nelle direttive comunitarie e nel nostro diritto interno, di derivazione comunitaria, viene contrassegnata con la parola professionista (nozione che ricompre sia l'imprenditore in senso proprio sia il libero professionista), il legislatore tedesco ha fatto ricorso al termine *unternehmer* la cui traduzione letteraria è appunto quella di imprenditore.

<sup>45</sup> Per una esaustiva trattazione del rapporto tra impresa e professioni intellettuali v. P. SPADA, *op. cit.*, p. 53 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Le società fra professionisti*, in *Diritto privato comunitario - Lavoro, impresa e società*, a cura di RIZZO, II, Napoli, 1997; F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1991, p. 18 ss., secondo cui "la distinzione fra professionista intellettuale e imprenditore è concepita nel nostro sistema legislativo come una distinzione qualitativa, non già quantitativa; attiene alla *status* professionale del produttore, non già alle dimensioni dell'organizzazione produttiva. Il medico o l'avvocato restano medico o avvocato se si limitano a prestare servizi sanitari o legali, indipendentemente dalle dimensioni che possa assumere la loro organizzazione professionale".

antitrust<sup>46</sup>. L'orientamento comunitario, in tema di concorrenza, pare difatti consolidato nel ritenere che l'attività dei professionisti intellettuali possa essere equiparata o almeno assimilata a quella degli imprenditori<sup>47</sup>. L'elemento di comunanza sarebbe costituito dall'economicità ovvero dall'attitudine, almeno potenziale, alla produzione di un profitto<sup>48</sup>.

Si comprende agevolmente come lo scenario attuale sia radicalmente mutato per effetto della pressione riformatrice della disciplina comunitaria, per la necessità di maggiori margini di mobilità professionale, quindi per l'interesse degli operatori economici di disporre di prestazioni professionali adeguate ad un mercato "non più costretto entro gli asfittici e tradizionali confini nazionali"<sup>49</sup>.

Di certo il tentativo di rintracciare un criterio distintivo sulla base di categorie dogmatiche astratte quali possono essere quelle di obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato<sup>50</sup> incontra difficoltà di non poco momento. I nostri giudici ancora si servono, seppure in termini descrittivi e cauti, di tale lessico; ciò nel travaglio naturale dei percorsi giurisprudenziali che rivelano nel loro divenire intime contraddizioni dovendo far coesistere

---

<sup>46</sup> Come è noto nella disciplina *antitrust* comunitaria e interna la nozione di impresa "abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e della sua modalità di funzionamento" (Corte giust. Ce, 12 settembre 2000, causa C-180/98 e C-184/98; Corte giust. Ce, 23 aprile 1991, causa C-41/90, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, p. 1322) essendosi precisato che "costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato". Da tale profilo, quindi, sono stati considerati imprenditori, allo specifico fine dell'applicazione delle disposizioni *antitrust*, gli spedizionieri doganali (Corte giust. Ce, 18 giugno 1998, C-35/96), gli avvocati (Corte giust. Ce, 19 febbraio 2002, C-309/99 e 35/99), i medici specialisti (Corte giust. Ce, 12 settembre 2000, C-180/98 e 184/98), i farmacisti (Autorità garante della concorrenza e del mercato, 12 luglio 2000, n. 8478; Tar Lazio, 11 marzo 2005, n. 1809, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2005, p. 586), i geometri (Tar Lazio, 3 settembre 2004, n. 8368, in *Giur. merito*, 2005, p. 415), i medici e gli odontoiatri (Autorità garante della concorrenza e del mercato, 27 settembre 2000, n. 8720; così anche Tar Lazio, 21 giugno 2001, n. 5486) e i consulenti del lavoro (App. Milano, 29 settembre 1999, in *Guida al dir.*, n. 41, 1999, p. 68). Si aggiunga che il d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 30, concernente la ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni ai sensi dell'art. 1, l. 5 giugno 2003, n. 131, ha indicato come "l'attività professionale esercitata in forma di lavoro autonomo è equiparata all'attività d'impresa ai fini della concorrenza di cui agli artt. 81, 82 e 86 (*ex* 85, 86 e 90) del Trattato Ce, salvo quanto previsto dalla normativa in materia di professioni intellettuali". Sulla nozione di impresa ai fini antitrust v., tra i tanti, L. DI VIA, *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato Europeo*, Padova, 1997, vol. I, pp. 252 e ss.; M. TICOZZI, *Avviamento degli studi professionali*, in *Contratto e impr.*, 2007, 3, p. 647 ss.

<sup>47</sup> Sul punto cfr. A. TIZZANO, *La Corte di Giustizia C.E. e la riforma delle professioni*, in *il Notaro*, 1998, 5, p. 405; M. SCUDIERO, *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 113).

<sup>48</sup> Vale precisare che è l'ordinamento statunitense a dare ingresso all'applicazione delle regole del mercato e della concorrenza riguardo alle professioni intellettuali. La prima pronuncia nella quale viene affermato il principio dell'equiparazione delle libere professioni al "*trade or commerce*" è della U.S. Supreme Court No. 74-70, June 16, 1975, *Lewis Goldfarb et ux. v. Virginia State Bar*.

<sup>49</sup> C. TIMELLINI, voce *Liberi professionisti*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, aggiornamento \*\*\*\*, Torino, 2008, p. 535.

<sup>50</sup> La distinzione obbligazione di mezzo (*obligation de moyen*) e obbligazione di risultato (*obligation de résultat*) venne offerta per la prima volta in Francia, alla fine degli anni venti, da Demogue (cfr. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Paris, 1928, n. 1237) ed incontrò grande successo nella dottrina e nella giurisprudenza francese successive. Già non sconosciuta alla dottrina italiana, la distinzione tra obbligazione di mezzi, dette anche di comportamento o di contegno, e obbligazioni di risultato fu riproposta sotto la nuova codificazione con rigore critico da un autore (L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1954, p. 185 ss., 280 ss., 366 ss.), il quale, criticando la terminologia utilizzata, afferma la relatività della distinzione, in quanto tutte le obbligazioni in generale hanno per oggetto un risultato; la distinzione significa solo "maggiore o minore incidenza del risultato dovuto rispetto al contenuto dell'interesse finale del creditore".

principi con regole operazionali talvolta di segno contrario, principi assiomatici con eccezioni che minano alla base il valore dei primi.

Tuttavia, può leggersi in maniera non equivoca in una recente pronunzia della Suprema Corte a sezione unite come siffatta distinzione sia “dogmaticamente superata”<sup>51</sup>. In Francia, viceversa, nel non lontano 2005, il giurista Didier R. Martin, in sede di commento all’introduzione dell’*Avant-projet* di riforma del *code civil*<sup>52</sup>, ove è stata accolta la distinzione, affermava: “*Pur produit du génie juridique national, cette distinction, qui tolère des nuances intermédiaires, transcende les espèces d’obligations dont elle règle la portée*”, dando chiaro risalto sia al genio giuridico francese sia alla possibilità che si diano sfumature intermedie tra le obbligazioni di mezzo e di risultato. Sembra allora potersi affermare che l’*Avant-projet* francese, riproponendo un modello tendenzialmente dicotomico che rinvia alla colpa nelle obbligazioni di mezzi e all’oggettività della *force majeure* nelle obbligazioni di risultato, sia poco incline ad integrare la complessità contemporanea nelle strutture del vecchio codice<sup>53</sup>.

Si badi, è appena il caso di rammentare come il quadro illustrato abbia registrato una ulteriore svolta significativa, con particolare riferimento alla professione forense. L’art. 2 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani), come modificato dalla legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248, ha abrogato le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono, con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali, l’obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti<sup>54</sup>. A ben vedere, la possibilità di variare il compenso dovuto al professionista sulla base del risultato raggiunto (c.d. patto di quota lite), si pone come rottura in un ordinamento che concepisce l’obbligazione del professionista intellettuale come un’obbligazione di mezzi e non di risultato.

Viene, pertanto, da chiedersi se una differenza di disciplina tra professionista intellettuale ed imprenditore sia ancora attuale o, viceversa, essa rappresenti un residuo storico di stretta derivazione corporativa che attribuisce un trattamento privilegiato alle professioni liberali, sottraendole al rischio d’impresa<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ.*, 2008, p. 297 ss., con nota di CALVO.

<sup>52</sup> Il testo del progetto è agevolmente consultabile in via telematica.

<sup>53</sup> Cfr. U. BRECCIA, *Usi e abusi dei significati di “diligenza nell’adempimento”*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, a cura di G. VISINTINI, volume primo, Padova, 2009, p. 150

<sup>54</sup> Il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani), successivamente modificato dalla legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248, ha inteso dare attuazione al principio della libera concorrenza e libera circolazione delle persone e dei servizi, nonché assicurare agli utenti un’effettiva facoltà di scelta nell’esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato.

<sup>55</sup> Ad opinione di G. BONFANTE, G. COTTINO, *L’imprenditore*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2001, I, p. 450, infatti, “i professionisti sono creatori di ricchezza come qualsiasi imprenditore. La loro organizzazione è spesso complessa ed articolata, con una fitta reti di strumenti, dipendenti, collaboratori ed ausiliari, e tende a divenirlo viepiù a misura che l’attività professionale si modella sulle nuove forme espresse dai paesi a capitalismo

## 5. La Pubblica Amministrazione.

Le disposizioni del d.lgs. 231, applicandosi ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale tra imprese ovvero tra imprese e Pubblica Amministrazione, hanno fatto registrare una significativa evoluzione della sensibilità democratica, incidendo anche sul *modus operandi* della P.A.<sup>56</sup>. Per il passato, si esonerava l'Amministrazione Pubblica dagli effetti della mora atteso che si palesava come una contraddizione in termini la possibilità giuridica di una colpa dell'Amministrazione e, dunque, di un illecito ad essa imputabile<sup>57</sup>.

