

**IL DANNO DA INADEMPIMENTO DEL COMMITTENTE: PER  
UNA RICOSTRUZIONE EVOLUTIVA DELL'INADEMPIMENTO  
DELL'OBBLIGAZIONE PECUNIARIA. SPUNTI DI DIRITTO  
COMUNITARIO E COMPARATO.**

*Andrea Borroni\**

*Sommario: 1. Premessa - 2. Del risarcimento del danno patrimoniale - 2.1. Danno emergente e lucro cessante - 2.2. Danno da procurato fallimento e tutela cautelare - 2.3. Condizioni per il risarcimento - 3. Del risarcimento del danno non patrimoniale - 4. Del danno da mancata disponibilità della somma: per una ricostruzione in chiave unitaria degli "interessi" e del maggior danno - 4.1 Interessi e maggior danno - 5. La direttiva 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali - 6. Della configurabilità di un comportamento anticoncorrenziale - 7. Del rifiuto di corrispondere quanto dovuto a fronte della prestazione interamente ricevuta quale violazione del principio di buona fede contrattuale - 8. Della violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo - 9. Considerazioni conclusive.*

**1. Premessa.**

La situazione di incertezza relativa alla ripresa economica e la restrizione delle linee di credito interessa pressoché la totalità degli operatori economici e riverbera i propri effetti in maniera drammatica sul tessuto delle P.M.I. Sempre più sovente accade che l'onda anomala della crisi, continuando con la metafora, spazi via dal mercato attori del settore edile. Lo scopo del presente lavoro è quello di individuare in ottica primariamente giuridica quali siano le voci di risarcimento del danno spettanti ad un appaltatore in caso di inadempimento del committente che, per l'appunto, si rifiuti di corrispondere il *quantum* dovuto per la prestazione ricevuta. La diffusione di tale fenomeno e la gravità delle conseguenze per le imprese giustifica la presente analisi, che si propone anche di approfondire il caso limite dell'imprenditore che investa in una singola operazione (si pensi alla costruzione di un piccolo complesso residenziale piuttosto che la ristrutturazione del medesimo) tutta la

---

\* Ricercatore presso la Seconda Università di Napoli, Facoltà di Studi Politici e per l'Alta Formazione Europea e Mediterranea "Jean Monnet". Il ringraziamento più grande va all'avv. Laura Maria Franciosi senza il cui aiuto questo lavoro non avrebbe mai avuto fine: a lei è, di conseguenza, dedicato.

propria liquidità e, a fronte di ciò, debba subire gli effetti negativi dovuti all'inadempimento della propria controparte, che, facendosi scudo di argomentazioni diverse, rifiuti di corrispondere quanto pattuito.

Dando per presupposto l'inadempimento del committente, nel presente scritto si proveranno ad individuare le voci di quanto dovuto a titolo di risarcimento per l'appaltatore.

## **2. Del risarcimento del danno patrimoniale.**

*2.1. Danno emergente e lucro cessante.* Come regola generale, posto l'inadempimento del committente, l'appaltatore è ammesso ad agire in sede civile per il risarcimento del danno emergente e del lucro cessante<sup>1</sup>. Nel procedere al corretto inquadramento degli oneri processuali incombenti sui singoli contraenti, la Suprema Corte ha affermato, così valorizzando il principio di vicinanza della prova, che *“in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio*

---

<sup>1</sup> *Ex multis*, cfr. TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, ed. XIX, Milano, 2009, pp. 412 ss.; BIGLIAZZI GERI – BRECCIA - BUSNELLI - NATOLI, *Diritto civile – Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1999, pp. 154 ss.; GALGANO, *Diritto privato*, ed. X, Padova, 1999, pp. 211 ss. e 380 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, 1991, pp. 636 ss.; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, ed. IX, Milano, 1991, pp. 422 ss.

*adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione)*"<sup>2</sup>.

La prima voce di danno - segnatamente, il danno emergente - consiste in tutte le spese sostenute dall'imprenditore per adempiere la propria obbligazione sinallagmatica<sup>3</sup> e che, a titolo d'esempio, possono essere rappresentate dall'acquisto di materiali, acquisto o locazione di macchine edili, assunzione di personale ecc. La seconda voce - segnatamente, il lucro cessante - comprende non solo il guadagno che l'appaltatore si era prefigurato come conseguenza del contratto e che, per la condotta di controparte, non ha ottenuto, ma anche il cosiddetto danno da perdita di *chance*<sup>4</sup>. In tal senso come evidenziato tanto da autorevole dottrina quanto dalla giurisprudenza della Suprema Corte *"la chance, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto*

---

<sup>2</sup> Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533.

<sup>3</sup> TORRENTE - SCHLESINGER, *op. cit.*, pp. 855 ss. si riferisce al danno emergente in termini di "diminuzione del patrimonio del danneggiato (in conseguenza, ad esempio, della distruzione di una sua cosa, della riduzione del suo valore d'uso e/o del suo valore di scambio, ecc...)"; BRECCIA, *op. cit.*, pp.636 ss. ove specifica trattasi esso di "diminuzione economica in sé considerata"; secondo BIGLIAZZI GERI - BRECCIA - BUSNELLI - NATOLI, *op. cit.*, p. 154, il danno emergente "è quello che deriva dal fatto stesso dell'inadempimento"; GALGANO, *op. cit.*, p. 212 ne parla in termini di "perdita subita dal creditore".

<sup>4</sup> Riguardo a questa seconda componente del danno risarcibile cfr. TORRENTE - SCHLESINGER, *op. cit.*, pp. 855 ss. ne parla come di "guadagno che la vittima dell'illecito avrebbe presumibilmente conseguito - e che invece non ha conseguito - a causa dell'illecito sofferto" oppure BRECCIA, *op. cit.*, pp. 636 ss. che si riferisce all'"occasione di lucro perduta" e al "mancato guadagno" (dello stesso avviso GALGANO, *op. cit.*, p. 212), ancora, BIGLIAZZI GERI - BRECCIA - BUSNELLI - NATOLI, *op. cit.*, p. 154, il danno emergente "è quello che deriva dal fatto stesso dell'inadempimento" e si "manifesta nell'impossibilità di servirsi del bene per trarne ulteriori guadagni". In giurisprudenza cfr. Cass., 4491/2009; Cass., 1641/1989; Cass., 2025/1976. Relativamente all'art. 1223 c.c., la dottrina spiega come tale articolo contenga una doppia indicazione circa la determinabilità del *quantum* risarcibile sottolineando come non possa esserci risarcimento senza che chi lo chieda possa addurre il decremento di ricchezza "posseduta" ovvero la *"perdita di una chance acquisitiva che avrebbe potuto legittimamente esperire e, dall'altro, quella che, dato questo presupposto, il risarcimento deve estendersi a tutta la ricchezza perduta o preclusa"* BARCELONA, *Funzione compensativa della responsabilità e "private enforcement" della disciplina antitrust*, in *Nuovi itinerari di diritto privato funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di Maugeri e Zoppini, Bologna, 2009, pp. 70-71.

*ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, id est la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale. Siffatto danno, non meramente ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto ed attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato), non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo”<sup>5</sup>.*

Il danno da perdita di *chance* ben può essere qualificato come impossibilità di accettare nuove commesse, le quali avrebbero, palesemente, procurato all'imprenditore un vantaggio patrimoniale<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4440.

<sup>6</sup> La fattispecie se radicata in un ordinamento di *common law*, produrrebbe, attraverso il prisma del *breach of contract*, risultati pressoché analoghi. Ciò seppur utilizzando uno strumentario concettuale profondamente differente. Precisato che nell'ottica di *common law* la funzione punitiva in campo privatistico emerge in materia di *torts*, in campo contrattuale il rimedio del risarcimento ha sempre funzione compensativa (anche se ben spiega CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, p. 426, non esistono remore tecniche o condizioni restrittive alla condanna al risarcimento dei danni morali per effettuare un pieno ristoro del pregiudizio subito dal creditore e vi è la possibilità di condannare ad un risarcimento a titolo punitivo solo ove l'inadempienza costituisca sia un'illecito contrattuale, sia un illecito extracontrattuale ed il creditore danneggiato agisca per uno solo dei due profili). In altre parole, il *quantum* del risarcimento dovuto deve essere finalizzato a porre il danneggiato nella posizione economica nella quale egli si sarebbe ritrovato se l'obbligazione fosse stata regolarmente adempiuta (rientrano tra le voci risarcibili, sempre secondo la puntuale ricostruzione del Criscuoli che cita *Jarvis v. Swan Tours Ltd. [1973] Q.B. 233*). La peculiarità degli ordinamenti di *common law* prevede anche un brevissimo riferimento alla tassonomia dei rimedi in caso di *promissory estoppel liability*. Secondo una recentissima dottrina in questi casi si deve distinguere tra: (i) i danni da aspettativa in base ai quali la vittima dell'inadempimento contrattuale viene compensata in modo tale da essere posta sulla stessa curva di indifferenza rispetto alla situazione in cui la parte inadempiente avesse dato una corretta esecuzione al contratto (in altri termini, viene concesso "l'equivalente monetario" che la controprestazione avrebbe prodotto nella sfera del creditore); (ii) i *reliance damages*, in base ai quali il risarcimento dovrà incorporare le spese sostenute dal creditore a seguito dell'affidamento ma anche la c.d. "perdita da chance" o "costo opportunità", ponendo, quindi, la parte lesa nella posizione in cui si sarebbe venuta a trovare nel caso in cui non avesse concluso il contratto (il riferimento al "costo opportunità" per la quantificazione dei *reliance damages* ha condotto la maggior dottrina nordamericana alla considerazione per cui gli *expectation damages* rappresenterebbero la miglior soluzione per risarcire una

Seguendo l'insegnamento della Suprema Corte, perché il detto danno sia risarcibile, è però necessario ricorrere ad un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili <sup>7</sup>, mediante il quale sia possibile dimostrare il nesso di causalità fra inadempimento e perdita della *chance* in parola - che deve essere, inoltre, attuale ed effettiva e non meramente potenziale, essendo stata citata in guisa di esercitazione dialettica - con ciò risultando doveroso provare la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita.<sup>8</sup> Peraltro spetta al giudicante sia valutare, sulla base delle risultanze probatorie, la concreta possibilità che, mancando l'inadempimento, il detto vantaggio economico si sarebbe verificato, sia liquidare, in via equitativa, il corretto ammontare del danno subito che sia conseguenza immediata e diretta della condotta di controparte, alla stregua delle norme generali in tema di risarcimento del danno. In tal senso *“il creditore che voglia ottenere, oltre al rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di “chance” - che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita*

---

*reliance loss* [Sul tema si veda, *ex multis*, BECKER, *Promissory estoppel damages*, 16 *Hofstra L. Rev.* 131, 139 (1987)]; (iii) i *restitution damages*, che rapportano la loro dimensione al guadagno della parte inadempiente anziché alla perdita subita del danneggiato cercando quindi di includere nel proprio catalogo risarcitorio anche l'arricchimento ingiustificato (in questo senso GOFF & JONES, *The law of restitution*, London, 2002, p. 13 ss.; GROSSKOPF, *Restitution and unjust enrichment: protection of competition rules via the law of restitution*, 79 *Tex. L. Rev.*, 1981; PARDOLESI, *Promissory estoppel: affidamento e vincolatività della promessa*, Bari, 2009, p. 87-90). Giova ricordare come, secondo autorevole dottrina, i formanti dottrinale e giurisprudenziale di *common law* si siano espressi in favore dell'utilizzo dello strumento punitivo-sanzionatorio del *disgorgement* tra i rimedi da inadempimento contrattuale (PARDOLESI, voce *Disgorgement*, Enciclopedia Giuridica Italiana – Treccani (sezione aggiornamenti), vol. XIV, Roma, 2006, p. 1).

<sup>7</sup> Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759.

<sup>8</sup> Cass., 2 dicembre 1996, n. 10748.

della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta"<sup>9</sup>.

2.2. *Danno da procurato fallimento e tutela cautelare.* Laddove, a seguito dell'inadempimento di controparte, l'imprenditore si trovi in una precaria situazione economica, la responsabilità del committente può aggravarsi. Innanzitutto, ove l'appaltatore, per evitare di soggiacere ad una procedura concorsuale, sia costretto a ricorrere ad una Banca che presti allo stesso danaro dietro pagamento d'interessi, il committente, alla stregua delle consuete norme sulla responsabilità civile *supra* indicate, risponde del maggiore esborso. Ove, invece, l'imprenditore sia sottoposto a procedura concorsuale, se è possibile provare il nesso di causalità fra l'inadempimento di controparte e lo stato di dissesto economico (v. *infra*), il committente inadempiente deve rispondere di tutte le spese in cui l'impresa sia incorsa.

Esclusa, in base all'orientamento sopra riportato, l'ammissibilità della domanda di un sequestro da parte dell'appaltatore, laddove le condizioni economiche di controparte non inducano a temere una futura impossidenza, ma con la consapevolezza della gravità del danno in cui l'imprenditore potrebbe incorrere, ove l'inadempimento si protraesse, si può, tuttavia, argomentare in favore della ammissibilità della tutela *ex art. 700 c.p.c.* L'appaltatore è titolare di un diritto di credito tutelato, in sede cautelare, attraverso il sequestro conservativo, il cui obiettivo è impedire la dilapidazione del patrimonio del debitore.

Il legislatore non ha previsto esplicitamente il caso in cui il *periculum* contro il quale il creditore volesse tutelarsi non fosse l'impossidenza del debitore, ma quello, potenzialmente più grave per il creditore, dei danni conseguenti alla mancata disponibilità della somma per tutta la durata del processo di merito.<sup>10</sup> Per far fronte a detta mancanza, argomentando sulla natura residuale della tutela *ex art. 700 c.p.c.*, l'appaltatore può chiedere al Giudice che controparte sia obbligata a pagare senza dilazione alcuna la somma oggetto del credito, per

---

<sup>9</sup> Cass., 29 gennaio 2009, n. 1850.

<sup>10</sup> TARZIA - SALETTI (a cura di), *op. cit.*; p. 258.

allontanare il rischio che, nelle more del giudizio, il creditore, pur avendo ragione, debba sottostare ad un'eventuale procedura concorsuale. A questo proposito, argomentando sull'irreparabilità del danno, parte della dottrina esclude la possibilità di ricorrere ad un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, qualora sia possibile ottenere soddisfazione mediante un provvedimento sommario non cautelare, con ciò ad escludere che, potendo ottenere un decreto ingiuntivo, sia possibile ricorrere alla tutela cautelare<sup>11</sup>. In effetti *la giurisprudenza ha talvolta ammesso il provvedimento d'urgenza anche quando l'istante avrebbe potuto utilmente esperire il procedimento per decreto ingiuntivo*<sup>12</sup>. Del resto, la tutela cautelare - oltre a presentare una minore complessità, non dovendo sottostare al procedimento di esecuzione - risponde ad altri e diversi interessi rispetto ad un provvedimento monitorio e, infatti, la giurisprudenza tende ad escludere la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, laddove il grave pregiudizio nel ritardo non sia fondato sul pericolo d'insolvenza del creditore ingiunto.

2.3. *Condizioni per risarcimento.* Giusta l'articolo 1225 c.c., il committente, che per colpa non adempia, può essere tenuto solamente a risarcire il danno prevedibile nel momento in cui è sorta l'obbligazione. La Suprema Corte, sul tema, si è espressa come segue *“nel confermare che l'art. 1225 c.c. si applica anche al danno dipendente dall'inadempimento o dall'inesatto adempimento dell'obbligazione di riconsegna della cosa locata, si rileva che l'imprevedibilità non costituisce un limite all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare; essa determina la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente ad una categoria di rapporti, secondo le regole ordinarie di*

---

<sup>11</sup> Per una panoramica generale si veda, *inter alia*, AA.VV., *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, I, Milano, 1995, pp. 469 ss. e, nello specifico, FIORUCCI, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2009.

<sup>12</sup> Pretore di Milano, 11 marzo 1999, in *Riv. critica dir. lav.*, 1999, 365; Pretore di Roma, ordinanza 31 luglio 1986, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 972 con nota di P. Frisina, *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, ed ivi ulteriori richiami, ma, si veda anche, anche TARZIA - SALETTI (a cura di), *op. cit.*; p. 261.

*comportamento dei soggetti economici e, cioè, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute*<sup>13</sup>. Da ciò è possibile dedurre che, in presenza di piccole imprese, dotate di limitato capitale, quasi totalmente investito nell'affare in parola, sarebbe doveroso per l'*homo eiusdem condicionis et professionis* prefigurarsi che il proprio eventuale inadempimento potrebbe gravemente ripercuotersi sull'esistenza giuridica stessa dell'impresa appaltatrice. Simili problemi sono per converso evitati, qualora, essendo l'inadempimento doloso - in ipotesi, pur finalizzato all'ottenimento di condizioni più vantaggiose, dovute allo stato di debolezza economica dell'imprenditore - l'articolo suddetto, per espressa decisione del legislatore, non trova applicazione.

In merito al nesso di causalità, la soluzione è più complessa e merita un più dettagliato resoconto. La disciplina legislativa della causalità è generalmente considerata ambigua ed insufficiente. Della principale norma dettata in materia dal Codice Civile, l'art. 1223, si dubita persino se attenga effettivamente al nesso causale, o non piuttosto alla determinazione del *quantum* del risarcimento. Inoltre, la disciplina penalistica (artt. 40, 41 e 45 c.p.) appare indeterminata se non contraddittoria, com'è confermato dalla varietà delle interpretazioni proposte.<sup>14</sup> Innanzitutto, è opportuno applicare la cosiddetta teoria dell'equivalenza, per la quale si presenta come causa ogni evento senza il cui verificarsi non si sarebbe prodotto l'evento dannoso. Ed è qui palese che, ove controparte debitamente avesse versato il corrispettivo, tali conseguenze negative non si sarebbero verificate. Ma ciò non è sufficiente, perché la suddetta teoria non può integralmente essere applicata, sotto pena di non prestare il dovuto peso ad eventuali serie causali autonome, che abbiano contribuito a cagionar l'evento. A questo proposito, è stata elaborata la dottrina della causalità adeguata, che si contrappone a quella della dell'equivalenza e per la quale (nella sua originaria formulazione "positiva") la rilevanza giuridica della condizione è commisurata all'incremento, da essa prodotto, della obiettiva possibilità di un

---

<sup>13</sup> V. Cass. 15 maggio 2007, n. 11189, Cass. 11 agosto 2004, n. 15559, Cass. 17 marzo 2000, n. 3102.

<sup>14</sup> SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, p. 223.

evento del tipo di quello effettivamente verificatosi.<sup>15</sup> Conseguenza di quest'ultima teoria è l'esclusione del rapporto di causalità, laonde, accanto all'azione umana, siano intervenute concause anomale. Essa prende, dunque, le mosse dalla teoria della *condicio sine qua non*, apponendovi però un limite: per la sussistenza del rapporto di causalità non basta che l'azione sia condizione necessaria dell'evento, ma occorre altresì che l'evento sia una conseguenza normale o almeno non improbabile dell'azione.<sup>16</sup> Laddove, come nel caso di specie, l'evento dannoso sia conseguenza di un'omissione - la mancata corresponsione del pattuito - l'analisi del rapporto di causalità non può limitarsi al piano strettamente materiale, ché, come noto, *ex nihilo nihil fit*. In codesti casi, è necessario indagare, ucronicamente, su ciò che sarebbe accaduto, non avesse controparte omessa la propria dovuta condotta. Segnatamente, è opportuno interrogarsi se l'imprenditore avrebbe sofferto l'evento dannoso, ove controparte avesse in termini adempiuto.<sup>17</sup> La Giurisprudenza, in merito, è copiosa; *ex multis* “nell'affondare l'indagine all'accertamento dei fatti di causa per come prospettati e comprovati, il giudice d'appello

---

<sup>15</sup> SALVI, *op. cit.*, p. 227.

<sup>16</sup> MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2006, p.163.

<sup>17</sup> Secondo gli insegnamenti della S.C., il criterio in base al quale sono risarcibili i danni conseguiti in via diretta ed immediata dall'inadempimento deve intendersi, ai fini della sussistenza del nesso di causalità, in modo da comprendere nel risarcimento i danni indiretti e mediati, che si presentino come effetto normale dell'inadempimento, secondo il principio della cosiddetta regolarità causale. In conseguenza, mentre sono da escludere i danni verificatisi per l'intervento di cause e circostanze estranee al comportamento dell'obbligato, vi rientrano, invece, gli altri quando, pur non producendo il fatto di per sé quel determinato evento, abbia tuttavia prodotto uno stato di cose tali che senza di esso non si sarebbe verificato (Cass. 20 maggio 1986, n. 3353); in altre parole, l'ambito del danno risarcibile per inadempimento contrattuale è circoscritto dal criterio della cosiddetta regolarità causale, nel senso che sono risarcibili i danni diretti ed immediati, ed inoltre i danni mediati ed indiretti che rientrano nella serie delle conseguenze normali del fatto, in base ad un giudizio di probabile verifica rapportato all'apprezzamento dell'uomo di ordinaria diligenza. Alla regola secondo cui in presenza di un evento dannoso tutti gli antecedenti, senza i quali esso non si sarebbe verificato, debbono essere considerati come sue cause (abbiano essi agito in via diretta e prossima ovvero in via indiretta e remota) fa eccezione il principio di causalità efficiente, in base al quale la causa prossima sufficiente da sola a produrre l'evento esclude il nesso eziologico fra questo e le altre cause antecedenti (Cass. 6 marzo 1997, n. 2009).

*ha sostanzialmente negato la risarcibilità delle perdite patrimoniali da anticipato pensionamento, dal[l'attore] ricollegate all'asserito scopo di potersi più liberamente dedicare all'assistenza della moglie, per l'assorbente considerazione che tali danni rappresentavano un semplice riflesso di quelli cagionati alla persona della moglie dall'incidente e si ponevano in rapporto di consequenzialità del tutto mediata ed indiretta con il sinistro medesimo, laddove per consolidata giurisprudenza sono risarcibili i soli pregiudizi i quali - pur essendo indiretti - "rientrano nella serie delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto, secondo il principio della cosiddetta regolarità causale". Non sembra lecito dubitare, anzitutto, della validità di quest'ultimo principio, pacificamente utilizzato dalla giurisprudenza di questa Corte regolatrice (cfr. sent. n. 476 del 1980; numero 6587 en. 6761 del 1982; n. 4661 del 1984) per espungere dall'area dei danni risarcibili quelli che non si presentino collegati con l'evento lesivo, secondo una serie ordinaria di cause e di effetti, da un nesso eziologico lineare e diretto, per essere intervenuta ad impedire od a spezzare il collegamento, altre circostanze estrinseche al comportamento dell'autore del fatto illecito"*<sup>18</sup>.

### **3. Del risarcimento del danno non patrimoniale.**

La condotta del committente può rilevare anche sotto il diverso aspetto del danno non patrimoniale. Infatti, la parola del legislatore

---

<sup>18</sup> Cass., 7 gennaio 1991, n. 60. Maggiormente icastica è un'altra pronuncia secondo la quale "ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento, il nesso di causalità tra fatto illecito ed evento dannoso può essere anche indiretto e mediato, essendo all'uopo sufficiente che il primo abbia posto in essere uno stato di cose senza il quale il secondo non si sarebbe prodotto e che il danno si trovi con tale antecedente necessario in un rapporto eziologico normale e non fuori dell'ordinario (v. Cass. 11 gennaio 1989, n. 65; Cass. 3 giugno 1977, n. 2264), come del pari si tenga presente che per escludere quel nesso causale occorre propriamente dimostrare che, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto, il danno si sarebbe effettivamente verificato anche in assenza di quell'antecedente (v. per riferimenti Cass. 7 giugno 1977, n. 2342), [omissis]", v. Cass., 1 giugno 1991, n. 6172. Nel caso di specie, l'inadempimento del committente, che abbia cagionato il dissesto economico dell'appaltatore, nel cui contesto è sorta l'esigenza di principiare una procedura concorsuale, poiché quest'ultimo evento non è affatto conseguenza anormale e straordinaria di quell'altro, obbliga l'appaltante a risarcire anche tutte le spese derivanti dalla detta procedura.

come declamata dall'art. 2059 c.c., in base al quale il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo in base ai casi determinati dalla legge, è stata "scavalcata" dall'interpretazione costituzionalmente orientata del formante giurisprudenziale<sup>19</sup>. Ma procediamo per ordine. Innanzitutto, bene si esprime la Suprema Corte affermando che *"può aversi concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, quando lo stesso comportamento interessa due sfere di tutela, ovvero quella che riguarda un interesse di natura creditoria, e quella che attiene alla vita di relazione. E ciò non solo quando uno stesso fatto è imputabile a più autori, a diversi titoli, ma anche quando in capo ad una stessa persona danneggiata sussiste una molteplicità di situazioni protette. In tal caso il fatto vietato può rivelare carattere plurioffensivo, nel senso che esso induce, oltre alla violazione di un precedente obbligo relativo, anche quello di un divieto generale ed assoluto. E tali sono per loro natura quelli che tutelano gli interessi considerati dai delitti previsti dal codice penale, rispetto ai quali la tutela civilistica assegnata alle vittime costituisce il riflesso patrimoniale della violazione di un divieto più ampio, che prescinde dalla eventuale esistenza di obblighi di origine contrattuale (cfr. Cass. n. 4437 del 1982; n. 2105 del 1980; n. 1717 del 1970; n. 1290 del 1969), ed attiene invece al diritto assoluto del soggetto di non subire pregiudizio ai diritti personalissimi, o a quello di proprietà, di cui è titolare"*<sup>20</sup>.

Nel caso trattato dalla Suprema Corte vi era stata violazione della normativa penalistica (nella specie, rivelazione di segreti scientifici o industriali, ex art. 623 c.p.), oltreché dell'accordo di segretezza siglato fra attore e convenuto. Eppure, presupponendo il rilievo costituzionale di un bene giuridico, non apparirebbe giustificato concedere il ristoro del danno non patrimoniale solo laddove il comportamento del convenuto abbia integrato gli estremi di un reato. La stessa Suprema

---

<sup>19</sup> Il legislatore però ha favorito questa tendenza incrementando il numero dei casi determinati dalla legge, passando dall'originaria fattispecie contemplata dall'art. 185 comma 2 del codice penale (in base al quale "ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento"), ad un florilegio di ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale anche in assenza di illecito penale. Si confronti TORRENTE – SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 857.

<sup>20</sup> Cass., 6 marzo 1995, n. 2577.

Corte, peraltro, citando i delitti come categoria tipo di atto ingiusto che aggredisce i diritti personalissimi, non nega che altri comportamenti ben possano generare una medesima responsabilità. Come del resto risulta, *per tabulas*, dalla lettura di una precedente Sentenza “*la configurabilità del concorso dell’azione extracontrattuale e di quella contrattuale - quando si tratti del medesimo fatto che violi contemporaneamente sia diritti che spettano alla persona in base al precetto del "neminem laedere" sia diritti che scaturiscano da un contratto o comunque da un particolare vincolo giuridico – costituisce ormai un affermato principio della giurisprudenza di questa Suprema Corte che ne ha tratto le relative conseguenze giuridiche considerando in particolare che, venuta meno una delle due azioni per ragioni ad essa relative quale la prescrizione, rimane ferma l’altra azione fondata sui medesimi presupposti di fatto e parimenti diretta a conseguire il risarcimento del danno e che è soggetta al suo proprio correlativo termine prescrizionale (cfr., fra le più recenti, p. es. la sentenza 22 settembre 1983 n. 5638)”<sup>21</sup>.*

In ossequio ai dettami della Suprema Corte, ne discende pertanto, che un medesimo atto possa essere fonte di due diversi tipi di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) e, pertanto, lo stesso possa essere sottoposto a due differenti regimi giuridici in tema di prova, prescrizione, limitazione del risarcimento e danno risarcibile. Le Sezioni Unite della Suprema Corte, in un caso più recente, hanno ulteriormente considerato la questione in oggetto precisando che “*Nell’ambito della responsabilità contrattuale il risarcimento sarà regolato dalle norme dettate in materia, da leggere in senso costituzionalmente orientato. L’art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l’inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona. Ed eguale più ampio contenuto va individuato nell’art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato*

---

<sup>21</sup> Cass., 14 maggio 1987, n. 4441.

*guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti. D'altra parte, la tutela risarcitoria dei diritti inviolabili, lesi dall'inadempimento di obbligazioni, sarà soggetta al limite di cui all'art. 1225 c.c. (non operante in materia di responsabilità da fatto illecito, in difetto di richiamo nell'art. 2056 c.c.), restando, al di fuori dei casi di dolo, limitato il risarcimento al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui l'obbligazione è sorta”<sup>22</sup>. In altre parole, la giurisprudenza adotta inequivocabilmente una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., giungendo ad affermare che in aggiunta alle fattispecie poste dalla legge, la risarcibilità del danno non patrimoniale è ammessa anche nei casi in cui vengano lesi i “diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione”<sup>23</sup>.*

*In altra sede, sostiene la Corte di Cassazione che “il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non*

---

<sup>22</sup> Cass., 11 novembre 2008, n. 26972. Per quanto riguarda la giurisprudenza successiva, essa ha, di volta in volta, ritenuto inviolabile il diritto alla retribuzione (Cass., 13 novembre 2009, n. 24030), il diritto del lavoratore alla conservazione delle mansioni e di conseguenza a non subire demansionamento (Cass., 12 maggio 2009, n. 10864), il diritto all'onore e alla reputazione (Cass., 20 ottobre 2009, n. 22190). D'altra parte, ha negato che possa trattarsi di diritto inviolabile l'interesse ad avere un sollecito annullamento di una cartella esattoriale (Cass., 9 aprile 2009, n. 8703) e l'interesse a non subire una pubblicità ingannevole (Cass., 30 aprile 2009, n. 10120).

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972. In dottrina, cfr. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989. La dottrina dei valori inviolabili è sorta in un ambito di rapporti differente rispetto a quello della responsabilità civile. Infatti, la stessa nacque soprattutto come dottrina dei diritti invocabili dal cittadino avverso la Pubblica Amministrazione.

*patrimoniale*”<sup>24</sup>. Tale interpretazione ha trovato puntuale riscontro nella giurisprudenza di merito: in proposito viene in rilievo una pronuncia del Tribunale di Rovereto che prospetta come sia invero possibile che un contratto possa soddisfare un interesse non patrimoniale del contraente<sup>25</sup>. Nello specifico si argomenta riferendosi:

- (i) alla norma di cui all’art. 1174 c.c., secondo la quale la prestazione oggetto della obbligazione ben può corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore<sup>26</sup>;
- (ii) al disposto di cui all’art. 1223 c.c., la cui locuzione “perdita”, secondo una lettura costituzionalmente orientata della norma, ben può essere interpretata come comprensiva anche del pregiudizio avente contenuto non patrimoniale;
- (iii) al disposto di cui all’art. 1454 c.c. che, laddove prevede l’obbligo risarcitorio in capo al debitore inadempiente, non prende posizione alcuna sulla natura che il danno debba possedere.

---

<sup>24</sup> Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2272 ss., con nota di NAVARETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; Id., in *Danno e resp.*, 2003, pp. 816 ss., con nota di PONZANELLI, *Ricomposizione dell’universo non patrimoniale e le scelte della Corte di Cassazione*, oltre alla sentenza n. 233 dello stesso anno della Corte Costituzionale. La svolta giurisprudenziale avvenuta nel 2003 con le citate sentenze è in linea con l’orientamento dottrinale che ammette il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento e che afferma la risarcibilità dei diritti della persona anche quando vengono lesi dalla violazione di obbligazioni (FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004; NAVARETTA – POLETTI, *I danni non patrimoniali*, Milano, 2004, pp. 59 ss.; PETTI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale e patrimoniale*, Torino, 1999). Tale orientamento riteneva che non si potesse condizionare il risarcimento in base alla fonte generatrice del *vulnus*. In particolare, si è sostenuto che negare tale risarcimento del bisogno o dell’interesse contrattualmente previsto, avrebbe, in taluni casi, lasciato completamente privo di tutela l’interesse del creditore (basti pensare, al riguardo, ai contratti volti a soddisfare bisogni di svago o di divertimento: ad esempio, i contratti di viaggio. In questi termini si esprime GAZZARA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003).

<sup>25</sup> Trib. Rovereto, 18 ottobre 2009.

<sup>26</sup> Così, dato per presupposto di codesta considerazione l’inadempimento del debitore, questi si troverebbe nella condizione di dover risarcire il creditore questi sia portatore di un interesse non patrimoniale e vi sia inadempimento contrattuale del debitore, questi sarebbe tenuto a ricompensare il primo anche per la lesione dell’interesse non patrimoniale.

Per quanto riguarda poi le limitazioni, appaiono rilevanti sotto tale aspetto, oltre alla già citata previsione di cui all'art. 1174 c.c., nel senso che l'interesse non patrimoniale deve comunque essere dedotto in contratto, anche gli artt. 1123 e segg. c.c., secondo i quali risulta risarcibile il solo danno prevedibile (art. 1225 c.c.) e deve tenersi in debito conto l'eventuale comportamento colposo del debitore (art. 1227 c.c.). A conferma di questa *vis expansiva* della teorica della Cassazione, ancor si aggiunge: “*la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell’apertura dell’art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve essere consentito all’interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l’ordinamento, ma di rango costituzionale, attenendo a posizioni inviolabili della persona umana*”<sup>27</sup>. La medesima pronuncia, argomentando in base all'art. 32 della Costituzione, ha qualificato come costituzionalmente garantito il diritto alla salute e, in una precedente sentenza, argomentando questa volta in base agli artt. 2 e 3 della Costituzione, i diritti all'onore e alla reputazione che comportano, una volta lesi, la risarcibilità del danno non patrimoniale anche nell'evenienza in cui il fatto illecito rilevante non costituisca una condotta integrativa di un reato<sup>28</sup>.

Non sembra perciò inconferente con tale lettura riconoscere, a fini di una equa riparazione del danno, il diritto di considerare quel danno come *species* di danno biologico *lato sensu* inteso, che si genera appunto dalle tensioni e dalle sofferenze patite per la mancata disponibilità di denaro che, turbando la vita di relazione ed imprenditoriale, non possono che ripercuotersi gravemente sulla condizione del creditore<sup>29</sup>. In conclusione, vista la potenziale

---

<sup>27</sup> Così Cass., Sez. Un., n. 26972/2008.

<sup>28</sup> Si veda Cass., 14 ottobre 2008, n. 25157.

<sup>29</sup> Concorre ad avvalorare tale prospettazione anche la circostanza che il progetto di unificazione del diritto europeo dei contratti – c.d. *Draft Common Frame of Reference* – accogliendo un'impostazione divenuta comune a molte realtà giuridiche proprie degli Stati Membri, alla *Section 7*, rubricata *Damages and interest* e, nello specifico, all'articolo III. – 3:701 (*Right to damage*), contempli espressamente nel novero dei danni risarcibili a titolo di inadempimento dell'obbligazione da parte del

gravosità del danno e la eccezionale rilevanza dei beni giuridici oggetto di tutela, a memoria degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, la Suprema Corte prevede la possibilità che una medesima condotta generi due diversi tipi di responsabilità<sup>30</sup> ed enfatizza le differenze

---

debitore, anche la cd. *non-economic loss*, comprensiva di “*pain and suffering and impairment of the quality of life*”. In particolare, il testo completo della disposizione in esame così recita: (1) *The creditor is entitled to damages for loss caused by the 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.* Dalla norma emerge la tendenza del ruolo sempre più centrale assunto dai valori post-acquisitivi nel diritto delle obbligazioni e la sempre maggior rilevanza del criterio interpretativo teleologico nella individuazione del fascio delle posizioni risarcibili al fine di proteggere l’integrità del singolo rapporto obbligatorio. Ancora una volta si esprime l’anelito che il risarcimento debba rimettere il creditore nella stessa posizione nella quale si sarebbe trovato se la prestazione fosse stata correttamente eseguita. La norma, quindi, colpisce anche la mancata esecuzione della prestazione in sé stessa considerata per il pregiudizio che la stessa crea. Sulla stessa lunghezza d’onda si colloca l’articolo 9.501 dei principi di diritto europeo dei contratti che stabilisce che il danno risarcibile comprende (i) il danno non patrimoniale e (ii) il danno futuro ragionevolmente prevedibile; nonché l’articolo 7.4.2. dei principi UNIDROIT secondo cui il danno “può essere di natura non pecuniaria e comprendere la sofferenza fisica e morale”. In particolare, il commento ufficiale relativo a tale ultimo articolo espressamente prevede che il pregiudizio morale può consistere nel dolore e nella sofferenza, nella perdita di certi agi della vita, nel pregiudizio estetico nonché del danno derivante dalla lesione all’onore e alla reputazione. Prosegue tale commento affermando che il risarcimento in questi casi può assumere forme diverse e spetterà al giudice decidere quale di queste – combinata eventualmente ad altre più tradizionali – possa garantire un integrale ristoro al danneggiato.

<sup>30</sup> Il concetto di danno non patrimoniale, come è stato autorevolmente sostenuto, può riferirsi sia all’ambito di responsabilità contrattuale che a quello extracontrattuale (così LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004, pp. 83 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 470). Per completezza espositiva, occorre dar conto dell’esistenza di un orientamento contrario che esclude la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. Taluno ha, difatti, sostenuto che “*qualora la responsabilità risulti fondata su un titolo contrattuale, non potrà essere concesso il risarcimento del danno morale, in quanto quest’ultimo, ai sensi dell’art. 2059 c.c., è conseguente solo a fatti costituenti reato e, quindi, a responsabilità aquiliana*” (Trib. Lucca, 18 gennaio 1992, in *Foro it.*, 1993, I, p. 264). In ambito dottrinale, si è sostenuto che il danno non patrimoniale da inadempimento non possa essere risarcito in quanto vi sarebbe il pericolo di una maggiore estensione di quest’ultimo rispetto al danno derivante da illecito. Il sistema risulterebbe così squilibrato (cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale*

che intercorrono fra le due diverse conseguenze – una patrimoniale ed una non patrimoniale – e, pertanto, differentemente le tratta e le liquida<sup>31</sup>.

#### **4. Del danno da mancata disponibilità della somma: per una ricostruzione in chiave unitaria degli “interessi”.**

Tornando al caso in analisi, come si diceva, l’obbligazione principale del committente è configurata nell’obbligo di pagamento di una somma di denaro: tipico caso di obbligazione pecuniaria. Questa prestazione si sdoppia però in una principale – il pagamento della somma pattuita *ex contractu* – ed in una a carattere accessorio, avente pure essa contenuto pecuniario: il pagamento degli interessi<sup>32</sup>. Onde

---

*e extracontrattuale*, a cura di Visintini, Milano, 1984, p. 116; ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, pp. 77 ss.). Tuttavia, altra parte della dottrina, favorevole alla concessione del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, ha sostenuto che la mancata esclusione di tale danno da parte del legislatore consenta di presumere che lo stesso sia consentito o, tutt’al più, debba essere oggetto di valutazione e non di esclusione a priori (DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, Milano, 1993, p. 53 ss.). Restano a questo punto da definire i limiti del risarcimento in questione, onde evitare una proliferazione di richieste di risarcimento senza alcun limite. E’ stato suggerito, al riguardo, che i limiti possono fondarsi sulle norme in materia di obbligazione; precisamente, affinché gli interessi non patrimoniali assumano rilevanza, è necessario che gli stessi abbiano influito sulla determinazione del contenuto del contratto o sul suo contenuto (così COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1987, p. 128.

<sup>31</sup> Il danno non patrimoniale risulta, come è ben noto, di difficile liquidazione; il giudice ha il compito di monetizzare la lesione di interessi che molto difficilmente possono essere suscettibili di una valutazione economica. Ben per questo, in base all’art. 1226 c.c., si opta per una liquidazione su base di valutazione equitativa del giudice (vedi Cass., 20 febbraio 2009, n. 4240). A seguire, in riferimento al solo danno biologico, il legislatore ha predisposto le c.d. “*tabelle*” che quantificano in termini economici le menomazioni all’integrità psicofisica del danneggiato lasciando peraltro al giudice la facoltà di prescindere dall’automatica applicazione delle tabelle per propendere a favore di una valutazione equitativa (artt. 138 e 139 del D.lgs. n. 209/2005).

<sup>32</sup> Il tema degli interessi costituisce anche un grande classico della letteratura economica. Una semplice ricerca empirica vede, innanzitutto, un fiorire di pubblicazioni negli anni delle crisi economiche (fine ottocento e primi del novecento, anni delle guerre etc.) il tutto accompagnato anche da coeve reazioni legislative in tema di libera concorrenza (la legislazione antitrust, ha come data cardine il 1890 e si accompagna al nome della legge Sherman; la legge Clayton è

tracciare una tassonomia del tema, occorre subito rilevare che, la disciplina italiana in tema di interessi si caratterizza per una complessa articolazione, che trae la sua origine da tradizioni giuridiche differenti. Ai fini del presente lavoro risulta opportuno districarsi nei meandri della normativa basandosi sulla funzione giuridica che presidia l'intera disciplina degli interessi. Tale analisi parte necessariamente dagli indici normativi costituiti dagli artt. 1224<sup>33</sup>, 1282<sup>34</sup> e 1499<sup>35</sup> c.c. che, rispettivamente, rappresentano gli interessi moratori (dovuti dal debitore in mora al creditore), corrispettivi (dovuti al creditore su capitali lasciati nella disponibilità di terzi rappresentanti una specie di corrispettivo per il fatto che il debitore abbia fruito del denaro creditore) e compensativi (quelli dovuti al creditore di obbligazioni di valore, come ad esempio quelle somme dovute a titolo di risarcimento del danno)<sup>36</sup>.