---

avanzato (...). Non vi è dunque ragione reale per sottrarre soltanto i professionisti al rischio del lavoro, quasi che essi fossero, e non altri, i depositari e i vestali dell'attività intellettuale”.

<sup>56</sup> Secondo U. MAIELLO, *La mora debendi della Pubblica Amministrazione e la disciplina degli interessi da ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pubbliche*, in P. STANZIONE, A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2006, p. 930, “Le Amministrazioni Pubbliche fruivano di un sistema di privilegi, i cui effetti si lasciavano apprezzare anche sul piano della disciplina dei rapporti negoziali, ivi compresi quelli posti in essere dall'Amministrazione quale semplice soggetto giuridico titolare della c.d. capacità di diritto privato”. Quanto statuito dal d.lgs. 231/2002 rappresenta un ulteriore passo nella lotta ai *privilegia fiscali*, considerati dalla giurisprudenza come deroghe alle norme di diritto comune, e non come speciali posizioni delle Amministrazioni Pubbliche, poiché hanno ad oggetto sempre elementi puntuali dei rapporti e non i rapporti in quanto tali. Cfr. M. ATELLI, *Contratti della Pubblica Amministrazione e normativa in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 231/2002): brevi note su tre aspetti sensibili nella prospettiva amministrativo-contabile*, in [www.amcorteconti.it](http://www.amcorteconti.it); M. FAVIERE, *Il ritardo della p.a. nelle obbligazioni pecuniarie – vessatorietà degli accordi derogatori*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it). Sembra, dunque, chiaro che rispetto ai rapporti che intercorrono tra imprese e P.A. la normativa in commento rappresenti un “passaggio epocale”. In tal senso cfr. R. CONTI, *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle obbligazioni commerciali*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 99 e ss. Si pensi ai privilegi di cui i soggetti pubblici possono usufruire in riferimento alla riscossione dei tributi, ai privilegi che attengono al pagamento dei debiti; ed ancora, a titolo esemplificativo, al *favor* per le amministrazioni degli enti territoriali in dissesto ovvero alla estinzione delle procedure pendenti ed alla improponibilità di nuove azioni esecutive nei confronti di questi enti. Sapidì sono gli spunti storico-comparatistici evocati dalla fattispecie; ad esempio fino al 1947, la Pubblica Amministrazione (Crown) godeva dell'immunità dalla responsabilità per atto illecito, principio che veniva spesso espresso dalla massima “*King (the) can do no wrong*” – retaggio del principio feudale dell'immunità del sovrano dalla giurisdizione –. Col *Crown Proceedings Act 1947* che assume una importanza fondamentale nell'ordinamento inglese, essa veniva posta, ai fini della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, sullo stesso piano di una qualsiasi persona fisica pienamente capace di agire.

<sup>57</sup> Argomentazioni a sostegno di simile impostazione si rinvencono nell'orientamento dottrinale che segue: “Lo Stato non fa impegno fruttifero dei suoi denari, che sono sempre in giro e sempre disposti per bisogni pubblici, laddove la giustizia degli interessi moratori consiste nel rendere al creditore il frutto che il debitore gode indebitamente” E. REGGIO D'ACI, *La mora della Pubblica Amministrazione*, in *Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981, p. 1209 ss.; in giurisprudenza v. si Cass. Civ., 26 marzo 1964, n. 686, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 638; Cass. civ., 7 novembre 1981, n. 5893, in *Mass. Giur. it.*, 1981. Prelude agli attuali approdi normativi il centrale formante rappresentato dalla sentenza emanata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass. civ., 8 giugno 1985, n. 3451, *Foro it.*, 1985, I, 1619), che, vero *leading case* in materia, scindeva il momento contabile da quello dell'adempimento così: “La P.A., che non ha corrisposto nel termine pattuito il canone di locazione di immobile appartenente a privato, non può paralizzarne le domande di risoluzione del contratto e di rilascio dell'immobile invocando la mancata emissione del titolo di spesa secondo le norme sulla contabilità generale dello stato o la omessa attuazione degli adempimenti previsti da disposizioni interne dell'amministrazione”; conforme Cass. civ., Sez. III, 24 ottobre 1988, n.5755, in *Mass. Giur. it.*, 1988.

Cionondimeno, in relazione alla costituzione in mora<sup>58</sup>, la lotta ai ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali si è mossa verso latitudini più estreme sancendo la decorrenza automatica degli interessi moratori dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento e, per il caso in cui il termine di pagamento non è stabilito nel contratto, alla scadenza del termine legale di trenta giorni a partire da uno degli eventi indicati nelle lettere a-d dell'articolo 4 co. 2 indipendentemente da una formale dichiarazione scritta di costituzione in mora<sup>59</sup>.

Orbene le tortuosità della riflessione in ordine all'applicabilità del saggio d'interesse proprio della disciplina sui ritardati pagamenti non turbano il cammino della esperienza di *common law* che, anche sotto quest'aspetto, pone su di un piano fortemente effettuale la pari ordinazione tra Pubblica Amministrazione e privato cittadino nel mondo delle transazioni commerciali.

D'altro canto, la parità di *status* giuridico di tutti i soggetti dinanzi ad un giudice unico è una delle accezioni più rilevanti del concetto di *rule of law*<sup>60</sup>. Almeno in via generale sussiste un solo ordine di regole che, appunto perché applicabili a tutti i soggetti e a tutti i rapporti giuridici, governa anche l'attività della Pubblica Amministrazione<sup>61</sup>.

Può quindi affermarsi che il prescindere dalla dicotomia diritto privato/diritto pubblico, l'assenza del paradigma dell'atto amministrativo così come concepito nel diritto continentale, indi la mancanza della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi alla quale si fa

---

<sup>58</sup> Più volte per il passato la giurisprudenza ha statuito che: “con riguardo ai debiti pecuniari delle Pubbliche Amministrazioni, per i quali le norme sulla contabilità pubblica stabiliscono, in deroga al principio di cui all'art. 1182, comma 3, c.c., che i pagamenti si effettuano presso gli uffici di tesoreria dell'amministrazione debitrice, la natura “*querabile*” dell'obbligazione comporta che il ritardo del pagamento non determina automaticamente gli effetti della mora ai sensi dell'art. 1219, comma 2, n. 3, c.c., occorrendo invece – affinché sorga la responsabilità da tardivo adempimento con conseguente obbligo di corresponsione degli interessi moratori e di risarcimento dell'eventuale maggior danno - la costituzione in mora mediante intimazione scritta di cui al comma 1 dello stesso art. 1219” (cfr. Cass. civ., Sez. I, 21 febbraio 2001, n. 2478, in *Mass. Giur. it.*, 2001; in dottrina v. A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 222 ss.).

<sup>59</sup> La possibile lievitazione della spesa pubblica ha indotto il Ministero dell'economia, con la circolare n. 1 del 14.01.2003, ad affermare che la nuova normativa sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali “presuppone una P.A. al passo con i tempi, comportamenti virtuosi ed una particolare ed attenta cura da parte dei responsabili nella materia in esame e nella gestione delle relative risorse di bilancio” (cfr. circolare 14 gennaio 2003, n. 1 del Ministero dell'Economia, in G.U. n. 19 del 24.01.2002 ed altresì circolare 4 febbraio 2003, n. 1 del Ministero dell'Economia, in G.U. n. 37 del 14.02.2003).

<sup>60</sup> Principio di cui non sembra possibile offrire una versione univoca, la cui diffusione risale all'impiego fattone da Dicey nella sua celebre opera *The Law of the Constitution*, di cui l'idea centrale è l'inammissibilità nell'ordinamento inglese di un diritto amministrativo alla francese perché incompatibile con il principio fondamentale della *rule of law*, ossia della primazia della legge comune o dell'uguale soggezione del cittadino e dell'agente pubblico alla *common law* amministrata dai giudici. Simile concezione, per vero, è stata oggetto di numerose critiche che hanno messo in rilievo, tra l'altro, l'“*extravagant version*” della *rule of law* laddove essa esclude qualsiasi potere discrezionale, ma non può tacersi del fatto che, per altri versi, essa racchiude delle idee fondamentali a una società democratica.

<sup>61</sup> Né può confondere l'espressione *administrative law* che indica le procedure dinanzi ai *tribunals* e quelle mediante le quali si esercita il controllo sugli atti della Pubblica Amministrazione. In buona sostanza, non vi è un settore autonomo dell'ordinamento inglese corrispondente al diritto amministrativo dei sistemi di *civil law*, di guisa che pur esistendo organismi amministrativi assai sviluppati, essi soggiacciono comunque alla *common law*, e non già alle norme di un ramo del diritto pubblico (cfr. M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, 1978, p. 69).

ricorso per la determinazione della giurisdizione, consentono al sistema inglese e più in generale alla tradizione di *common law* di presentarsi in una veste più moderna rispetto alle esigenze dell'evoluzione giuridica<sup>62</sup>.

Il d.lgs. n° 231/2002 di derivazione comunitaria, cui può aggiungersi anche la l. n. 5 del 2005, sono segnali tangibili di una evoluzione che potremmo dire segue la lezione inglese circa la maggiore democraticità ed efficienza del suo approccio. L'empirismo inglese induce a rifuggire il più possibile dalle astrazioni concettuali e ad elaborare categorie giuridiche di gran lunga meno estese, più aderenti alla tipologia della realtà. Per dirla nei termini della filosofia analitica, "il linguaggio giuridico del *common lawyers* è il linguaggio cosale, che ha per oggetto le cose che arredano il mondo"<sup>63</sup>.

Non a caso, nel Regno Unito, il *Late Payment of Commercial Debt (Interest) Act* è stato approvato nel 1998, una settimana dopo la pubblicazione della prima proposta di direttiva. I due testi si sono influenzati a vicenda.