---

invece datata 1914). L'interesse è stato oggetto di svariate definizioni da parte degli scienziati economici: in un primo momento, Fisher propone una tesi in contrasto con il pensiero classico (che identifica l'interesse con il rendimento netto dei beni capitali) arrivando a codificare l'interesse come quarta categoria distributiva dopo rendita, salario e profitto; successivamente lo stesso autore arriva a definire l'interesse come *“un modo di guardare a tutto il reddito, specificatamente quello di vederlo come una percentuale di valore capitalizzato di tutte le fonti di reddito”*. Un altro contributo di notevole spessore è stato apportato da BÖHM-BAWERK, *The positive theory of capital*, Londra, 1889, che più estesamente e complicatamente di ogni altro autore ha dimostrato come l'interesse derivi dall'interazione della preferenza temporale (principio psicologico di sottovalutazione del futuro) con la produttività fisica degli investimenti (principio della superiorità tecnica dei mezzi presenti di produzione).

<sup>33</sup> L'art. 1224, comma 1, c.c. recita testualmente: *“Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura”*.

<sup>34</sup> L'art. 1282, comma 1, c.c. così dispone: *“I crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente”*.

<sup>35</sup> L'art. 1499 c.c. recita testualmente: *“Salvo diversa pattuizione, qualora la cosa venduta e consegnata al compratore produca frutti o altri proventi, decorrono gli interessi sul prezzo, anche se questo non è ancora esigibile”*.

<sup>36</sup> Una nota a parte merita la disposizione di cui all'art. 1499 c.c., che rappresenta una novità del legislatore del 1942. La qualificazione di questa tipologia deriva direttamente dalla Relazione al codice che definisce compensativi quegli interessi individuati dalle disposizioni *ex art. 1499, 1815 e 1825 c.c.*. La dottrina (QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie, op. cit.*, p. 544) e la giurisprudenza con Cass., 26 giugno

Pur differenziandosi circa la natura, le funzioni e i presupposti, in realtà pare che in essi convivano unitamente i profili del danno e del vantaggio, con conseguente tendenziale superamento della distinzione funzionale, in favore di una reciproca integrazione tra le fattispecie, come espressione dell'unitario principio di onerosità delle obbligazioni pecuniarie, della decorrenza di pieno diritto degli interessi e della necessità di ricompensare il creditore per il danno subito<sup>37</sup>. La lettura di tali norme evidenzia la specialità delle regole dettate per il ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, ed insieme permette di cogliere appieno l'identità funzionale tra le disposizioni che prevedono gli interessi<sup>38</sup>.

---

1956, n. 299, in *Giurisprudenza italiana*, 1957, vol. I, p. 285 ha individuato come residuali queste fattispecie unificate esclusivamente per il solo requisito della decorrenza. Tale categoria, tipica dei contratti sinallagmatici, compensa il creditore per il mancato godimento dei frutti del bene consegnato nelle more del pagamento: il creditore è depauperato per non aver ricevuto il pagamento e il danno è valutato in base alla illegittima apprensione dei frutti e dei proventi del bene *ex parte debitoris*. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, op. cit., p. 544 ss., sottolinea che gli interessi sono dovuti indipendentemente dall'esigibilità del prezzo, "in quanto ciò che importa è la circostanza che il creditore non abbia avuto, nel frattempo, il godimento dei frutti della cosa". LIBERTINI, op. cit., p. 110 ss., evidenzia, oltre all'esclusione del profilo dell'esigibilità, la portata dell'espressione "frutti o altri proventi", da intendersi, in senso estensivo, comprensiva non solo del reddito che il bene contribuisce a produrre, ma anche del "semplice risparmio di spesa" (si fa l'esempio di vendita di un appartamento destinato ad abitazione del compratore).

<sup>37</sup> Se, infatti, la disposizione dell'art. 1282 c.c. depone direttamente in tal senso, ai medesimi risultati si giunge analizzando la disposizione dell'art. 1224 c.c., non isolatamente, bensì coordinando la stessa con la disciplina generale della mora e quella particolare del luogo e del tempo dell'adempimento delle obbligazioni aventi per oggetto somme di denaro. Così INZITARI, *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, VI, Padova, 1983, p. 194; ma il riferimento alla suddetta funzione è generalizzato: si confrontino ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, nel *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja – Branca, 1979, p. 583, che indica negli artt. 1231 c.c.1865 e 1224 c.c. la funzione di liquidazione legale dei danni di mora; MARINETTI, voce *Interessi (diritto civile)*, nel *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 870, che li indica come risarcimento del danno dipendente dalla mora colpevole del creditore nell'adempire l'obbligazione.

<sup>38</sup> L'argomento sistematico è di INZITARI, voce *Interessi*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, VII, Torino, 1993, p. 576 ss.. Non sorprende, alla luce di quanto detto finora, che parte della dottrina abbia sostenuto che l'insistenza sulla separazione delle ipotesi rappresenti niente più che un ossequio alla tradizione. Per una generale

Come accennato, la funzione tipica e primaria dell'obbligazione di corrispondere gli interessi si colloca all'interno dell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie ed in particolare – soprattutto in base all'art. 1224 c.c. – trova la propria giustificazione funzionale nella difficoltà di quantificare il danno cagionato dal ritardato pagamento di una somma di denaro, seppur limitato ad una sua quantificazione minima.<sup>39</sup> La *reductio ad unum* della variegata (anche come

---

ricostruzione degli indirizzi dottrinali si consulti BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *op. loc. cit.*

<sup>39</sup> La via d'uscita è scorta da Fisher nel saggio di interesse perché è nella “traduzione del futuro nel presente” ovvero nella derivazione del valore del capitale (presente) dal valore del reddito (futuro) realizzato che si esplica la funzione del saggio di interesse, “ponte o legame tra reddito e capitale” Proprio nel soggettivismo della concezione di reddito consiste tutta la novità di questa definizione fisheriana di saggio di interesse, inteso non più semplicemente come prezzo del capitale dato a prestito ma come sconto temporale insito in ogni prezzo. Cfr. FISHER, *Are savings income?*, in *The American economic association*, vol. IX, M. I., aprile 1908, in particolare le pp. 3, 15, 23. Per l'evoluzione del concetto di reddito nel pensiero di Fisher, cfr. FISHER, *What is capital?*, in *The economic journal*, 1896, pp. 509-534 (qui esso era flusso di ricchezza nel tempo); poi FISHER, *The role of capital in Economic theory*, in *The economic journal*, 1897 (qui era già flusso di servizi nel tempo); e l'opera fondamentale, FISHER, *The nature of capital and income*, New York, Macmillan, 1906. Notevole è anche la teoria del saggio di interesse di Fisher poggia su concetti del tutto innovatori: *reddito* al posto di *capitale* e *sconto temporale* in luogo di *scarsità oggettiva*. La grande originalità di Fisher sta infatti nell'aver distinto il capitale dal reddito come quantità fissa (*stock*) diversa da corrente dinamica (*flow*) e nell'aver impostato tutto il suo discorso riguardante il capitale e l'interesse sulle *aspettative soggettive*; perché non solo il capitale deriva il suo valore dal reddito futuro che ci si attende da esso, ma, a sua volta, il reddito non è che una “serie di eventi psicici”, per cui è ciò che ci attendiamo di godere a costituire il vero reddito, non la moneta che ne facilita l'uso, né i beni reali che lo concretizzano. La prima infatti è solo un “velo” convenzionale, i secondi sono capitale di cui per ora interessa l'uso (il reddito) non l'entità (capitale). E' qui che il soggettivismo si rivela in tutta la sua stretta colleganza con il tempo, perché per alcuni beni quali il pane, l'uso (reddito) e l'entità (capitale) si può dire coincidano, mentre per beni durevoli, le abitazioni ad esempio, la differenza tra usi diluiti nel tempo e loro valore come capitale è ben precisa. Non è il saggio monetario d'interesse che quantifica il reddito ma l'aggio dei beni presenti sui futuri. V. KALDOR, *Per un'imposta sulla spesa*, Boringhieri, 1962. Esatto sarebbe dire di “scelta tra due investimenti alternativi”, “... un confronto di due opzioni, non semplicemente la capitalizzazione di una” secondo quanto dice Alchian in un breve ma validissimo articolo; cfr. ALCHIAN, *The rate of interest, Fisher's rate of return over costs and Keynes internal rate of return*, in *The American economic review*, 1955, pp. 938-943; FELDSTEIN, *The social time-preference discount rate in cost benefit analysis*, in *The economic journal*, 1964, pp. 360-379. Il saggio di interesse

collocazione sistematica) disciplina degli interessi può essere possibile riscontrando le sfere di operatività degli articoli in esame che lasciano margine a differenziazioni solo alla luce di profili tecnico-strutturali quali quelli dell'imputabilità e della liquidità. Infatti, dati per scontati i presupposti necessari per l'attribuzione degli interessi in favore del creditore di una somma di denaro (ritardo nell'adempimento<sup>40</sup> e mora del debitore<sup>41</sup>), per quanto riguarda il requisito soggettivo della colpa<sup>42</sup> questo, pur non essendo contemplato nell'art. 1224 c.c., viene

---

consente di calcolare il reddito (fine a cui tutte le grandezze economiche tendono) traducendo le aspettative future in termini di scelte presenti; una delle cause di formazione di questo sconto temporale è dovuto a ciò che Fisher definisce col concetto di *Impazienza*: essa consiste nella preferenza che gli individui mostrano in generale per il reddito godibile subito rispetto allo stesso goduto più tardi. SCHUMPETER, *Ten great economists: from Marx to Keynes*, 1951, New York: OUP (ora Londra, Routledge, 1997), p. 230 (traduzione di Anna Pellanda, introduzione a FISHER, *Opere*, a cura de Il sole 24 ore, vol. 17, parte I, p. 43).

<sup>40</sup> A riguardo, si ritiene comunemente che la situazione provvisoria di inadempimento così creatasi sia idonea a sfociare potenzialmente in due differenti soluzioni: la prima consiste nell'adempimento tardivo dell'obbligazione (o, quantomeno, in un'offerta di adempimento), l'altra, *ad excludendum*, è da rinvenirsi in una situazione definitiva di inadempimento che, in quanto inesatto adempimento dell'obbligazione sotto il profilo temporale, giustifica la richiesta di risarcimento. Per una composizione in termini unitari delle ipotesi di ritardo ed inadempimento ai fini dell'obbligo di risarcimento si confronti NATOLI – BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, pag. 224 ss.

<sup>41</sup> La disciplina relativa agli interessi moratori, da un lato integra il normale meccanismo di operatività della mora stessa, poiché la danno per presupposta e in termini generali vi fanno rinvio, e, dall'altro, vi deroga poiché la loro peculiarità richiede una disciplina differenziata.

<sup>42</sup> Di contro, per la corresponsione degli interessi c.d. corrispettivi, non rileva in alcun modo il profilo soggettivo, in quanto il vantaggio conseguito dal debitore per il fatto della prolungata disponibilità del denaro - in ragione del "*principio di fecondità*" dello stesso - determina il carattere automatico dell'attribuzione di tale categoria di interessi. Tale affermazione è supportata da un ormai consolidato orientamento della Cassazione, culminato nella pronuncia n. 10428 del 18.7.2002: "*gli interessi corrispettivi su di una somma di denaro decorrono dalla data in cui il relativo credito abbia acquistato carattere di liquidità ed esigibilità, a nulla rilevando ogni eventuale indagine sulla colpevolezza del ritardo nell'adempimento da parte del debitore, e senza che il creditore sia tenuto ad alcun atto di costituzione in mora, trovando l'obbligazione da interessi corrispettivi il proprio giuridico fondamento nella sola esigibilità della somma, e rappresentando la relativa decorrenza una conseguenza automatica del ritardo subito dal creditore nel godimento di quanto dovutogli*". Cass. III, sent. n. 10428 del 18-7-2002.

in rilievo in quanto costituisce il presupposto logico-giuridico della mora<sup>43</sup>.

Per quanto riguarda, invece, l'analisi del requisito della liquidità richiede una premessa di ordine sistematico. Innanzitutto, ai sensi del primo comma dell'art. 1219 c.c.: “*il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto*” e gli interessi moratori sono dovuti dal “*giorno della mora*”. Per quello che rileva ai fini della presente indagine, cioè il computo degli interessi sulla prestazione non adempiuta dal committente, la disciplina generale sulla costituzione in mora subisce una determinante deroga, predisposta appunto per le obbligazioni pecuniarie: *ex art. 1219, comma 2, lett. c)*, la costituzione in mora non è necessaria “*quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore [...]*”. Aggiungiamo inoltre che, in base all'art. 1182, comma 3, “*l'obbligazione avente per oggetto una somma di denaro deve essere adempiuta al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza [...]*”. Risulta quindi evidente che, coordinando le due disposizioni appena citate, gli interessi decorrono in maniera automatica per il solo fatto della scadenza del termine, se questo è stato fissato e l'obbligazione sia relativa al pagamento di una somma di denaro<sup>44</sup>. E' pacifico che, per la produzione degli interessi, il credito debba soddisfare i requisiti di: (i) certezza, (ii) esigibilità<sup>45</sup>, (iii) liquidità<sup>46</sup>. Se in base all'art. 1282 c.c. gli interessi sono attribuiti di pieno diritto su crediti esigibili e liquidi, tale requisito non è tra quelli indicati per l'operatività degli effetti di cui all'art. 1224 c.c. La

---

<sup>43</sup> GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, pag. 190 ss. si confronti anche DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 286 ss..

<sup>44</sup> Sostanzialmente, la costituzione in mora del debitore è necessaria per la produzione degli interessi nelle sole ipotesi di debito definito convenzionalmente ed eccezionalmente *querable*, o per quelle prive di termine o con termine a favore del creditore, alle quali tuttavia sembra doversi riconoscere carattere residuale. Così rilevano QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di dir. privato*, diretto da Rescigno, vol. 9, *Obbligazioni e contratti I*, Torino, 1984, pag. 540, INZITARI, *La moneta*, *op. cit.*, p. 218; NATOLI – BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 237.