Basti pensare che la Sec. 14 del *Late Payment of Commercial Debt (Interest) Act*<sup>64</sup>, dedicata ai *Contract terms relating to the date for payment of the contract price*, assoggetta le pattuizioni aventi l'effetto di allungare il termine di pagamento al *reasonableness test*<sup>65</sup> di cui alla Sec. 3(2)(b)<sup>66</sup> e alla Sec. 17(1)(b)<sup>67</sup> dell'*Unfair Contract Terms Act*, anche qualora non siano contenute in condizioni generali di contratto.

Inoltre, in base alle Sec. 8 e 9 del *Late Payment Act* sono nulle le pattuizioni che escludono o limitano l'obbligo di pagare gli interessi di mora, a meno che al creditore non venga offerto un rimedio adeguato in caso di mora del debitore. Relativamente alle circostanze

---

<sup>62</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Il diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, p. 519, secondo cui: "In un sistema come quello inglese, in cui un solo giudice conosce tanto dell'illecito, quanto dell'illegittimo, la distinzione tra diritti ed interessi diviene poco più che una sistematica teorica". Già in passato, quindi, la citata dottrina rilevava come il nostro tempo "spinge ogni giorno di più alla formazione di un diritto comune a privati e a pubblici operatori".

<sup>63</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, in *Contratto e impr.*, 2007, 3, p. 728.

<sup>64</sup> Nella Sec. 14(1)(2) del *Late Payment of Commercial Debt (Interest) Act* può leggersi: "This section applies to any contract term which purports to have the effect of postponing the time at which a qualifying debt would otherwise be created by a contract to which this Act applies. Section 3(2)(b) and 17(1)(b) of the Unfair Contract Terms Act 1977 (no reliance to be placed on certain contract terms) shall apply in cases where such a contract term is not contained in written standard terms of the purchaser as well as in cases where the term is contained in such standard terms".

<sup>65</sup> E' d'uopo precisare che tutta la *common law* si riferisce alla condotta dell'uomo ragionevole. La *reasonableness* equivale, in sostanza, all'*aequitas*, costituendo cioè un principio generale.

<sup>66</sup> Nella Sec. 3(2)(b) dell'*Unfair Contract Terms Act* (1977) – diretto sostanzialmente a limitare l'impiego di clausole vessatorie che stabiliscono l'esonero della responsabilità – può leggersi: "As against that party, the other cannot by reference to any contract term – claim to be entitled to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him, or in respect of the whole or any part of his contractual obligation, to render no performance at all, except in so far as (in any of the cases mentioned above in this subsection) the contract term satisfies the requirement of reasonableness".

<sup>67</sup> Nella Sec. 17(1)(b) dell'*Unfair Contract Terms Act* (1977) può leggersi: "Any term of a contract which is a consumer contract or a standard form contract shall have no effect for the purpose of enabling a party to the contract in respect of a contractual obligation, to render no performance, or to render a performance substantially different from that which the consumer or customer reasonably expected from the contract, if it was not fair and reasonable to incorporate the term in the contract".



che possono escludere o modificare gli interessi moratori, la Sec. 8(1), prevede che “Any contract terms are void to the extent that they purport to exclude the right to statutory interest in relation to the debt, unless there is a substantial contractual remedy for late payment of the debt”.

### **6. La grave iniquità dell'accordo. Le cifre evolutive dell'equità alla luce dei profili assiologici dell'equità correttiva.**

L'accordo gravemente iniquo è sanzionato con la nullità<sup>68</sup> quando dall'analisi delle circostanze considerate rilevanti dalla legge non derivi al giudice una giustificazione della disciplina pattizia concordata dalle parti<sup>69</sup>.

L'oggetto di comminatoria di nullità è l'accordo circa la data del pagamento o le conseguenze del ritardato pagamento che si riveli gravemente iniquo a danno del creditore, ovvero lo squilibrio contrattuale indotto da accordi gravemente iniqui per i creditori<sup>70</sup>. Ci si muove, dunque, su un piano di elementi estrinseci al sistema negoziale in senso stretto, ove è attribuita rilevanza all'equilibrio economico e non a quello normativo.

In buona sostanza, la sanzione prevista rappresenta una nuova ipotesi di nullità parziale testuale i cui elementi fondanti sono il tradizionale meccanismo di sostituzione della clausola

---

<sup>68</sup> V. *amplius* M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004; G. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005, p. 239. Riguardo alla sanzione della nullità in ordine all'accordo gravemente iniquo parte della dottrina, ponendosi criticamente nei confronti del legislatore (E. RUSSO, *op. cit.*, p. 455), ha osservato che lo strumento della nullità sia arcaico nella misura in cui tange “il valore costituito dell'atto di autonomia privata”, da ritenersi prevalente, salvi i correttivi necessari per la riconduzione ad equità del sinallagma. Dubbi in dottrina sono sorti sulla richiamabilità, nel caso in esame, della nullità assoluta o di quella relativa (P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Torino, 2006, p. 273 ss. evidenzia come i contorni dell'istituto della nullità sembrano oggi differenziarsi così da far configurare varie forme e tipologie di nullità dai diversi regimi, adeguati alle rispettive funzioni). A livello testuale non è contemplato che tale nullità possa essere fatta valere soltanto ed esclusivamente dal soggetto che la normativa intende tutelare: il creditore-contraente debole, a dispetto della previsione di cui al terzo comma dell'art. 7 d.lgs 231/2002, dove è espressamente stabilita la possibilità di rilievo del giudice anche d'ufficio. Vi è chi, propendendo per la categoria della nullità assoluta (E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulla conseguenza del ritardato pagamento*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, Milano, 2006, p. 198 e V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, p. 77), ritiene che il riconoscimento della legittimazione a rilevare la nullità anche al debitore possa essere raggiunto argomentando circa lo spirito sotteso all'intera materia tesa appunto ad una più vasta tutela del mercato. Altri, viceversa, ritengono che una nullità di tipo assoluto distorcerebbe la *ratio* dell'intero provvedimento legislativo (cfr. A. LA SPINA, *La nullità degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. comm.*, 2003, p. 128 ss.).

<sup>69</sup> V. E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, cit., p. 189 ss.; A. ZACCARIA, *La direttiva 3000/25/CE relativa alla lotta contro i ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, cit., p. 270; R. CONTI, *La direttiva 2000/35 sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al governo per la sua attuazione*, cit., p. 811; F. MOLITERNI, *op. cit.*, p. 58; G. FAUCEGLIA, *Direttiva 2002/735 in materia di lotta contro i ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2001, p. 312; M. GENTILE, *Rimosso finalmente un divieto anacronistico: procedimento monitorio anche fuori dai confini*, in *Guida al dir.*, n. 43, del 9 novembre 2002, p. 28.

<sup>70</sup> L'uso dell'espressione “grave iniquità” lascia intendere “che situazioni di iniquità sono normali nella pratica degli affari, sì da essere sanzionate soltanto ove raggiungano un livello eccessivo, quello del danno nei confronti del creditore” (V. PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 64.).

nulla con la previsione legale<sup>71</sup> ed il più incisivo potere integrativo esercitato *ex officio* dal giudice<sup>72</sup>.

Quanto all'individuazione della soglia oltre la quale un accordo non è solo iniquo, bensì gravemente iniquo<sup>73</sup>, va rimarcato come essa dovrebbe risolversi in una valutazione legata di volta in volta alla dinamica del singolo caso concreto<sup>74</sup>.

Volendo trarre delle conclusioni è necessario inserire la normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali all'interno di un panorama legislativo riguardante la tutela del contraente debole<sup>75</sup>.

In quest'ottica l'abuso contrattuale e la grave iniquità costituirebbero una endiadi che muove dal dato che la normale diversità tra le parti del negozio "è stata sfruttata da una parte in danno dell'altra, producendo un utilizzo patologico dell'autonomia negoziale e integrando quel carattere di gravità che la norma prevede...sicché il *discrimen* tra accordi equi e gravemente

---

<sup>71</sup> Per vero, comparando l'art. 7 del d. lgs. 231/2002 all'art. 1419, comma 2, c.c., norma di riferimento di carattere generale, si coglie agevolmente che la sostituzione prevista nella prima disposizione non opera automaticamente, ma è rimessa all'equo apprezzamento del giudice che potrà anche optare per la riduzione del contratto ad equità.

<sup>72</sup> La dottrina partendo dall'osservazione che l'invalidità degli accordi derogatori gravemente iniqui risponde alla doppia finalità di protezione del creditore dalle condizioni inique di pagamento e del mercato leso dalla diminuita liquidità rinviene nella nullità in parola le caratteristiche della nullità di protezione, eccezionale dal debitore quale parte protetta e dal giudice subordinatamente alla verifica dell'interesse del debitore nella fattispecie concreta. A. M. BENEDETTI, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, profili sostanziali e processuali*, a cura di A. M. BENEDETTI, cit., p. 134.

<sup>73</sup> L'iniquità costituisce una clausola generale caratterizzata da vaghezza, di contenuto esattamente opposto all'equità. Per accordo iniquo deve intendersi l'accordo squilibrato, destinato ad incidere sul sinallagma contrattuale tanto da sbilanciarlo decisamente a favore del debitore. Sul punto cfr. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 30 ss.

<sup>74</sup> Il legislatore individua fattispecie ricorrenti che devono essere colpite dalla nullità quando, a prescindere da una analisi concreta degli obiettivi dei contraenti, l'assenza di ragioni obiettive (natura della merce o dei servizi, corretta prassi commerciale) a sostegno della dilazione di pagamento o del tasso esiguo di interessi moratori lasci presumere che lo scopo della pattuizione sia quello di procurare - a danno del creditore - liquidità aggiuntiva al debitore. Questo scopo si rinviene nel caso in cui l'appaltatore o il subfornitore principale, che si rivolgano a loro volta a fornitori o subfornitori, impongano ad essi termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi di quelli che sono stati loro garantiti dal committente principale (cfr. A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 124. L'autore osserva che la stessa clausola "*if and when*" - in forza della quale il contraente principale condiziona il suo pagamento al subcontraente all'adempimento ed alla data dell'adempimento del cliente può rivelarsi gravemente iniqua se oggettivamente ingiustificata). La fattispecie punisce l'abuso di dipendenza economica consentendo al giudice di dichiarare nulle le pattuizioni che, non sostenute da ragioni oggettive (tipo di merce, quantità, natura del prodotto), di fatto concedano liquidità aggiuntiva al debitore. Incidentalmente si osserva che il richiamo alla subfornitura non deve autorizzare una indebita sovrapposizione tra i piani normativi - pur concettualmente affini - rappresentati dall'abuso di dipendenza economica nel contratto di subfornitura (oggetto dell'articolo 9 l. 192/1998) e l'abuso di libertà contrattuale relativa alle circostanze specifiche tempi del pagamento od alle conseguenze del ritardo nel novero più ampio delle transazioni commerciali. Senz'altro poi, devono scindersi gli effetti delle due normative nel caso in cui in un contratto di subfornitura si pongano clausole sul termine di pagamento ostandovi la disciplina speciale dell'art. 3 co. 2 l. 192/1998. Cionondimeno avvertita dottrina (cfr. A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 130) ravvisa che potrebbe aversi "interferenza tra le discipline dell'art. 7 d. lgs. 231/2002 e l'art. 9 l. 192/1998 quando l'abuso di dipendenza economica si realizzi al di fuori dell'ambito proprio dei contratti di subfornitura (i cui termini sono disciplinati dall'art. 3 della l. n°192/1998), nella più ampia fascia di rapporti "coperti" dal divieto posto dall'art. 9 della legge sulla subfornitura.

<sup>75</sup> G. SALVI, "Accordo gravemente iniquo" e "riconduzione ad equità" nell'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002, in *Contratto e impr.*, 2006, 1, p. 169.

iniqui si fonda sull'accertamento non tanto dell'iniquità della pattuizione, in sé considerata, ovvero in senso assoluto quanto dell'abusività del comportamento di uno dei contraenti"<sup>76</sup>.

Dovrebbe pertanto affermarsi che l'effettiva volontà del legislatore, rispetto all'incisione del dogma dell'autonomia contrattuale, sia quella di sanzionare la prevaricazione del contraente forte mediante il ripristino di equilibri sinallagmatici secondo canoni di equità<sup>77</sup>.

Orbene, il concetto codicistico di equità lungi dal fare riferimento all'applicabilità per il giudice di criteri soggettivi o personali che facciano prevalere gli interessi di una parte piuttosto che di un'altra, ricerca piuttosto "la normalità economica, l'*id quod plerumque accidit* riferito a quel mondo di relazioni contrattuali a cui il programma negoziale in questione appartiene"<sup>78</sup>.

Rispetto alla matrice codicistica, l'equità di cui all'articolo 7 co. 3 del d.lgs. 231/2002 trova nuovi esodi, mettendo al servizio del giudice la sua funzione correttiva tesa al ripristino dell'economia negoziale in favore della parte debole, al riequilibrio perequatore del negozio in senso solidaristico, sociale<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> V. PANDOLFINI, *Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 5, d. lgs. N. 231 del 2002)*, in *Giur. it.*, 2003, 12, c. 2420.

<sup>77</sup> Cfr. F. VOLPE, voce *Contratto giusto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, aggiornamento \*\*\*, Torino, 2007, p. 412) facendo riferimento al concetto di *aequitas*.

<sup>78</sup> G. SALVI, *op. cit.*, p. 182. Non è pleonastica la notazione che l'equità, spesso detta "equo apprezzamento" è stata direttamente utilizzata dal legislatore per far fronte a situazioni altrimenti irrisolvibili della vita pratica, aderendo spesso all'area della morale, *recte* dell'etica, anche filosofica, o comunque, alla ragionevolezza, fatto idoneo ad individuare, nel momento applicativo, l'ordinamento nel caso concreto (cfr. P. PERLINGIERI, *Equità ed ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1149 ss.; G. PANZARINI, *Giudizi ed arbitrati d'equità: l'emersione nel diritto e nell'economia di consolidati elementi di concreta percezione e di specifica utilizzazione dell'equità*, in *Contratto e impr.*, 2007, 3, p. 798 ss.). Il richiamo all'equità di matrice codicistica, respira della prassi commerciale, innervando il concetto di giustizia del caso concreto sull'individuazione casistica di criteri obiettivi di riequilibrio economico-giuridici (V. DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno, in I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretta da F. GALGANO, Padova, 1999, p. 6), tratti dalle regole di funzionamento del mercato (es. liquidare equitativamente il danno a norma dell'art. 1226 c. c. autorizzando il ricorso, anche di ufficio, a criteri equitativi per supplire all'incompletezza della prova del danno risarcibile, implica il ricorso agli indici del mercato per il ristoro del diritto leso. Anche l'articolo 2056 c.c. dispone che il risarcimento del danno viene stabilito dal giudice secondo criteri equitativi, se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare).

<sup>79</sup> È interessante notare come la dottrina si sia spesso soffermata sull'esistenza di un continuo rinnovarsi di ruoli e di forme dell'equità, rimarcando come, per ottenere una chiara coscienza della categoria, dovessero essere analizzate le varie anime dell'equità (cfr. M. BESSONE, V. ROPPO, *Equità interpretativa ed economica del contratto*, in *Giur. it.*, 1974, II, parte IV, c. 248 ss.). L'equità, con le sue correlate problematiche, è nozione che storicamente denota una fenomenologia della vita delle comunità sociali quale luogo di ascolto, secondo un'immagine heideggeriana, della realtà del mondo. *Aequitas* come "*probabilis quaedam ratio non omnibus hominibus naturaliter cognita, sed paucis tantum, qui prudentia, usi, doctrina praediti, didicerunt quae ad societatis humanae conservationem sunt necessaria*" è la definizione ulpiana della nozione di equità (cfr. O. BUCCI, *Il principio d'equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000, p. 45 ss.). Dunque la soluzione più conveniente della lite attuata dal *bonus vir* ed improntata anzitutto alla ragionevolezza e alla misura. Nel codice giustiniano può leggersi "*Bonam fidem in contractibus considerari equum est*" o ancora "*bonae fidei dicitur ratione aequitatis*" è quanto asseriva il giureconsulto medievale Benincasius, nel suo libro *Ad Titulum. De actionibus interpretatio* (v.si *amplius* G.P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medioevale e moderno*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 147 e 150). Appariva, già allora, l'insito accostamento della buona fede e dell'equità le quali potrebbero vedersi come delle vere e proprie endiadi. Nella ricerca delle concrete formule dell'equità, uno straordinario apporto è poi offerto dalla giurisprudenza inglese della fine del secolo diciassettesimo e della prima metà del secolo diciottesimo. Alcuni *Chiefs Justice, Lord Holt* e *Lord Mansfield*, hanno, infatti, lasciato segni profondi di una concreta equità nello sviluppo evolutivo dell'economia e del commercio. Il

L'equità correttiva ha un contenuto nuovo, volto ad una limitazione della sfera della autonomia giuridica del singolo individuo, in favore "di una migliore conformazione dei rapporti sociali" e "di un più esteso intervento statale determinato da valori etici e sociali"<sup>80</sup>.

L'equità diviene così il monito al rispetto dell'altrui debolezza, ed è chiamata al compito, certo complesso, di "recepire l'istanza egualitaria e solidaristica del dettato costituzionale e superare la concezione codicistica per assumere un valore di giustizia che fino ad ora, nella sua applicazione civilistica, non era in essa contemplato. Il termine equità deve pertanto essere coniugato con la uguaglianza, cioè la uguaglianza sostanziale delle posizioni dei soggetti dell'ordinamento"<sup>81</sup>.

L'inossidabilità del principio-dogma dell'intangibilità dell'autonomia negoziale, sembra essersi attenuata, fortemente ridimensionata dall'intervento del diritto comunitario sicché il rapporto tra la regola generale dell'immutabilità del contratto e l'eccezionalità di talune deroghe è stata in alcuni ambiti perfettamente sovvertita.

Soffermandoci brevemente sullo spazio europeo sorprende osservare che il legislatore tedesco ha ommesso completamente di attuare l'art. 3, co. 3 della direttiva.

Si è pensato che bastassero gli strumenti già esistenti: il § 307 *BGB*<sup>82</sup> e le clausole generali di buona fede e buon costume (§§ 138<sup>83</sup> e 242<sup>84</sup> *BGB*).

---

celebre *Lord Holt*, nel 1693, analizzando il delicato caso *Hill v. Lewis*, affermò che un *transferee* di buona fede, e perciò ignaro della provenienza anomala della cambiale, acquistava un *good title* sulla stessa se aveva sopportato un sacrificio economico per il suo acquisto, il cosiddetto "*for value*" (J.M. HOLDEN, *The history of negotiable instruments in English Law*, Londra, 1955, p. 64 ss.). Regola ripetuta nel 1756 da *Lord Mansfield* nel caso *Peacock v. Rhodes*, statuendo che si verificava un buon acquisto della cambiale (pur se girata in bianco e rubata al legittimo portatore), purché pervenuta "a bona fide purchaser for value" (cfr. F. BEUTEL, *The development of negotiable instruments in early English Law*, in *Haward Law Review*, 1937-1938, p. 842). Altra dottrina aveva esattamente scorto nella presunzione del *for value* nell'acquirente giratario di un titolo cambiario "l'essenza propria del principio equitativo". I principi dei *Chiefs Justice* inglesi dimostrano come proprio negli *iudicia* sia stata creata una concreta formula equitativa.

<sup>80</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *Giudizio "necessario" di equità e "principi regolatori della materia"*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 5, il quale parla di equità sostitutiva, formativa e suppletiva.

<sup>81</sup> G. SALVI, *op. cit.* p. 184; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, diretta da P. PERLINGIERI, Napoli, 2001, p. 152.