<sup>45</sup> “*Quelli di cui il creditore è legittimato a chiedere l'immediato pagamento*”, cfr. TORRENTE – SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 365.

<sup>46</sup> Quelli “*il cui ammontare è determinato o determinabile mediante operazioni di mero conteggio aritmetico*”, cfr. TORRENTE – SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 365.

liquidità, dunque, rileverà in ogni caso per la corresponsione degli interessi corrispettivi mentre per quelli moratori, pur essendo in ogni caso rilevante, subirà le eccezioni della mancata liquidazione per colpa del debitore.

Recentemente, tuttavia, nell'ambito dei formanti dottrinale e giurisprudenziale si è venuto affermando un orientamento secondo cui la liquidità del debito è comunque condizione necessaria per la produzione di interessi di mora, indipendentemente dalle contestazioni che il debitore può avanzare a riguardo. In proposito la Suprema Corte si è espressa chiaramente: *“la liquidità del credito - e cioè la determinazione del suo ammontare in una quantità definita, o la sua determinabilità mediante meri calcoli aritmetici in base ad elementi o criteri prestabiliti dal titolo o dalla legge - è una caratteristica oggettiva sulla quale non incide l'eventuale contestazione da parte del debitore, che attiene all'accertamento del credito stesso, non alla sua consistenza. Pertanto un credito (nella specie da deposito su libretto bancario) fornito di tale caratteristica produce interessi di pieno diritto, ai sensi dell'art. 1282 cod. civ., ancorché sia contestato dal debitore”*<sup>47</sup>.

E' innegabile, a questo punto, che le differenze tra le due ipotesi di interessi *ex artt.* 1224 e 1282 c.c. appaiono notevolmente attenuate, soprattutto sotto il profilo funzionale: entrambe trovano, infatti, la loro collocazione nel quadro complessivo della tutela del creditore rispetto al problema del ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, problema che, a sua volta, si interseca con il più vasto settore delle norme dedicate alla responsabilità per inadempimento<sup>48</sup>.

*4.1. Interessi e maggior danno.* Alla luce delle difficoltà emerse dalla individuazione del danno subito dal creditore per un ritardato

---

<sup>47</sup> V. Cass. I, sent. n. 25365 del 29 novembre 2006.

<sup>48</sup> Ciò sembra giustificare qualche perplessità circa il mantenimento della distinzione tra interessi corrispettivi e interessi moratori che, seppure avallata dalla Relazione al Codice e seguita da ampi settori della dottrina, pare forse più un ossequio ad una lunga tradizione storica, piuttosto che la constatazione di una reale diversità funzionale tra le disposizioni; in questo senso GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 161.

pagamento e quindi di una necessaria semplificazione probatoria, si deve leggere il comma 2° dell'art. 1224 c.c., in base al quale: “*al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori*”. Gli elementi costitutivi della fattispecie del danno ulteriore sono:

- (i) imputabilità del ritardo al debitore: ciò che assume rilievo è la possibilità di ascrivere la colpa al debitore nell'adempimento<sup>49</sup>;
- (ii) onere della prova in capo al creditore: questi, al fine di poter ricevere un ulteriore indennizzo rispetto al tasso degli interessi moratori, deve dimostrare di aver subito un danno maggiore rispetto agli stessi.

La sussistenza a favore del creditore di questa opportunità risiede nelle normali regole risarcitorie in base alle quali è possibile ottenere l'ulteriore risarcimento del danno. In altre parole, il creditore ha diritto agli interessi per il solo fatto del ritardo ma potrà ottenere, in aggiunta ad essi, una somma per risarcire il maggiore pregiudizio che il ritardo stesso gli ha causato. Vista nell'ottica di una diversa prospettiva, la regola della risarcibilità del maggior danno coordinata con l'art. 1224, comma 1 c.c., traduce l'intento del formante legislativo di un più marcato *favor creditoris*. La *ratio* del microsistema qui individuato si basa sul fatto che il creditore godrà di un ristoro minimo costituito dagli interessi, ma non sarà limitato alla richiesta risarcitoria per il maggior pregiudizio causato dal ritardo<sup>50</sup>.

Un aspetto di estrema rilevanza è, inoltre, quello di stabilire il contenuto e la natura del maggior danno risarcibile ai sensi della disposizione analizzata. Alla luce di un'analisi operativa il nodo gordiano consiste nell'identificazione e nella quantificazione sia della perdita subita, sia del mancato guadagno, di cui alla regola generale dell'art. 1223 c.c. (che, com'è noto, prevede la corresponsione di un risarcimento comprendente sia il danno emergente che il lucro cessante, tanto nell'ipotesi dell'inadempimento definitivo che in

---

<sup>49</sup> Si tratta di ricostruzione unanime.

<sup>50</sup> Tale opportunità diventa inoperativa nel momento in cui le parti abbiano convenzionalmente stabilito la misura degli interessi dovuti in caso di mora.

quella di ritardato adempimento). Ma la questione di gran lunga più controversa, relativa all'applicazione della regola del maggior danno, riguarda la possibilità di risarcire *ex art.* 1224, comma 2 c.c., le conseguenze negative legate alla svalutazione della moneta sopraggiunta nel tempo della mora. Sul tema si è copiosamente pronunciata la Suprema Corte a chiarimento della sussistenza della succitata possibilità<sup>51</sup>.

Ai limitati fini del presente lavoro basti osservare che la risarcibilità del danno da svalutazione monetaria non tocca direttamente il problema degli interessi, assumendo rilevanza proprio all'interno dell'art. 1224 c.c., comma II, e cioè nell'ambito di una regola che, come si è visto, si richiama ai principi generali in tema di risarcimento del danno. Infine, è d'uopo rilevare che la svalutazione monetaria non muta né la qualificazione né la funzione degli interessi moratori, semmai essa dà diritto all'attribuzione di una somma ulteriore<sup>52</sup>; in sostanza, la stessa si presenta come un problema separato, seppure, ovviamente, intimamente connesso all'interno del diritto delle obbligazioni pecuniarie<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Si veda, *inter alia*, Cass., 20 gennaio 2009, n. 1335; Cass., S.U., 5 aprile 2007, n. 8521.

<sup>52</sup> Cass., 30 novembre 1978, n. 5670, in *Foro it.*, 1979, Parte I, volume I, cit. p. 15; DE MARTINI, *Rivalutazione del danno da fatto illecito e danno da ritardato pagamento*, in *Giur. Comp. Cass. Civ.*, 1951, II quadr., p. 1619 ss., nonché a FAVARA, *L'obbligazione degli interessi di fronte alla svalutazione*, in *Diritto Fallimentare*, 1951, Parte I, p. 263 ss.; Cass., Sezioni Unite, 4 luglio 1979, n. 3776, in *Foro It.*, 1979, Parte I, vol. 2, p. 2622 ss., con nota di PARDOLESI, *Interessi e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*; Cass, 5 giugno 1985, n. 3356, in *Foro it.*, 1985, Parte I, vol. 2, cit. p. 2239 ss. con nota di PARDOLESI; Cass., 2368/1986, in *Foro it.*, 1986, Parte I, vol 1, p. 1266 ss., con nota di PARDOLESI, *Le Sezioni Unite su debiti di valuta e inflazione : orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, e di AMATUCCI, *Svalutazione monetaria, preoccupazioni della cassazione e principi non ancora enunciati in materia di computo di interessi*, e p. 1540 ss., con nota di VALCAVI, *Ancora sul risarcimento del maggior danno da mora delle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato rivalutazione monetaria*, e in *Foro it.*, 1986, Part I, volume 2, p. 3034 ss, con nota di QUADRI, *Danni nelle obbligazioni pecuniarie: la via all'ulteriore risarcimento*; Cass. 3004/1986, in *Foro it.*, 1986, Parte I, volume 1, p. 1261 ss.; di recente si confronti Cass., Sez. I, 27 novembre 2001, n. 15020, in *Il corriere giuridico*, n. 1/2002, p. 15 ss...

<sup>53</sup> La diminuzione della pressione inflattiva, se da un lato annulla la rilevanza giuridica di un danno da svalutazione, dall'altro non cancella il potenziale

Relativamente alla prova del maggior danno, importanti risultati sono stati raggiunti dalla Corte di Cassazione italiana, la cui prassi giurisprudenziale ha visto l'applicazione della regola del maggior danno in relazione al risarcimento dei danni conseguenti all'inflazione e che, considerando la regola in questione come un *modus operandi* generalizzato<sup>54</sup>, ha riconosciuto la notevole discrepanza che intercorre tra creditori con differenti qualità professionali. Il mancato conseguimento tempestivo della somma di denaro, proprio in considerazione di ciò, ha sul patrimonio del creditore una minore o maggiore incidenza. Tale principio è fermamente supportato dall'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte secondo la quale *“in tema di danni nelle obbligazioni pecuniarie, spetta al creditore, a norma dell'articolo 1224 del cod. civ., di fornire la prova del richiesto maggior danno rispetto agli interessi legali, restando escluso ogni automatismo nella determinazione del danno da*

---

pregiudizio versante sul creditore. Infatti, dal momento che il riferimento alla svalutazione (*rectius* maggior danno accordato al creditore a causa della perdita del potere di acquisto del denaro) rileva nella misura in cui l'interesse legale sia inferiore al tasso di svalutazione, appare facilmente comprensibile come, nel caso in cui ci si attesti attorno ad un'inflazione di tre punti percentuali, questa viene ad essere completamente ristorata da un tasso legale – tra l'altro come quello attuale – di misura equivalente. Dal punto di vista giuridico non si verifica un pregiudizio rilevante. D'altro lato, è lapalissiano che, qualora il creditore fosse stato nella necessità (o anche nella opportunità) di dover ricorrere al mercato dei prestiti per una somma equivalente, avrebbe dovuto corrispondere all'ente erogatore una voce interessi più tonante (o, se si volesse cambiare ancora una volta angolatura, avrebbe potuto, avendo a disposizione la somma in questione, ottenere rendimenti più elevati). Questo perché il tasso di interesse nasce dal risultato di più componenti economiche (ben individuate da Pardolesi nelle opere citate nella nota che precede e nel suo ultimo lavoro sul tema nota a Cass. S.U., 16 luglio 2008, n. 19499, *Debiti di valuta “danno da svalutazione” (e il “disgorgement” che non ti aspetti)*, costo del denaro, rischiosità soggettiva, aspettativa di deprezzamento della moneta) e di conseguenza, qualora venisse offerto ristoro solo per una di queste, le altre due rimarrebbero senza copertura. La drammatica conseguenza di tutto ciò si riflette nella creazione di un inconsapevole incentivo per il debitore alla dilazione del pagamento visto che, l'osservazione è invero assai banale, diventa più favorevole per questi il risarcimento di tali oneri accessori (gli interessi) rispetto al reperimento di un egual quantitativo di denaro sul mercato. E' come se il legislatore, con l'avallo della giurisprudenza, avesse introdotto per il debitore un caso, ancora una volta inconsapevolmente, di cd. *efficient breach*, si veda in proposito, COOTER – MATTEI – MONATERI – PARDOLESI - ULEN, *Il mercato delle regole*, 2a ed., Bologna, 2006, II, p. 201 ss..

<sup>54</sup> Il rilievo è in PARDOLESI, in nota a Cass., 5 giugno 1985, n. 3356, in *Foro it.*, 1985, Parte I, vol. 2, p. 2239 ss..

*svalutazione monetaria. La prova del maggior danno può essere ricavata dai fatti notori e da presunzioni collegate alla qualità e alle condizioni personali del creditore da cui possano desumersi, secondo una valutazione di probabilità e normalità, il tipo e le modalità d'impiego del denaro*"<sup>55</sup>.

Per almeno un trentennio la Corte di Cassazione, con una serie di pronunce culminanti in quelle famosissime nn. 3776/1979<sup>56</sup> e 1265/1986<sup>57</sup>, ha ammesso la possibilità di ricorrere a presunzioni di danno riferibili a categorie soggettive idealtipiche di creditore per soddisfare i requisiti probatori previsti dal II comma dell'art. 1224 c.c.: le ormai note ed ampiamente commentate categorie del creditore imprenditore, creditore risparmiatore abituale (anche noto come "investitore occasionale") e, infine, del creditore modesto consumatore, vengono tipizzate sulla base di "dati notori acquisiti dalla comune esperienza e desumibili dalle condizioni e qualità personali del creditore"<sup>58</sup>. Tale creazione giurisprudenziale intendeva offrire al creditore inappagato, in caso di obbligazioni pecuniarie, una via per non limitare al livello indicato dall'inflazione il danno da svalutazione, nel rispetto del principio in base al quale incombeva al creditore dimostrare che il pagamento puntuale lo avrebbe messo nella condizione tale per cui vi era la possibilità di evitare (o almeno limitare) gli effetti depauperatori della svalutazione monetaria; ma in base a questi *arrets* il creditore veniva favorito dalla creazione di presunzioni con conseguenti dati economici acquisiti dalla comune esperienza. In linea con questi precedenti, tanto influenti da sembrare "binding", l'organo nomofilattico ha mantenuto fermo il timone della certezza del diritto, affermando costantemente, *ex multis* "Nel caso in cui il creditore, del quale non sia controversa la qualità di

---

<sup>55</sup> V. Cass. 27 dicembre 96, n. 11507.

<sup>56</sup> Cass., S.U., 4 luglio 1979, n. 3776, *Foro it.*, 1979, I, p. 1678.

<sup>57</sup> Cass., S.U., 5 aprile 1986, n. 2368, *Foro it.*, 1986, I, p. 1265.

<sup>58</sup> Così PARDOLESI, *Le Sezioni Unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, *op. cit.*, p. 1270, il quale cita direttamente il dispositivo di Cass. 3776/1979 che si richiama a sua volta a Cass. 5670/1978. Sul punto anche QUADRI, *Danni nelle obbligazioni pecuniarie: la via delle sezioni unite all'ulteriore risarcimento*, in *Foro It.*, 1986, Parte I, vol. 2, p. 3035 ss. ed in particolare p. 3037.