<sup>82</sup> Il § 307 del *BGB* rubricato – Controllo contenutistico – recita: "(1) Sono inefficaci le clausole inserite in condizioni generali che, in contrasto con i dettami della buona fede, arrecano uno svantaggio irragionevole, alla controparte dell'utilizzatore. Uno svantaggio irragionevole può derivare anche dal fatto che la clausola non è chiara e comprensibile. (2) Nel dubbio deve ritenersi sussistente uno svantaggio irragionevole quando una clausola: 1. Non è compatibile con i principi fondamentali (*wesentliche Grundgedanken*) della disciplina legislativa alla quale apporta delle deroghe, ovvero 2. appone, a diritti o obblighi essenziali risultanti dalla natura del contratto limitazioni tali da mettere in pericolo il raggiungimento dello scopo del contratto. (3) I commi 1 e 2 e § § 308 e 309 valgono soltanto per le clausole, inserite in condizioni generali, attraverso le quali vengono pattuite regole rivolte ad integrare norme giuridiche ovvero a derogarvi. Le altre clausole possono peraltro risultare inefficaci ai sensi della 2a proposizione del comma 1, in connessione con la previsione delle 1a proposizione del comma 1".

<sup>83</sup> § 138 – Negozio Giuridico contrario al buon costume; usura – "(1) Un negozio giuridico che sia contrario al buon costume è nullo. (2) In particolare, è nullo il negozio giuridico attraverso il quale taluno sfruttando lo stato di bisogno, l'inesperienza, la mancanza di capacità di giudizio o la notevole debolezza mentale di un altro faccia promettere o attribuire a sé o ad un terzo in cambio di una determinata prestazione, vantaggi patrimoniali palesemente eccessivi e sproporzionati rispetto a quest'ultima".

Questa fiducia, tuttavia, sembra mal riposta. Non si possono attuare le direttive comunitarie semplicemente invitando i giudici ad arricchire di nuovi *Fallgruppen* l'interpretazione di clausole generalissime come la buona fede ed il buon costume.

Vieppiù, si consideri il monito della Corte di giustizia<sup>85</sup>: “La conformità di una prassi alle norme imperative di tutela dettate da una direttiva non dispensa dall'obbligo di recepire la direttiva stessa nell'ordinamento interno mediante disposizioni atte a delineare situazioni abbastanza precise, chiare e trasparenti per consentire ai singoli di conoscere i propri diritti e di avvalersene”. Questa cornice legislativa univoca, si legge nelle sentenze della Corte di Giustizia, deve delineare con “chiarezza ed esattezza sufficiente” le fattispecie previste dalla direttiva. I concetti di buona fede e buon costume sono clausole generalissime; non formano alcuna cornice legislativa univoca, non indicano lo specifico settore investito dalla direttiva e non garantiscono che la sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta avvenga con esattezza sufficiente.

Chiarite le aperture dogmatiche del ricorso all'equità correttiva, colte le possibilità del recupero giudiziale di una dimensione solidaristica del negozio giuridico, fidando in un utilizzo copioso di tale rimedio, non resta che attendere il seguito e la fortuna della stagione in cui il legislatore, inquadrando fattispecie tipiche<sup>86</sup>, tenta di rincorrere il più veloce mondo dei traffici per governarne le turbolenze e depurarlo dalle iniquità che normalmente lo tormentano.

### ***7. La tutela inibitoria e le misure coercitive per indurre all'adempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio.***

E' possibile che disposizioni contrattuali gravemente inique vengano utilizzate come condizioni generali di contratto. In tal caso la direttiva, all'art. 3, par. 5, ha previsto un'azione di tipo inibitorio a tutela esclusiva delle piccole e medie imprese<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> § 242 – Esecuzione della prestazione secondo buona fede – “Il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione così come richiede la buona fede, avuto riguardo agli usi del traffico”.

<sup>85</sup> Corte giust., 30 maggio 1991, C-361/88 e C-59/89, Commissione CE v. Repubblica federale tedesca.

<sup>86</sup> In tema di subfornitura, ad esempio, (v. art. 6 co. 3 l. 192 del 1998 “È nullo il patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale”) si attribuisce al giudice il controllo sulla congruità del *tantundem* assicurato al subfornitore che disponga dei propri diritti di privativa, valutando l'equilibrio del negozio e la fissazione del prezzo globale della commessa. Nel caso di specie, tuttavia, il legislatore non attribuisce *ex professo* al giudice un potere di intervento perequativo dei termini economici dello scambio.

<sup>87</sup> Nel dettaglio, il legislatore comunitario ha voluto inibire a Pubbliche Amministrazioni e a imprese dotate di maggiore forza contrattuale, specie a quelle in posizione dominante, un uso ripetuto e sistematico – o, come recita la direttiva, un uso continuo e generale – di clausole contrattuali gravemente inique a danno delle piccole e medie imprese loro creditrici e/o concorrenti: in sostanza, si tratta di tutelare un interesse diffuso. In questo senso, la disposizione di cui all'art. 8, comma 1, del d.lgs 231/20002 non rappresenta una discriminazione ingiustificata tra imprese medio-piccole e grandi, in violazione del principio costituzionale di eguaglianza, ma si limita ad enfatizzare lo

L'inibitoria può essere concessa con la sentenza definitiva del giudizio di merito instaurato, ovvero quando sussistono "giusti motivi d'urgenza" con un provvedimento in via cautelare disciplinato dagli artt. 669-*bis* c.p.c. e seguenti<sup>88</sup>.

Se poi non è rispettato l'ordine giudiziario, per ogni giorno di ritardo, d'ufficio o su istanza dell'associazione ricorrente, il giudice applica una sanzione coercitiva indiretta di pagamento, tenuto conto della gravità dell'inosservanza<sup>89</sup>. La necessità di prevedere misure coercitive in materia di tutela inibitoria nasce dall'evidenza dell'impossibilità che il relativo provvedimento – almeno nella parte in cui si limita a ordinare la cessazione dell'illecito – possa essere coattivamente eseguito secondo le forme dell'espropriazione forzata e dell'esecuzione degli obblighi di fare e non fare di cui al terzo libro del codice di rito.

Sembra quindi opportuno sottolineare come vada emergendo nelle legislazioni – straniere, comunitaria e italiana – l'idea che per ottenere l'attuazione di un'obbligazione concernente un *facere* infungibile o comunque un obbligo incoercibile occorran strumenti

---

scopo primario delle regole comunitarie recepite. Anche se la tutela della direttiva e del decreto si estende ad ogni creditore, è chiaro che, in linea di tendenza, si tratterà di tutelare soggetti caratterizzati da una forza economica modesta (sul punto v.si *amplius* M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 144 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 24 ss.). Legittimate all'esercizio dell'azione inibitoria sono le organizzazioni ufficialmente riconosciute come titolari dell'interesse. In questo senso, l'esercizio dell'azione, non da parte del singolo imprenditore, ma dell'associazione di categoria, realizza, nel senso più pieno, un interesse ultra-individuale. La dottrina dominante esclude la legittimazione del singolo imprenditore contraente ad intraprendere l'azione di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 231/2002 (cfr. V. CARNEVALE, *L'azione inibitoria in materia di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. pubb.*, 2004, p. 1125). Sulla esclusione del singolo a domandare la tutela inibitoria cfr. Trib. Genova, 2 agosto 2005, in *Giur. it.*, 2006, 2, p. 308; Trib. Firenze, 19 febbraio 2003, in *Foro toscano*, 2002, I, 2003, p. 158. Riconoscere tale legittimazione al singolo imprenditore introdurrebbe, in via generale ed astratta, il controllo del giudice sulle condizioni generali contenenti clausole potenzialmente inique, in un momento anteriore alla loro operatività; in questo senso il giudizio di grave iniquità sarebbe del tutto avulso dal contesto economico dello specifico accordo, e come tale prescinderebbe dai criteri che il legislatore ha individuato all'art. 7 del d.lgs 231/2002, al fine di limitare i poteri del giudice sull'equilibrio contrattuale. In altri termini, vi sarebbe il rischio che il giudice, in via preventiva, *ex ante*, limiti l'autonomia contrattuale, laddove la preoccupazione del legislatore europeo è stata quella di sanzionare l'autonomia privata *ex post*. *Contra* V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 88 ss.

<sup>88</sup> Il legislatore non chiarisce il significato da attribuire alla locuzione "giusti motivi d'urgenza", dando luogo a non poche incertezze. Infatti, non viene detto se per ottenere il provvedimento di inibitoria cautelare sia necessario riscontrare un pregiudizio "imminente ed irreparabile", ovvero se più semplicemente sia sufficiente trovarsi di fronte alla necessità di una generica urgenza ad agire in via provvisoria. Sul significato da attribuire alla locuzione "giusti motivi d'urgenza", a chi ne riscontra una connotazione di tipo quantitativo (cfr. G. ALPA, V. LEVI, *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001, p. 46 ss.) riferita alla potenziale diffusione della condotta vietata, fa da contraltare l'orientamento che propende per una caratterizzazione di tipo qualitativo (cfr. Trib. Palermo, 5 marzo 1997, in *Corr. giuridico*, 1998, 105; Trib. Roma, 2 agosto 1998, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 269) che tiene conto dell'essenzialità del bene oggetto del contratto. Si badi la problematica pur se riferita alla tematica dei consumatori si presenta in termini identici in relazione all'art. 8 del d.lgs. 231/2002.

<sup>89</sup> Il comma tre dell'art. 8 del d.lgs 231/2002 stabilisce espressamente che "In caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui ai commi 1 e 2, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito, dispone il pagamento di una somma di danaro, da euro 500 a euro 1100, per ogni giorno di ritardo, tenuto conto della gravità del fatto".

compulsori a carattere pecuniario, essendo queste le sole misure potenzialmente in grado di garantire l'attuazione del diritto<sup>90</sup>.