*imprenditore commerciale, deduca di aver subito dal ritardo del debitore nell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria un pregiudizio conseguente al diminuito potere d'acquisto della moneta, non è necessario, ai fini del riconoscimento del maggior danno ragguagliato alla svalutazione monetaria, che egli fornisca la prova di un danno concreto causalmente ricollegabile all'indisponibilità del credito per effetto dell'inadempimento, dovendosi presumere, in base all' "id quod plerumque accidit", che, se vi fosse stato tempestivo adempimento, la somma dovuta sarebbe stata utilizzata in impieghi antinflattivi, a condizione che nel periodo di ritardo nell'adempimento, successivo alla nascita del credito, sia continuato l'esercizio dell'attività commerciale"*<sup>59</sup>.

Quella che, ai fini della presente indagine, riveste maggior rilievo è la figura del creditore imprenditore, traducibile in termini economici con l'operatore commerciale (declinato in tutte le accezioni possibili, a patto che possa rientrare nella categoria economica di imprenditore). Orbene, con riferimento a tale categoria, potevano essere fatte valere due presunzioni:

- (a) quella relativa all'utilizzo del denaro nel ciclo produttivo in base ad un criterio di normalità, in modo da quantificare l'ammontare approssimativo del danno con il risultato medio dell'attività in un certo lasso temporale;
- (b) quella relativa al costo del denaro, identificata nella differenza tra interesse legale e il diverso tasso di interesse praticato dalle banche alla miglior clientela per il credito a breve termine, c.d. *prime rate*<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Cass., 27 ottobre 2004, n. 20807. Dello stesso avviso, Cass., 7 gennaio 2004, n. 58; Cass., 16 luglio 2002, n. 10304; Cass., 21 febbraio 2002, n. 2508; Cass., 23 aprile 1998, n. 4184; Cass., 5 aprile 1996, n. 3187.

<sup>60</sup> Questo secondo dato economico si fonda sul presupposto che l'imprenditore debba, ai fini professionali, reperire sul mercato, con ovvi maggiori costi, la liquidità necessaria che si traduce in una estrinsecazione di danno emergente. Tale presunzione è quella che si applicherà nel caso in cui l'azienda non produca utile ma sia in pareggio o in perdita, in quanto non vi è nulla da presumere in merito all'entità della somma mancata.

Per concludere, dal punto di vista probatorio il danno ulteriore non può essere genericamente presunto, ma può essere concretamente dimostrato anche tramite l'impiego di presunzioni idonee a fornire la prova del danno specifico<sup>61</sup>, lasciando, comunque, a carico del creditore l'onere di provare la sua appartenenza ad una categoria<sup>62</sup>. In definitiva, le Sezioni Unite hanno incorporato nel sistema giuridico la concezione che, per quanto riguarda l'imprenditore, l'onere probatorio si atteggiasse diversamente in relazione ai due criteri testé citati: per quanto riguarda il criterio sub b) il creditore avrebbe dovuto dimostrare di trovarsi in una situazione imprenditoriale *lato sensu* intesa, tale da far presumere la necessità di un ricorso al credito (ciò è facilmente presumibile per le piccole-medie imprese che normalmente si autofinanziano, se ne hanno la possibilità); in relazione al criterio sub a), per converso, l'imprenditore deve provare la redditività del denaro investito nella propria impresa e tale evenienza – seppur più complessa – poteva basarsi presuntivamente sulle vicende della propria singola impresa tra le quali ovviamente rientra ovviamente l'andamento del fatturato per liquidità impiegata<sup>63</sup>.

Tale orientamento è stato oggetto di parziale revisione da parte della Cassazione<sup>64</sup>. La pronuncia in esame ha cercato di ulteriormente semplificare la tassonomia pregressa – almeno – sul piano formale. Infatti, sono venute meno le presunzioni fin qui operanti in merito al

---

<sup>61</sup> Su tale orientamento si confronti anche, per le pronunce più risalenti, DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* a cura di Walter Bigiavi, Torino, 1970, p. 484 ss.; si confronti inoltre VALCAVI, *Ancora sul risarcimento del maggior danno da mora delle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato o rivalutazione monetaria*, *op. cit.*, p. 1540 ss..

<sup>62</sup> Concretamente, egli avrà interesse a dimostrare di non essere un semplice consumatore, al fine di godere di un trattamento più favorevole: VALCAVI, *op. cit.*, p. 1544.

<sup>63</sup> Se lo storico dei fatturati dell'impresa dovesse passare da una regolare plusvalenza, poniamo, di 100, in un dato arco temporale, e (premessa maggiore) se a seguito di inadempimento vuoi di un committente, vuoi di un debitore, il fatturato drasticamente crollasse a 0 (premessa minore), la concretizzazione di questa presunzione non potrebbe che tener conto di questa drammatica conseguenza economica (sintesi). Il ricorso alla metodologia aristotelica ben semplifica un dato facilmente comprensibile agli operatori.

<sup>64</sup> Cass., S.U., 16 luglio 2008, n. 19499.

normale impiego del denaro, restando d'altro canto possibile una personalizzazione in base alle regola sulla prova. Da un lato, quindi, sarà così consentita al debitore la prova che il creditore non abbia subito danni causati dal proprio inadempimento o che li ha subito in misura inferiore al saggio degli interessi legali, sicchè nulla gli è dovuto, in aggiunta a quelli, per maggior danno: ovviamente sarà diabolica la ipotetica prova di una condotta economicamente inefficiente (perché, ad esempio, gli investimenti del creditore nel periodo si sono risolti in una perdita, etc.). Dall'altro lato, il creditore potrà provare che il danno da ritardo è stato invece maggiore del rendimento netto dei titoli di Stato (ad esempio, perchè questi ha dovuto ricorrere al credito bancario, ovvero per la perdita di investimenti maggiormente remunerativi a causa di mancanza di liquidità, o per altre particolari vicende). Ciò sarà ancora concesso non per l'appartenenza del creditore ad una data categoria, ma perché il risarcimento va sempre adeguato al danno effettivamente subito<sup>65</sup>.

Il sistema in questo modo creato diventa più unitario e facilmente ricostruibile. In definitiva, il creditore imprenditore (come del resto ogni creditore) conserva il titolo alla pretesa di un maggior danno, salva la prova contraria spettante al debitore. Per soddisfare questa richiesta probatoria ci si potrà facilmente rifare alla produzione di documentazione atta a comprovare il ricorso alle diverse forme di approvvigionamento di liquidità e dei relativi costi con l'aggiunta che, tenendo fermi come parametri la dimensione dell'impresa e l'entità della somma mutuata, tale necessità sia stata almeno presumibilmente causata dall'inadempienza del debitore.

Quando invece, e la considerazione diventa più pregnante, il risarcimento del danno scaturisca da una domanda correlata all'utilità marginale netta dell'impresa nelle more dell'inadempimento, perché si possa raggugliare il maggior danno ai mancati utili, l'imprenditore

---

<sup>65</sup> La Suprema Corte si mostra conforme al dettato legislativo nel momento in cui si considera l'art. 1226 c.c., interpretato in senso tale che il ricorso alla valutazione equitativa nella liquidazione del danno diviene possibile, non solo nel momento in cui non sia possibile provare in maniera esatta l'entità del danno, ma anche nel momento in cui quella prova risulti essere particolarmente complessa o costosa anche con riferimento fatto agli interessi dedotti in giudizio, ovvero, quando il risultato di tale attività probatoria sia poco attendibile.

dovrà produrre o il bilancio con il relativo conto economico ovvero idonee scritture contabili, sempre con l'avvertenza che la somma dovuta sarebbe stata presumibilmente utilizzata nell'ambito dell'impresa.<sup>66</sup>

In conclusione, limitatamente a quanto rileva in questa sede ed in linea di principio, perché la disciplina in tema di risarcimento del danno da inadempimento di un'obbligazione pecuniaria sia effettiva, la somma dovrà essere tale da garantire il sostanziale ristoro del creditore<sup>67</sup>. Del

---

<sup>66</sup> Attribuire agli interessi il ruolo di equilibratore tra due prestazioni in una obbligazione commutativa è il portato della analisi economica. FISHER, *Theory of Interest*, New York, 1930, p. 1152-1157, per esempio, vede nel saggio di interesse quell'elemento in grado di portare all'eguaglianza i due membri dell'equazione di scambio. Mentre ritroviamo, tra gli altri, in MASERA, *Tassi di interesse e prezzi nella recente esperienza italiana*, Mercurio, 1971, pp. 63-69, l'idea che il saggio di interesse sia una variabile onnicomprensiva. L'autore dice: "il saggio di interesse è un'entità che riassume mirabilmente la forza logica e il conseguente comportamento economico umano essendo la risultante di tutti i fattori che operano, entro un determinato arco temporale, sulla formazione e sull'uso del risparmio sia sotto il profilo reale che sotto quello monetario." Di grande momento sarebbe anche il riferimento alla teoria della *anelasticità* delle aspettative dei tassi di interesse futuri e quindi della conseguente "preferenza per la liquidità" che giustifica in ogni caso un premio per la mancata disponibilità di una somma di denaro che sarebbe dovuta. La letteratura data questa teoria già a Keynes, ma limitandoci ai nomi più diffusi anche tra la scienza giuridica ricordiamo sul tema MODIGLIANI, *Liquidity preference and the Theory of interest and money* (1944), in *Readings in Monetary theory*, a cura di LUTZ - MINTS, Filadelfia, Blakiston, 1951; MEADE - ANDREWS, *Summary of replies to questions on effects of interest rates*, in *Oxford economic papers*, n. 1, ottobre 1938, pp. 14-31; HICKS, *Liquidity*, in *The economic journal*, 1962, pp. 787-799; SHACKLE, *Recent theories concerning the nature and the role of interest*, in *The economic journal*, 1961, pp. 209-253, in particolare le pp. 211-222 e la bibliografia finale.

<sup>67</sup> In linea con questa interpretazione volta a ripristinare nello stato economico pre-inadempimento il creditore, si devono interpretare anche le nozioni di danno subito e mancato guadagno - proprie dei codici civili di matrice francese - che esprimono in altri termini il concetto della *Differenztheorie* propria del linguaggio della Pandettistica. In altre parole, danno emergente e lucro cessante non rappresentano un "criterio di calcolo" del danno subito, bensì esprimono un principio generale in base al quale il risarcimento deve essere *integrale*. Cioè, "per essa il risarcimento deve coprire l'intera area della funzione attributiva, e dunque non solo tutta la ricchezza acquisita, ma anche tutta quella legittimamente acquisibile, a misura che rientrano nell'ambito dell'attribuzione normativa protetta dal dispositivo risarcitorio non solo i diritti sui beni materiali e immateriali ed il relativo valore di scambio ma anche qualsiasi altro potere appropriativo ed il controvalore in denaro che il suo esercizio consentirebbe di acquisire". BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 70. Relativamente a tale dottrina di origine pandettistica si esprime un'altra voce della dottrina (GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni*

resto, già Ascarelli, rispetto al codice previgente, notava: “ormai da molti anni, e presumibilmente sarà così ancora per molti altri, il tasso dell’interesse del denaro è superiore a quello legale: da molti anni, e sarà così ancora per molti altri, il tasso ufficiale dello sconto, e conseguentemente anche quello dell’interesse nel mercato, cambia con notevole frequenza. Il debitore moroso condannato pertanto al risarcimento del danno nella misura dell’interesse legale, viene a risarcire un danno quasi sempre inferiore a quello provocato; la mora diviene una speculazione, un comodo mezzo per disporre di una somma di denaro al 5%, anziché al 5,5% o al 6%. E’ necessario dire che tutto ciò è assurdo?”<sup>68</sup>.

### **5. La direttiva 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.**

Il legislatore comunitario, vista la rilevanza del regolare adempimento delle obbligazioni pecuniarie ai fini di garantire lo sviluppo del mercato e le libertà economiche fondamentali<sup>69</sup>, è intervenuto sul

---

*relative al danno da illecito antitrust, in Funzioni del diritto privato, op. cit., p. 217) che fa risalire la Differenztheorie all’elaborazione del Mommsen identificando il danno risarcibile con il c.d. danno patrimoniale differenziale i.e. “la differenza fra la situazione patrimoniale seguita all’illecito (sottraendo) e la situazione patrimoniale ipotetica che si sarebbe determinata in mancanza dell’illecito (minuendo)”. D’altra parte, l’ultima dottrina qui citata (GENOVESE, op. ult. cit., p. 222-223) rileva come nessun risarcimento (compensativo) può realmente eliminare il loss scaturente dalla condotta illecita: “la responsabilità non può in nessun caso, come una moviola, riportare il danneggiato nella situazione (patrimoniale) in cui si trovava prima dell’illecito. La serie degli accadimenti innescata dal comportamento illecito è irreversibile come, del resto, qualunque altra serie di eventi. Il risarcimento, dunque, muta soltanto l’allocazione soggettiva (provvisoria) di una parte di ricchezza monetaria, che transita dal danneggiante al danneggiato. In questo senso, il risarcimento opera una compensazione di carattere intersoggettivo: accresce il patrimonio del danneggiato e diminuisce quello del responsabile, ovvero rialloca una parte di ricchezza liquida”.*

<sup>68</sup> ASCARELLI, *Limiti di applicabilità dell’art. 1231 cod. civ.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1930, p. 392.

<sup>69</sup> Per meglio comprendere l’importanza e la portata del fenomeno del ritardo nel pagamento nelle transazioni commerciali basti analizzare le risultanze dell’analisi conoscitiva condotta dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la quale, raccogliendo le opinioni di alcune associazioni di categoria, ha rilevato quanto segue: la tempistica del pagamento varia da un minimo

tema promulgando la direttiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 giugno 2000, relativa alla “*lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*”<sup>70</sup>. Tale testo assolve a diverse funzioni.