L'ordinamento italiano pare così recepire l'istituto delle *astreintes*<sup>91</sup>, misure tipiche del sistema francese<sup>92</sup>, esportate anche in Belgio, nei Paesi Bassi e in Portogallo.

Piegare la volontà del debitore, superare la sua ostinazione a non adempiere sono gli incipit della creazione di siffatto strumento giuridico<sup>93</sup>.

Dunque, per il caso in cui l'autorità giudiziaria condanni il debitore ad adempiere in natura può contemporaneamente disporsi la corresponsione al creditore di una determinata somma di danaro, a titolo appunto di *astreinte*, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento. A titolo meramente esemplificativo si pensi ad una risalente pronunzia della *Cour de Cassation*<sup>94</sup> che comminava il pagamento di una *astreinte* a carico della città di Marsiglia la quale non aveva dato esecuzione ad una sentenza che la condannava al pagamento dell'indennità di espropriazione. Per vero, se tale figura giuridica nasce principalmente per l'esecuzione degli

---

<sup>90</sup> A titolo esemplificativo si pensi all'art. 7.2.4 dei *Principi Undroit* che consente al giudice di imporre al debitore condannato all'adempimento il pagamento di una penalità da corrispondere in caso di mancata ottemperanza all'ordine giudiziale. Tale importo andrà a beneficio del creditore che, tuttavia, potrà ottenere l'eventuale risarcimento del danno. Tuttavia giova segnalare che anche nel nostro ordinamento non sono sconosciute ipotesi di punizione attraverso la liquidazione di un risarcimento irrelato rispetto al danno effettivo.

<sup>91</sup> Cfr. B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, 157 c.; si tratta, all'evidenza, di una misura distinta dal risarcimento del danno, priva di finalità risarcitoria, e caratterizzata da una funzione coercitiva sanzionatoria che mira ad influire sulla volontà del debitore di adempiere la prestazione in natura; A. CRIVELLI, *Penalità di mora, astreintes, figure consimili*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, I, Il danno in generale*, a cura di P. CENDON, Torino, 2005, p. 461 ss.

<sup>92</sup> Cfr. A. FRIGNANI, *Le penalità di mora nel diritto comunitario, francese e italiano*, in *Riv. dir. industr.*, 1974, I, p. 213; nell'ordinamento francese si distingue una *astreinte provisoire* dall'*astreinte définitive*. Il discrimen fra le due figure sta nel fatto che la prima consiste nella minaccia di una condanna e come tale ha natura provvisoria e carattere preventivo, mentre la seconda integra una vera e propria condanna dotata del carattere definitivo. Cfr. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 165, dove si precisa che il diritto francese distingue due forme di *astreinte*: l'*Astreinte provisoire* spesso chiamata anche "*Astreinte comminatoire*" che ha carattere provvisorio in quanto quando il tribunale è tenuto a determinare definitivamente l'ammontare dell'*astreinte* a carico del debitore non è vincolato alla decisione originaria e l'*Astreinte définitive*" dove l'originaria decisione non è modificabile per ciò che concerne l'ammontare dell'importo da versare per ogni giorno di ritardo.

<sup>93</sup> In tema di coercizione per dissuasione pregevoli appaiono le considerazioni di un illustre studioso d'oltralpe (cfr. A. PERROT, *op. cit.*, 1996, p. 658; *ID*, *L'affettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 859, 875) secondo cui "Tra la volontaria esecuzione del "buon debitore", e l'esecuzione forzata contro quello "cattivo", non esiste una situazione intermedia che si potrebbe chiamare pagamento per rassegnazione? E' questo il pagamento volontario ottenuto sotto l'effetto della paura, delle minacce o delle pressioni esercitate sul debitore per forzare la sua resistenza e fargli capire che è nel suo interesse eseguire volontariamente ciò che deve. L'esperienza prova che si può immaginare tutta una gamma di mezzi indiretti di coercizione, mezzi in qualche modo "comminatori", che si basano sulla dissuasione e che consistono nel forzare la volontà del debitore per conquistare la sua adesione al pagamento del debito. In altri termini, il creditore fa vedere i denti, per non essere costretto a mordere! Ecco quello che si potrebbe chiamare la coercizione per dissuasione". Ad opinione dell'autore, la dissuasione per *astreinte* è mezzo di pressione particolarmente efficace in quanto più il debitore si opporrà all'esecuzione della sua obbligazione e più rischierà di dover pagare una considerevole somma di danaro.

<sup>94</sup> *Cour de Cassation*, 17 aprile 1956, J.C.P. 1956.9330, con nota di VELLIEUX.

obblighi di fare o disfare, gradualmente la Cassazione francese<sup>95</sup> ha esteso l'applicabilità della misura anche in relazione ad obbligazioni di pagare somme di danaro.

Nel testo italiano, a causa di una macchinosa formulazione, appare possibile una pronuncia d'ufficio della penalità di mora, anche se non viene specificato alcunché sulla destinazione della somma pagata dall'impresa inadempiente. Per questi motivi, la penalità di mora prevista dall'art. 8 del d.lgs. 231/2002 non appare facilmente classificabile come *astreinte* in senso stretto (nonostante la definizione data nella Reazione illustrativa). Si tratta così di una misura al tempo suasoria, perché diretta a rafforzare l'ordine giudiziale e punitiva, perché diretta a sanzionare la mancata esecuzione<sup>96</sup>.

Viceversa, in Francia, l'*astreinte* costituisce un *quid pluris* rispetto ad un mero risarcimento del danno proprio perché la somma determinata va a beneficio del creditore anche al di là dell'entità del danno patrimoniale subito. E tuttavia, prima dell'entrata in vigore della legge 5 luglio 1972 – disciplina che ha fugato ogni dubbio sul fatto che lo scopo dell'istituto non è assicurare il risarcimento del danno, bensì quello di piegare la volontà del debitore – vi è stato un certo scetticismo dovuto alle sue caratteristiche ibride. Dopo un momento di iniziale tentennamento circa la natura giuridica di simile strumento, la *Cour de Cassation*<sup>97</sup> ha aperto la strada al citato intervento legislativo, optando definitivamente per il carattere sanzionatorio del rimedio, evidenziandone la natura di vera e propria pena privata commisurata al grado di imputabilità dell'inadempimento nonché alla situazione in cui versa il debitore. In particolare, all'obiezione secondo cui l'*astreinte* dovrebbe essere stabilita nei limiti dell'entità del danno effettivamente verificatosi la Cassazione ha ribadito che siffatto rimedio è una “*mésure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts... un moyen de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation*”. Viepiù deve essere determinata “*en fonction de la gravité de la faute du débiteur –récalcitrant et de ses facultés*”<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> *Cour de Cassation*, 29 maggio 1990, e ancora 20 dicembre 1993, in *Bullettin Civil de la Cour de Cassation*, 1993, I, 380; nelle citate pronunce, disattendendo un precedente orientamento contrario, viene applicata un'*astreinte* di 50 franchi per ogni giorno di ritardo nel pagamento del risarcimento pecuniario dei danni da licenziamento illegittimo.

<sup>96</sup> Per vero nel nostro sistema non sono sconosciute ipotesi di punizione attraverso la liquidazione di un risarcimento irrelato rispetto al danno effettivo, quali sono le previsioni disciplinate all'art. 18 dell'l. 20.5.1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori), che prevede a carico del datore di lavoro l'obbligo di risarcire il danno al lavoratore subordinato illegittimamente o ingiustamente licenziato nella misura minima di cinque mensilità indipendentemente dal danno che si è prodotto (art. 18, comma 4). Si pensi, ancora, agli artt. 31 e 34 della legge sull'equo canone (l. 27.7.1978, n. 392) e all'art. 12 della legge sulla stampa (l. 8.2.1948, n. 47) in cui la riparazione prevista a favore rispettivamente del conduttore e del soggetto offeso non è rigidamente correlata alla misura effettiva del pregiudizio subito. Anzi, su tale ultima problematica, la dottrina (P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Politica del diritto*, 1979, p. 153) specificava che la reazione civilistica contro la diffamazione viene ad assumere un ruolo che si può considerare assai affine a quello dei danni esemplari nell'esperienza di *common law*.

<sup>97</sup> *Cour de Cassation*, 20 ottobre 1959, 537, con nota di HOLLEAUX.

<sup>98</sup> In censo conforme *Cour de Cassation*, 17 marzo 1965, in *Bullettin Civil de la Cour de Cassation*, 1965, I, 143.



Sulla scorta dell'impulso francese l'*astreinte*, come anticipato, è stata introdotta anche in altri ordinamenti europei. Si pensi al Belgio ed in particolare agli artt. 1385 *bis* ss. del *Code judiciaire*, agli artt. 3.11.5 ss. del N.B.W. olandese, all'art. 829-A del *Código Civil* portoghese.

Ulteriori considerazioni possono essere svolte sul rilievo che in Francia<sup>99</sup>, la misura della pena pecuniaria non è fissata dalla legge, ma è rimessa alla discrezionalità del giudice libero dal motivare la misura del *quantum* e la decorrenza dei termini di pagamento, sì da orientare il debitore all'adempimento spontaneo prima che operi l'*astreinte*<sup>100</sup>. Nel testo di legge italiano viene invece fissato un minimo ed un massimo per ogni giorno di ritardo (500-1100 euro), entro il quale il giudice dovrà determinare la misura coercitiva da applicare all'impresa inadempiente, tenuto conto della gravità del fatto<sup>101</sup>.

Senz'altro preferibile appare l'ipotesi di destinare la pena pecuniaria alle casse statali (come nella *Geldstrafe*), anche perché una destinazione a favore della parte potrebbe mettere in discussione l'ortodossia del potere autonomo dell'autorità giudiziaria<sup>102</sup>. In tal caso dovremo attribuire al vocabolo *astreinte* utilizzato nella Relazione un significato generico di misura coercitiva in senso lato. Perfino questa conclusione, non è priva di incertezze, se pensiamo alla possibilità di una misura coercitiva indiretta contro la P.A.<sup>103</sup>

## **8. La presunta migrazione dell'istituto dei punitive damages nella tradizione di civil law.**

La misura del saggio di interesse di cui all'art. 3 della direttiva 00/35, il cui fine è quello di eliminare la convenienza economica di comportamenti antigiuridici, è stata giudicata

---

<sup>99</sup> L'istituto dell'*astreinte* in Francia ha una sua generale applicazione in forza della l. 93/1416 che mira a fornire a un creditore munito di titolo esecutivo i mezzi per procedere ad esecuzione forzata sui beni del debitore, nell'ambito della disciplina di un credito già riconosciuto liquido ed esigibile.

<sup>100</sup> Sull'assenza dell'obbligo di motivazione cfr. *Cour de Cassation*, 3 novembre 1983, in *Bullettin Civil de la Cour de Cassation*, 1983, III, 219.

<sup>101</sup> Sulla base di alcune riflessioni *de iure condendo* (cfr. E. FERRARA, S. MAZZAMUTO, G. VERDE, *Alcune proposte in materia di giustizia civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 16; cfr. altresì A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002, p. 1043, il quale preferisce ricondurre tale misura di coercizione indiretta più che all'*astreinte* francese alla *Geldstrafe* germanica) le "eventuali misure compulsorie tipiche a contenuto pecuniario correlate a situazioni soggettive esponenziali di interessi collettivi vanno sottratte al principio della domanda e disposte d'ufficio dal giudice"; la possibilità di una iniziativa officiosa del giudice è, del resto, coerente con la considerazione che la misura non mira a favorire una parte, bensì ad assicurare l'interesse pubblico all'efficienza delle decisioni giudiziarie; ne consegue che "in tali casi beneficiario della somma dedotta in penale dovrebbe risultare non l'attore ma lo Stato o altro ente prescelto dal legislatore".

<sup>102</sup> Cfr. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *I contratti dei consumatori*, Torino, 2007, p. 137.

<sup>103</sup> Se configuriamo la possibilità di una misura coercitiva contro la P.A., la somma di denaro non dovrà certamente finire nelle casse erariali, perché renderebbe inutile il ricorso a tale espediente, sottraendo il danaro pubblico da un comparto per poi farlo rientrare in altra maniera. Così, la destinazione delle somme è rimessa all'interpretazione del giudice, perché la norma, così come formulata dal legislatore italiano è allo stato incompleta. Questa lacuna costringe l'interprete ad una lettura estensiva attraverso disposizioni analoghe, che purtroppo non sono sempre adattabili.

eccessiva, potendo di regola superare il danno effettivo subito dal creditore in conseguenza del ritardo<sup>104</sup>.

Per questo motivo, parte della dottrina tedesca ritiene che la direttiva abbia introdotto una fattispecie di danni punitivi<sup>105</sup>.

Come è noto, nell'esperienza giuridica inglese, ricorre la figura dei *punitive damages* quando la condanna prevede il pagamento di una somma che oltrepassa l'ammontare dei danni effettivamente subiti dal danneggiato, al fine di punire comportamenti caratterizzati da malizia e in genere da un rilevante danno sociale<sup>106</sup>. L'istituto dei *punitive damages* persegue, infatti, una duplice finalità: a) punitivo-sanzionatoria, volta a combattere la realizzazione di profitti attraverso il compimento di atti illeciti; b) preventivo-deterrente, mirante ad evitare che altri soggetti siano incentivati al perseguimento di comportamenti analoghi<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> L'art. 5, comma 1, del d.lgs. 231/2002 ha stabilito che "salvo diverso accordo tra le parti, il saggio degli interessi è determinato in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali". Si tratta di un tasso di interesse particolarmente elevato, sintomo di una deroga a quella che è la funzione tipica ed esclusiva alla quale sono preposti gli interessi moratori. Relativamente agli interessi moratori quale strumento per il risarcimento del danno cfr. B.INZITARI, voce *Interessi*, in *Dig. discipline privatistiche*, sez. civ., Torino, 1995, p. 569, dove afferma "E' questa una pagina della dottrina delle obbligazioni pecuniarie strettamente collegata a quella della teoria generale delle obbligazioni e nella quale inevitabilmente confluiscono i più rilevanti e controversi problemi connessi all'adempimento o inadempimento ed al riferimento del danno". Secondo M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 55, il tasso contemplato dalla direttiva avrebbe una evidente funzione "compulsiva-sanzionatoria"; ad opinione di R. CONTI, *Il d.lgs. 231/2002*, cit., p. 211, la funzione del tasso di interessi non è esclusivamente ripristinatoria ma anche punitiva.

<sup>105</sup> U. HUBER, *Das gelante Recht der Leistungsstorungen, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, a cura di W. ERNST, W. ZIMMERMANN, Tübingen, 2001, p. 40; A. WILLINGMANN - T. HIRSE, *Schuldrechtsmodernisierung und Allgemeines Schulrecht, Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz*, a cura di H.W. MICKLITZ, T. PFEIFFER e.a., Baden Baden, 2001, p. 94.

<sup>106</sup> In proposito si segnalano alcuni contributi in tema di danni punitivi: M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, p. 2011 ss.; F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008. Sul punto cfr. altresì voce S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. discipline privatistiche*, sez. civ., XIII, Torino, 1995 (ristampa 2006), p. 351, che sottolinea come soprattutto nell'esperienza americana la condanna al pagamento di *punitive damages* è frequente nei casi in cui si vuole punire una certa condotta per il suo carattere doloso, oppressivo, oltraggioso, o per la gravità del danno sociale arrecato, soprattutto quando mancherebbe altrimenti una effettiva sanzione, data l'esiguità del risarcimento dovuto in base agli abituali parametri. Orbene, anche in Inghilterra, dove storicamente nascono i *punitive damages*, la natura controversa di tale figura giuridica ha dato spazio ad un acceso confronto. Notevole rilevanza ha assunto la tesi sostenuta da *Lord Devlin* nel caso *Rookes v. Barnard* (*V. Rookes v. Barnard*, (1964) AC 1129 (HL), 1227), secondo cui si tratterebbe di una figura anomala di danni, in quanto, di norma, la finalità riconosciuta è esclusivamente compensativa. Ciononostante, il giudice individua tre categorie nel cui ambito se ne deve riconoscere l'operatività, a patto che si verifichi l'indispensabile condizione di una *compensation* inadeguata "*to punish (the defendant) for his outrageous conduct*". La prima categoria riguarda le azioni oppressive, arbitrarie e incostituzionali poste in essere da funzionari del governo; la seconda inerisce all'ipotesi in cui la condotta del convenuto è stata posta in essere al fine di realizzare profitto ben maggiore di quanto si sarebbe dovuto conferire all'attore a titolo compensativo; la terza contempla i casi in cui gli *exemplary damages* siano espressamente autorizzati dalla legge (Cfr. J. EDELMAN, *Gain-based*, p. 11 ss.).

<sup>107</sup> Per un approfondimento sulla natura e sulla funzione dei *punitive damages* v. V. BEHR, *Punitive damages in America and German law – tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78, Chi.-Kent. L. Rev. 3 (2003), p. 103 ss. Secondo la testimonianza di G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 436 il primo caso nel quale viene illustrata la dottrina dei *punitive damages* sembra essere *Huckle v. Money*, 1 Wils 105 (K.B. 1763).

L'apertura al rimedio dei danni punitivi alla responsabilità contrattuale trova conferma nell'ormai celebre caso *Attorney General v. Blacke*<sup>108</sup>, dove il Supremo Collegio inglese ha espressamente affermato che “gli *exemplary damages* possono essere concessi anche nel caso di *breach of contract*, cioè con lo scopo di prevenire e sanzionare una violazione di obblighi contrattualmente assunti, semprechè altre forme di tutela si rivelino inadeguate”<sup>109</sup>.

Né può trascurarsi che il più elastico sistema giuridico nord-americano ha permesso uno sviluppo e una diffusione di tale figura giuridica senza precedenti, soprattutto in relazione ai settori della responsabilità del produttore ed a quello contrattuale<sup>110</sup>, comprendendo anche le ipotesi di condotte poste in essere sulla base della *gross negligence*, intesa come conseguenza della violazione di un dovere di diligenza derivante dalla legge<sup>111</sup>. In definitiva negli Stati Uniti le Corti per ammettere i danni punitivi in ambito contrattuale richiedono, oltre alla prova dell'inadempimento, un ulteriore elemento costituito dalla violazione di un dovere autonomo ed indipendente dal contratto (*duty of good faith* o *fiduciary duty* o *special relationship*) o da una condotta particolarmente grave<sup>112</sup>.

Ciò detto, e così tornando alla posizione espressa dalla dottrina tedesca, potrebbe ravvisarsi in essa il diffondersi di un nuovo orientamento pronto a riconoscere ai danni punitivi non solo diritto di cittadinanza nelle esperienze di *civil law*, ma anche un più ampio ambito applicativo.

La tendenza ad ampliare l'ambito di applicazione della citata figura giuridica, testimonierebbe l'esigenza di ammettere la condanna al risarcimento del danno in misura superiore alla mera perdita economica determinata dall'illecito, offrendo al creditore danneggiato un ristoro più che adeguato.

---

<sup>108</sup> *Attorney General v. Blake*, (2000) 4 All ER 385.

<sup>109</sup> V. P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un rulo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 717; V. D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Roma, 2005, p. 47 ss.

<sup>110</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texano e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435; ID, *Responsabilità da prodotto da fumo: il “grande freddo” dei danni punitivi*, *ivi*, 2000, IV, p. 450; V. ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai “punitive damages” di “common law”*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 12.