Innanzitutto, predispose un sistema di compensazione per il creditore in grado di attenuare le conseguenze negative derivanti dall’inadempimento del debitore di un’ obbligazione pecuniaria. È principalmente per porre rimedio a tale situazione, oggi acuita dalla crisi globale, che la direttiva è stata concepita. Infatti, i ritardi di pagamento impongono pesanti oneri amministrativi e finanziari alle imprese ed in particolare a quelle di piccole e medie dimensioni ma anche agli artigiani e ai lavoratori autonomi, in quanto tali categorie risultano più deboli sul piano finanziario, amministrativo ed economicamente dipendenti in taluni casi da una ristretta clientela di grandi aziende private o pubbliche<sup>71</sup>. Tali oneri costituiscono una tra le principali cause d’insolvenza e determinano, per tali motivi, il

---

di 92 giorni sino ad un massimo di 664 giorni. I ritardi sono in particolare determinati da tre fattori: (i) vischiosità burocratiche interne della pubblica amministrazione (32,5%), (ii) tempi di emissione dei certificati di regolare esecuzione (46,3%) e (iii) dei mandati di pagamento da parte delle stazioni appaltanti (29,6%). L’analisi ha condotto anche a differenti risultanze a livello territoriale: nel Nord-Est solo il 36,4% delle imprese ha segnalato ritardi che superano i due mesi, mentre nel Nord-Ovest e nel Centro-Sud le percentuali salgono rispettivamente al 61,5% e al 63,3% (cfr. *Relazione annuale 2009 dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* - Roma, Camera dei deputati - 22 giugno 2010).

<sup>70</sup> Nonostante la Direttiva statuisca il dovere per ogni Stato di attuare tale corpo normativo, si può sottolineare come la presenza di disposizioni altamente dettagliate la possano qualificare come “*Direttiva orizzontale*” la cui applicazione nell’ambito di ogni singolo Paese dell’Unione Europea prescinde dalla legge di recepimento. Si veda, TORTORICI, *Il recepimento della Direttiva 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi nei pagamenti: due soluzioni a confronto*, reperibile sul sito <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/8467.pdf>.

<sup>71</sup> Secondo il rapporto della Commissione Europea sul ritardo nei pagamenti nei rapporti commerciali – GUCE, C, 216/10, del 17 luglio 1997 – un fallimento su quattro è addebitandole al ritardo con il quale l’imprenditore riceve ciò che gli era dovuto. Sempre da tale rapporto emergeva che all’interno dell’Unione Europea vi erano significative discrasie sia relativamente ai termini di pagamento (si passava da una media di circa 32 giorni riscontrata nei Paesi scandinavi, agli 87 giorni rilevati in Italia ed ai 94 rilevati in Grecia) sia circa i ritardi nei pagamenti; in particolare, i ritardi relativi alle grandi imprese avevano una frequenza doppia rispetto a quelli addebitabili alle piccole e medie imprese.

rischio di effetti a catena e conseguenti insolvenze la perdita di numerosi posti di lavoro.<sup>72</sup> Inoltre, i ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri per i bassi livelli dei tassi degli interessi di mora e/o dalla lentezza delle procedure di recupero.<sup>73</sup>

Interconnessa a tale finalità, si colloca da un lato, il fatto che i ritardi di pagamento costituiscono “*un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno*” e, dall’altro lato, che la diversità di tutela, incidendo direttamente sui costi delle imprese per il mancato conseguimento delle somme dovute e sulla possibilità di svolgere attività in tutto il mercato interno a condizioni sostanzialmente omogenee, costituiscono un ostacolo alla libera concorrenza, nonché una limitazione della libera prestazione di servizi: tali eventi alla lunga creerebbero distorsioni alla concorrenza.

Un’ulteriore finalità è bene spiegata dal *considerando* (19) in base al quale si evince che la direttiva dovrebbe proibire l’abuso della libertà contrattuale in danno del creditore. Nel caso in cui un accordo abbia principalmente l’obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, o nel caso in cui l'appaltatore principale imponga

---

<sup>72</sup> In tale quadro, gli interessi così concepiti, ricoprono anche il ruolo di deterrente rispetto alla prospettiva del ritardo. Questo rapporto tra saggio di interesse e problemi dell’occupazione non costituisce una novità per la letteratura economica che ne scorge il ruolo di regolatore della produzione, della disoccupazione e dei prezzi. Il problema della disoccupazione, più nello specifico, può essere regolato agendo sul saggio d’interesse, che rappresenterebbe una variabile indipendente della funzione “domanda della moneta” se interpretata nell’ottica speculativa. Si veda, *ex multis*, KLEIN, *Theories of effective demand and employment levels*, in *The journal of political economy*, aprile 1947, pp. 108-131; HICKS, *Keynes’ Theory of employment*, in *The economic journal*, 1936, pp. 238-253; MODIGLIANI, *Liquidity preference and the Theory of money and interest*, in *Econometrica*, 1944, pp. 45-88; SAYERS, *Il tasso di interesse come strumento di politica economica*, in *Moneta e credito*, 1951, pp. 5-17.

<sup>73</sup> Come si evince dai *considerando*, tale funzione dalla già esposta osservazione, che nell’ottica del debitore i ritardi nel pagamento delle transazioni commerciali costituiscono una situazione resa vantaggiosa dalla discrasia esistente tra i tassi di mora praticati negli Stati membri e quelli correnti sul mercato dei capitali: questi si trova in una condizione di disponibilità di liquidità a basso costo ed ha interesse nel ritardare l’esecuzione dei suoi obblighi contrattuali.

ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi, si può ritenere che questi elementi configurino un siffatto abuso.

Gli strumenti che direttamente sono forniti dal legislatore comunitario per il perseguimento degli obiettivi indicati consistono nella previsione generalizzata della mora *ex re* di cui all'articolo 3, n.1, lett. a)-c), e nella fissazione di una misura più elevata di interesse, di cui alla successiva lettera d): *“il livello degli interessi di mora ("tasso legale") a carico del debitore è pari al tasso 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 ("tasso di riferimento"), maggiorato di almeno 7 punti percentuali ("margine"), salvo altrimenti disposto dal contratto. Per gli Stati membri che non partecipano alla terza fase dell'Unione economica e monetaria, il tasso di riferimento è costituito dal tasso equivalente fissato dalle rispettive banche centrali. In entrambi i casi il tasso di riferimento in vigore il primo giorno lavorativo della Banca centrale del semestre in questione si applica per i successivi sei mesi”*.<sup>74</sup>

Emerge con chiarezza come la disciplina comunitaria, maggiorando la misura dell'interesse legale di ben sette punti, ponga in ottica preventiva rispetto all'inadempimento medesimo una funzione deterrente in capo all'interesse di mora.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Per "saggio di interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue principali operazioni di rifinanziamento", si intende il saggio di interesse applicato a simili operazioni nei casi di appalti a saggio fisso. Nel caso in cui un'operazione di rifinanziamento principale sia stata effettuata secondo una procedura di appalto a saggio variabile, il saggio di interesse si riferisce al saggio di interesse marginale che risulta da tale appalto. Esso riguarda anche le aggiudicazioni a saggio unico e le aggiudicazioni a saggio variabile. Per quanto riguarda l'applicabilità in materia del secondo comma dell'art. 1224 c.c., la questione è analizzata ampiamente sotto diversi aspetti dalla dottrina, cfr. a riguardo FINESSI, *Sub art. 5-Saggio degli interessi*, in *La disciplina dei ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali* (D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231), *Commentario* a cura di De Cristofaro, p. 560.

<sup>75</sup> Il considerando (21) introduce una soluzione particolarmente efficace per coloro i quali dovessero avanzare delle pretese creditorie. Tale enunciato auspica che i creditori possano esercitare la riserva di proprietà su base non discriminatoria in tutta la Comunità, se la clausola della riserva di proprietà è valida ai sensi delle disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato. In

La direttiva 2000/35/CE è stata attuata in Italia con il Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 249 del 23 ottobre 2002<sup>76</sup>. Le disposizioni di tale decreto si applicano ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale (intese come 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)<sup>77</sup> conclusa dopo l'8 agosto 2002<sup>78</sup>.

---

particolare, gli Stati membri provvedono in conformità con le disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato affinché il venditore conservi il diritto di proprietà sui beni fintanto che essi non siano stati pagati totalmente, qualora sia stata esplicitamente concordata una clausola di riserva di proprietà tra l'acquirente e il venditore prima della consegna dei beni.

<sup>76</sup> La prassi applicativa del D.lgs 231/02 ha portato alla determinazione unilaterale di termini di pagamento superiori a quelli previsti dallo stesso Decreto legislativo, all'inclusione di termini di pagamento in deroga tra gli elementi di valutazione delle offerte e, in alcuni casi, i capitolati speciali d'appalto sono stati calcolati, altresì, con un tasso di interesse di mora ridotto rispetto a quello contemplato *ex lege*. Invero, *“l'assunzione del rischio connesso alla dilazione dei pagamenti, genera così problematiche connesse all'uso efficiente delle risorse pubbliche come quelle legate alla “sostenibilità” della partecipazione alle gare da parte dei soggetti privati”* (cfr. *Relazione annuale 2009 cit.*).

<sup>77</sup> L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con determinazione n. 5/2002 del 27 marzo 2002, ha escluso che la direttiva 2000/35/CE sia direttamente applicabile alla materia dei lavori pubblici in base all'art. 2 che ne delimita il campo di applicazione ai contratti aventi ad oggetto “la consegna di merci o la prestazione di servizi” escludendo così i contratti d'opera. Cfr. Determinazione Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 27 marzo 2002 n. 5, fenomeno dei ritardati pagamenti negli appalti di lavori pubblici in G. U. n. 95, 23 aprile 2002, Serie Generale. D'altro canto la dottrina sottolinea che il testo di legge riprende letteralmente il testo della Direttiva che come visto prevede l'applicabilità della norma a *“transazioni commerciali”* come sopra definite ma compie riferimenti all'esecuzione di un'opera (con ovvio riferimento all'appalto) che viene, invece, richiamata esplicitamente dai *“considerando”* della Direttiva facendo rientrare gli appalti nel campo di applicazione della normativa (confronta anche art. 1 direttiva 2000/35/CE che nel definire la p. a. richiama la direttiva sui lavori pubblici). Si vedano, DE MARZO, *I ritardi nei pagamenti degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, VI, 2000, p. 631; Id., *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I contratti*, VI, 2002, p. 628; Id., *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *I contratti*, XII, 2002, p. 1155.

<sup>78</sup> Il tasso legale degli interessi moratori così determinato risulta di elevato importo rispetto allo stesso calcolato precedentemente l'entrata in vigore della normativa che

Come da Direttiva, il d.lgs. 231/2002 ha previsto, in via generale, la regola della decorrenza a partire dalla scadenza del termine previsto nel contratto, generalizzando così il principio *dies interpellat pro homine* con la particolarità che nel caso in cui il contratto non preveda alcuna data gli interessi decorreranno trascorsi trenta giorni dal momento del ricevimento di una fattura o di una richiesta di pagamento oppure, se tale data è incerta, trascorsi trenta giorni dalla data del ricevimento delle merci o dei servizi.<sup>79</sup>

Peraltro, richiamando un ben noto principio, il creditore ha 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. Lo stesso, inoltre, ha diritto al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli, salva la prova del maggior danno, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile; i costi, comunque rispondenti a principi di trasparenza e di proporzionalità, possono essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale<sup>80</sup>. L'effettività di tale

---

ne ha riformato la determinazione (si pensi, ad esempio, al primo semestre del 2009, ove lo stesso è risultato pari al 9,5%).

<sup>79</sup> Ciò comporta una sensibile deroga al sistema italiano in base al quale in base alla regola generale prevista dall'articolo 1183, comma 3 c.c., *quod sine die debetur, statim debetur*.

<sup>80</sup> L'art. 6 del D.lgs. 231 del 2002 traduce nel nostro ordinamento quanto previsto dalla lett. e) del primo paragrafo dell'art. 3 della Direttiva 2000/35/CE. Per una visione globale dei rapporti tra la Direttiva 35/2000/CE, il D.lgs. n. 231 del 2002 e la disciplina tradizionale della materia, e per l'individuazione delle differenze nelle posizioni dei vari legislatori comunitari, cfr. MENGOZZI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. L'interpretazione delle norme nazionali di attuazione delle direttive comunitarie*, Padova, pp. 11-34. Il soggetto tutelato in questione è il creditore non per il suo *status* di creditore, ma per il fatto che è il soggetto che, fornendo alla controparte beni e servizi, ha anticipato ed investito dei capitali, a riguardo cfr. LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2003, pp. 127-128. La disposizione sull'integrale risarcimento dei costi di recupero si può dire che segua la medesima *ratio* della decorrenza automatica degli interessi moratori e del relativo tasso, ossia quella di riequilibrare lo scompenso creatosi tra le prestazioni dei due contraenti a sfavore del creditore congiuntamente alla funzione compulsiva all'adempimento assegnato allo strumento rimediabile. Cfr. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei*

normativa (a prescindere dagli ovvi principi di diritto comunitario in tema di applicazione della normazione sovranazionale) impone che il principio della condanna alle spese prevalga su una eventuale compensazione delle stesse<sup>81</sup>.

La direttiva ed il legislatore delegato, in altre parole, hanno affrontato la pratica anticoncorrenziale di quei soggetti che hanno trasformato gli automatici ritardi nei pagamenti in una tecnica di autofinanziamento, svincolato dai costi del ricorso al credito bancario<sup>82</sup>.

Un ultimo accenno merita l'art. 8 D.lgs. 2002 che prevede la “*tutela degli interessi collettivi*”. In base a tale normativa le associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel CNEL (prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani) sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi, richiedendo al giudice competente l'accertamento di gravi iniquità delle condizioni generali concernenti la data del pagamento o le conseguenze del relativo ritardo e di inibirne l'uso, l'adozione delle misure idonee a correggere o eliminare gli effetti

---

*ritardi di pagamento*, Padova, pp. 44-45 e CONTI, *Il D.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. Giur.*, VI, 2002, p. 111. Tali costi, quantificati nel rispetto dei principi di trasparenza e proporzionalità, soprattutto nel caso di crediti di ammontare non elevato, diventano un arma con un forte potere dissuasivo. La dottrina intende il richiamo alla ragionevolezza ex art. 3 Direttiva in funzione di tutela degli interessi del debitore tale per cui i costi di recupero debbano intendersi improntati ai principi di trasparenza e proporzionalità; così, *inter alia* ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, p. 268; similmente, ponendo l'accento più sull'aspetto sanzionatorio per il debitore inadempiente cfr. VILLANI, *Sub art. 6-Risarcimento dei costi di recupero*, in *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (D.lgs. 9 ottobre 2002, n.231)*, in *Commentario* a cura di De Cristofaro, p. 564.