<sup>111</sup> Per vero, anche negli ambienti giuridici nordamericani va registrata un'autentica ridda di perplessità circa la legittimità costituzionale dei danni punitivi. In sintesi può dirsi che il dibattito ha investito principalmente l'applicabilità del principio sancito dall'VIII emendamento, che prevede il divieto di infliggere pene eccessive e inusitate. Sul punto la giurisprudenza statunitense ha risolto la questione sancendo il principio secondo cui le garanzie costituzionali previste dall'VIII emendamento sono destinate ad operare esclusivamente con riguardo alle sanzioni penali (*Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977)); *contra*, argomentando dal fatto che i danni punitivi possono essere intesi come il risultato di un processo di privatizzazione dell'antica figura dell'*amercement*, si è ritenuto che, in prospettiva funzionale, sia lecito concludere che i danni punitivi debbano essere “implicitamente contemplati dalla “*Excessive Fines Clause*” dell'VIII emendamento, in quanto multe private inflitte da giurie civili”. V.si *amplius* M.S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli incerti argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 174).

<sup>112</sup> Cfr. F. GIOVAGNOLI, *I punitive damages nell'esperienza statunitense*, in [www.lapratriciacivile.it](http://www.lapratriciacivile.it), rivista giuridica a diffusione telematica.

La previsione di interessi moratori così elevati sembra, per vero, perseguire il duplice obiettivo di sanzionare l'autore dell'illecito contrattuale e di dissuadere altri debitori dall'emulare simile condotta. A conferma di tale opinione si possono rimarcare le argomentazioni portate a sostegno della direttiva 2000/35/Ce. Nel malcostume del ritardato pagamento vi è infatti un calcolo economico; se gli interessi di mora sono inferiori al profitto ottenibile impiegando in maniera redditizia le somme dovute ai creditori, non vi è dubbio che all'impresa convenga ritardare i pagamenti. L'affinità ai *punitive damages* andrebbe, quindi, scandita nel riferimento al profitto conseguito dal debitore che ritarda il pagamento, indi ottenendo una liquidità aggiuntiva illecita.

Il legislatore comunitario, in buona sostanza, avrebbe aperto uno spiraglio all'operatività di sanzioni afflittive dal fine disincentivante.

Certamente, a dispetto dell'assordante silenzio del legislatore, gli sforzi della dottrina sulla idea di individuare tracce di quello che potrebbe assumere i contorni di un progressivo mutamento nella realtà giuridica, sono certamente meritori.

Ciononostante, tali riflessioni, pur costituendo prospettive di sicuro stimolo, non sembrano pienamente convincenti ove si vogliano rinvenire nell'apparato tradizionale di *civil law* una implicita legittimazione della figura angloamericana. La Corte di Cassazione ha difatti statuito in un recente arresto che "l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato"<sup>113</sup>.

Riconoscere alle sanzioni monetarie del diritto civile una funzione preventiva non significa automaticamente introdurre fattispecie di danni punitivi.

Viepiù, il sistema tedesco della responsabilità civile ha da tempo abbandonato la concezione meramente compensatoria del risarcimento del danno<sup>114</sup>. Alla sanzione risarcitoria è oramai riconosciuta una funzione preventiva.

---

<sup>113</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Danno e resp. civ.*, 2007, n. 11, p. 1125 ss., con nota di P. PARDOLESI, e in *Corriere giur.*, 2007, p. 498, con nota di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*; nello stesso senso la sentenza di merito App. Venezia, 15 ottobre 2001, n. 1359, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 769. Il Supremo Collegio statuisce che "Posta la finalità compensativa riconosciuta alla responsabilità civile, non può essere concessa, per contrarietà all'ordine pubblico, l'istanza di *exequatur* di una sentenza nordamericana di condanna ai danni punitivi, i quali si caratterizzano per un'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato e il danno patito". V. altresì, E. BOERI, P. PETRELLI, *Il principio di precauzione. Funzione preventiva e punitiva del risarcimento del danno*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, volume terzo, diretto da G. VISINTINI, Padova, 2009, p. 172 ss.

<sup>114</sup> Con la sentenza del *BGH*, 15.11.1994, NJW, 1995, p. 861 sulla lesione al diritto al privacy di Carolina di Monaco alla sanzione risarcitoria è riconosciuta una funzione preventiva. L'ammontare del risarcimento, nel caso di lesioni di personalità tramite i *media*, deve essere calcolato in modo da costituire un deterrente nei confronti di future lesioni; sul

A ben vedere i *punitive damages* del modello statunitense sembrano contrastare con i principi generali del diritto privato europeo. Ciò è vero non tanto in ragione dell'ammontare dei risarcimenti in sé, quanto dei presupposti legali dell'obbligo di risarcire i danni punitivi. Affinché sorga l'obbligo di *punitive damages* è necessario che una giuria popolare si convinca che il danneggiante ha offeso in modo particolarmente riprovevole un bene giuridico individuale di un altro soggetto. In sintesi, una volta verificata, ad opera della corte, l'esistenza dei presupposti per la concessione dei danni punitivi, quindi la sussistenza di condotte poste in essere con dolo o colpa grave, cioè con *evil motive, fraudulent purpose, recklessness*, spetta alla valutazione discrezionale della giuria "la parola decisiva sulla concessione e sul relativo ammontare"<sup>115</sup>.

Non è revocabile in dubbio che i danni esemplari non sono diretti ad indennizzare la vittima, ma a punire il danneggiante e dunque di riflesso non possono essere previsti *ex ante*.

Inoltre, non può neppure essere trascurato l'orientamento di quanti ritengono che siffatta tipologia di danni sia in contrasto con l'ideale di giustizia da cui il diritto non può assolutamente prescindere<sup>116</sup>.

In tutti i casi il dibattito è aperto e solo gli sviluppi futuri consentiranno di verificare se sia ammissibile nella realtà giuridica nostrana una figura giuridica capace di rivestire quel ruolo di *legal response* che i danni punitivi occupano nei sistemi di *common law*.

## **9. Considerazioni conclusive.**

Pur nella parzialità dell'indagine e nell'opinabilità degli esiti, a conclusione dell'analisi svolta, si è certo maturata la convinzione che l'ordinamento comunitario, seguendo la filosofia normativa del cd. contratto giusto, presenta una crescente tendenza legislativa a portare nel contratto i valori della persona<sup>117</sup>, ad approntare rimedi sempre più efficaci per stabilire l'equilibrio tra le prestazioni nel campo delle contrattazioni. Tanto però non più solo in

---

punto cfr. M. PRINZ, *Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Medien*, NJW, 1996, p. 953 ss.; G. WAGNER, *Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen*, VersR, 2000, p. 1305 ss.

<sup>115</sup> G. PONZANELLI, *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi*, cit., p. 447 ss.; proprio il rapporto tra giuria e corte rappresenta uno dei punti più problematici del dibattito sui *punitive damages*. La giuria, infatti, rappresentando la forte esigenza di una giustizia amministrata in maniera coerente alla sensibilità della società civile nord-americana, può essere additata come una delle cause principali dei generosi verdetti, frutto frequente di un'evidente *overdeterrence* nei confronti del danneggiante. Attenta dottrina (S. PATTI, *op. cit.*, p. 351) non ha tardato a precisare che nell'esperienza americana la condanna al pagamento dei *punitive damages* è frequente nei casi in cui si vuole punire una certa condotta per il suo carattere doloso, oltraggioso o per la gravità del danno sociale arrecato.

<sup>116</sup> Cfr. E. URSO, *I punitive damages fra regole, standards e principi: una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, in *Dir. pubb. comp. ed europeo*, 2001, p. 2011 ss.

<sup>117</sup> G. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. 26.1, Torino, 2000, p. 699.

relazione alle *consumer transactions*, ma anche ai contratti tra imprese in condizione di dipendenza economica cosicché si forma la categoria del contratto con asimmetria contrattuale tra le parti<sup>118</sup>. Detta ultima categoria abilita la conclusione che l'adeguatezza del corrispettivo economico previsto in un contratto sia sindacabile non più solo per gli accordi conclusi in condizioni di patologia sociale (come previsto dal codice per l'istituto della rescissione), ma anche per gli accordi conclusi in condizioni di fisiologia sociale<sup>119</sup>.

Si è ravvisato come la disciplina dei ritardati pagamenti, non mortificando la *lex mercatoria* né inibendo le velocità del mondo dei traffici, risponda in modo pronto e fedele ai precetti costituzionali che invitano il legislatore a muovere l'economia per garantire equi rapporti sociali e sappia portare il principio di solidarietà economico-sociale a vivere tra gli effetti del contratto, nella consapevolezza dell'impossibilità di lasciare il passo a processi di autoregolamentazione o di sola correttezza nell'attività commerciale.

Si auspica pertanto il prossimo avvento di una dimensione giuridica in cui, un rinnovato connubio tra autonomia e socialità, secondo precetti articolati specificamente per settori di attività, imponga ai contraenti un vincolo reciproco alla salvaguardia degli interessi essenziali della controparte.

Il *fil rouge* del legislatore si dipana a livello infrasistemico e intesse trame giuridiche su argomenti che meritano particolare attenzione; la materia ha rivelato poi maggior fascino atteso che la normativa esaminata si presenta come un punto privilegiato d'osservazione attraverso il quale scrutare la fisionomia del diritto nazionale e le sorti dei suoi istituti posti al vento delle nuove direttrici comunitarie ove i differenti idiomi normativi convergono sulle prospettive comparatistiche del divenire giuridico.

Ecco quindi che a fronte dei descritti impulsi ordinamentali per i quali da più parti si avverte del pericolo di una perdita di centralità del codice civile, e di disomogeneità del sistema, sta il compito della dottrina di rinsaldarne le basi e assicurarne la coerenza degli effetti giustificando i diritti speciali e le ragioni delle differenze stagliate nelle categorie dei contratti civili, dei contratti del consumatore, dei contratti asimmetrici e simmetrici di impresa.

---

<sup>118</sup> V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, in *Rass. dir. pubb.*, 2001, p. 769.

<sup>119</sup> V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, p. 387.