<sup>81</sup> Il medesimo destino avrebbe una clausola derogatoria del regime di interessi moratori previsto dalla Direttiva anche nel caso in cui la stessa risultasse non gravemente iniqua, ma comunque non adeguatamente risarcitoria degli oneri sopportati per il recupero della somma oggetto del credito MENGIOZZI., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. L'interpretazione delle norme nazionali di attuazione delle direttive comunitarie*, Padova, p. 200 e 201.

<sup>82</sup> ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, pp. 6 e 7. ulteriore corollario di tale struttura legislativa comprende anche un favor per l'attore che intende agire per il recupero delle proprie spettanze: il rimborso delle spese legali e degli altri costi connessi al recupero del credito prevenivano tale disfunzione.

dannosi delle violazioni accertate nonché la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate. In caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio, anche su domanda dell'associazione che ha agito, dispone il pagamento di una somma di denaro, da Euro 500 a Euro 1.100, per ogni giorno di ritardo, tenuto conto della gravità del fatto.<sup>83</sup>

## **6. Della configurabilità di un comportamento anticoncorrenziale.**

La Direttiva 2000/35/CE apre la strada ad ulteriori considerazioni. In riferimento alla fattispecie delineata nel caso di specie, il comportamento tenuto dal committente - consistente nel rifiuto di corrispondere alcunché all'appaltatore a titolo di corrispettivo per la prestazione resa, e ciò indipendentemente da pretestuose contestazioni mosse dal primo per giustificare il proprio rifiuto di adempiere - in una diversa prospettiva, può assumere rilevanza anche quale ipotesi di comportamento anticoncorrenziale.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Tale disposizione, di grande rilievo comparatistico, esula dalla presente indagine.

<sup>84</sup> Un ulteriore ancoraggio a questa ricostruzione si potrebbe ricavare anche dal Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato in base al considerando (9): *Gli articoli 81 e 82 del trattato hanno l'obiettivo di proteggere la concorrenza sul mercato. Il presente regolamento, che viene adottato per attuare tali disposizioni del trattato, non osta a che gli Stati membri applichino nei rispettivi territori una legislazione nazionale che tutela altri legittimi interessi, a condizione che essa sia compatibile con i principi generali e con le altre disposizioni del diritto comunitario. Nella misura in cui tale legislazione nazionale persegue prevalentemente un obiettivo diverso da quello della protezione della concorrenza sul mercato, le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri possono applicare tale legislazione nei rispettivi territori. Gli Stati membri possono pertanto, a norma del presente regolamento, attuare nei rispettivi territori una legislazione nazionale che vieti o sanzioni pratiche commerciali sleali, siano esse unilaterali o contrattuali. Una siffatta legislazione persegue un obiettivo specifico, a prescindere dagli effetti reali o presunti di tali atti sulla concorrenza nel mercato. Ciò è particolarmente vero per la legislazione che vieta alle imprese di imporre ai loro partner commerciali, di ottenere o di tentare di ottenere dagli stessi condizioni non giustificate, sproporzionate o irragionevoli.*

Difatti, com'è noto, da tempo l'Unione Europea ha preso espressa posizione sul punto, ritenendo che il mancato o ritardato pagamento del corrispettivo pattuito abbia un negativo effetto sul mercato, comportando un'illecita distorsione della concorrenza e nel contempo cagionando una indebita lesione della posizione contrattuale ed economica dei soggetti agenti in un dato contesto economico. Infatti, ciò è espressione della naturale plurioffensività delle condotte anticompetitive, potenzialmente in grado di incidere negativamente sull'interesse pubblico al mantenimento (o alla realizzazione) di un compiuto assetto concorrenziale dei mercati, nonché sul patrimonio di

---

Nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale GEELHOED presentate il 26 gennaio 2006 nella causa Manfredi (C-295/04) questi afferma come si attribuisce sempre maggiore importanza alla tutela dei propri diritti da parte dei privati (punto 27). L'Avvocato Generale nelle stesse Conclusioni aggiunge che già poco tempo dopo l'entrata in vigore del Trattato CEE la Corte ha dichiarato che i divieti di cui agli artt. 81 e 82 CE hanno efficacia diretta e impongono quindi ai giudici nazionali di tutelare i diritti che i cittadini comunitari possono trarre da tali disposizioni (punto 28). Nonostante ciò, l'iniziativa processuale privata in Europa non ha ancora raggiunto le dimensioni che si riscontrano in altri ordinamenti, ad esempio in quello degli Stati Uniti, dove circa il 90% dei procedimenti antitrust è avviato da parti private. (punto 29). Il nuovo regime creato dal regolamento n.1/2003 potrebbe offrire maggiore spazio e maggiori occasioni all'iniziativa processuale dei privati, accanto all'azione degli organi pubblici. I vantaggi e/o l'auspicabilità di una tale evoluzione sono stati illustrati in numerose note di accompagnamento, comunicazioni e discorsi (ad esempio, nella comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato CE (GU2004, C101, pag. 65). Nel sito [www.eu.int/comm/competition/speeches](http://www.eu.int/comm/competition/speeches) si possono trovare esempi di discorsi, come quelli dell'attuale commissario alla concorrenza, KROES, *Damages actions for Breaches of EU Competition Rules: Realities and Potentials* (discorso 5/613) e del suo predecessore MONTI (discorso 4/403)). Uno dei vantaggi che viene ricordato in tale contesto è la possibilità per i giudici nazionali di concedere il risarcimento dei danni ed, inoltre, il giudice ha il dovere di tutelare i diritti individuali dei singoli. (punto 30). L'iniziativa di azioni di diritto privato deve, in primo luogo, venire da coloro i cui interessi sono tutelati dal diritto della concorrenza, fra i quali figurano anche i consumatori. Le azioni stesse sono disciplinate, all'interno di una serie di disposizioni-cornice di diritto comunitario, dal diritto processuale e dal diritto privato nazionali. Per avere un'idea più precisa delle numerose differenze fra le normative esistenti negli Stati membri e delle possibilità che esse offrono e per analizzare eventuali ostacoli, la Commissione ha ordinato una ricerca. Questa ricerca è stata effettuata dall'ufficio studi Ashurst che ne ha resi noti i risultati il 31 agosto 2004 con un rapporto intitolato *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*. Il rapporto Ashurst e altri rapporti provenienti dagli Stati membri possono essere consultati sul sito Internet della Commissione. Si veda il punto 31 delle conclusioni dell'Avvocato Generale qui in analisi.

quanti (imprese, semplici consumatori etc.) risentano – direttamente o indirettamente – dell’alterazione prodotta dalla violazione della disciplina<sup>85</sup>.

Il comportamento consistente nel ritardato pagamento da parte del committente può essere invero fonte di gravi ripercussioni sui sistemi produttivi.

L’effetto principale, consistente nella compromissione della concorrenza, si realizza attraverso un restringimento della competitività delle PMI che, potenzialmente, può causare “effetti domino” di portata tale da causare eventualmente il fallimento di un’intera filiera di fornitori. Tali effetti determinano squilibri “*di mercato a livello macroeconomico, creando distorsioni della concorrenza e compromettendo la realizzazione di un mercato unico, rendendo più difficoltosa l’integrazione economica ed il commercio transfrontaliero*”<sup>86</sup>.

Tali aspetti non sono stati ignorati dalla *Relazione annuale 2009 dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (Roma, Camera dei deputati - 22 giugno 2010), la quale ha posto in evidenza le problematiche connesse all’aspetto dei ritardati pagamenti; in particolare, ivi si sostiene che tali ritardi

---

<sup>85</sup> SCUFFI, *Il contributo del giudice ordinario all’evoluzione del diritto antitrust : la giurisprudenza delle corti d’appello e dei tribunali italiani dal 1992 al 2003*, in *Concorrenza e mercato*, 2003, 11, p. 99. In principio è opportuno rammentare che il codice civile prevedeva già sette norme, dall’art. 2595 all’art. 2601 c.c. in tema di disciplina della concorrenza, ma queste contemplavano solo la concorrenza a livello nazionale. Il principio di fondo espresso dall’art. 2595 c.c. è che la concorrenza debba svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell’economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge. Inizialmente, neanche la Costituzione si è occupata del tema della concorrenza ma, avendo fissato dei principi inossidabili nell’art. 41, che stabilisce che l’iniziativa economica privata è libera, non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, ha consentito il pacifico assorbimento nel nostro tessuto normativo di tutta una serie di principi e regole comunitarie.

<sup>86</sup> *Relazione annuale 2009 dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Roma, Camera dei deputati, 22 giugno 2010, p. 11.

*“rappresentano, [...] in un momento di marcato rallentamento del ciclo economico quale quello attuale, una problematica che necessita di un’adeguata attenzione, soprattutto in considerazione delle pesanti implicazioni che la stessa determina sia sull’equilibrio finanziario, e quindi sullo sviluppo, delle imprese che sulla concorrenza nel mercato”<sup>87</sup>.*

Ulteriore conferma si trova nei *considerando* alla Direttiva 2000/35/CE, relativa alla lotta contro il ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali<sup>88</sup>: il legislatore comunitario ha nuovamente evidenziato che i ritardi di pagamento rappresentano un intralcio sempre più grave per il successo del mercato unico<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> L’aspetto più spinoso del problema *de quo* è rappresentato dalle imprese le quali stipulino contratti con la Pubblica Amministrazione. In tal caso, infatti, le prime si vedono costrette a sopportare un onere ulteriore cioè il costo aggiuntivo “*per far fronte al gap, spesso di proporzioni assai considerevoli, che si viene a determinare tra il momento della liquidazione dei costi gestionali e quello dell’incasso del corrispettivo pattuito*”. Tale costo andrà irrimediabilmente a condizionare il prezzo che l’impresa è disposta ad offrire in occasione della gara pubblica e, in considerazione del fatto che le piccole e medie imprese (che rappresentano, com’è noto, una parte consistente del tessuto economico italiano) non possono sostenere economie di scale di una certa rilevanza, le stesse si vedrebbero escluse dal sistema. Il sistema, in definitiva, andrebbe a favorire solo le grandi imprese falsando in maniera incisiva l’andamento del mercato e il “gioco” della concorrenza (cfr. *Relazione annuale 2009*, cit.).

<sup>88</sup> Pubblicata nella G.U. delle Comunità Europee 8-8-2000, L 2000/35, attuata in Italia con il D.lgs. 231/2002.

<sup>89</sup> In particolare ci si riferisce al *considerando* n. 5 Direttiva 2000/35/CE. La rilevanza del principio di concorrenza in ambito europeo, in ultima analisi, sta per essere ribadita dal Parlamento Europeo che dovrebbe a breve approvare una proposta di direttiva. La bozza della direttiva contempla una serie di misure per contenere i ritardati pagamenti prevedendo tempi massimi e tassative ipotesi di deroga (si discute, a tal proposito, di fissare un tempo massimo di 30 giorni e di concedere deroghe solo in caso di “*obiettive necessità*”). Sebbene tale direttiva ricalchi, per quanto riguarda la tempistica dei pagamenti, la direttiva 2000/35/CE, essa contemplerebbe sanzioni più aspre in caso di mancato rispetto delle previsioni ivi contenute. La citata direttiva non costituirebbe, tuttavia, una novità; infatti altri Paesi europei (come la Spagna, l’Irlanda, la Finlandia e la Gran Bretagna) hanno già adottato normative per limitare i ritardi nei pagamenti, prevedendo tempistiche massime di valore inferiore rispetto a quelle previste nella bozza dell’adottanda direttiva. Alla luce di tali tendenze, sarebbe opportuno che anche in Italia si intervenisse in tal senso (cfr. *Relazione annuale 2009*, cit.).

La rilevanza a livello *praeter*-individuale si ricava anche dalla stessa lettera della Direttiva 2000/35/CE che all'articolo 8 prevede, *ut supra* già ampiamente analizzato, l'intervento delle associazioni di categoria e la condanna al pagamento di una sanzione a mò di *astreinte* per stigmatizzare non già il mancato adempimento della committenza ma il mero ritardo ad eseguire il pagamento<sup>90</sup>.

Se è vero che le istituzioni comunitarie si occupano direttamente di quegli aspetti delle pratiche anticoncorrenziali che presentino requisiti tali da provocare significative distorsioni al mercato unico europeo<sup>91</sup>, è altrettanto vero che le medesime istituzioni ritengono un principio consolidato ed indiscutibile che, per l'effettiva repressione di tali comportamenti illeciti, venga altresì valorizzato il c.d. *private enforcement*, ossia che ai singoli soggetti danneggiati o che subiscano le conseguenze negative di tali atti distorsivi venga assicurato nel quadro giuridico nazionale un adeguato sistema rimediale<sup>92</sup>. A tal

---

<sup>90</sup> *L'astreinte* rappresenta uno strumento di creazione giurisprudenziale transalpina per obbligare il debitore all'adempimento. Nato al fine di rendere più efficace la condanna ad adempiere una prestazione in natura affiancando, appunto a titolo di *astreinte*, la condanna al pagamento di una somma di denaro a favore del creditore per ogni giorno di inadempimento (ZWEIGERT – KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, Milano, 1995, p. 165) può essere ammessa anche nei confronti di parti inadempienti del pagamento di una somma di denaro (id., p. 167). *L'astreinte* si differenzia dal risarcimento danni per il carattere sanzionatorio commisurandosi al grado di imputabilità dell'inadempimento ed alla situazione patrimoniale del debitore (id., p. 169). Nel sistema tedesco, invece, esiste l'istituto delle sanzioni pecuniarie sanzionate ex paragrafi 888 e 890 del ZPO che però prevede questo tipo di comminatoria solo nel caso di condanne a prestazioni infungibili o di *non facere* e le sanzioni stesse sono a favore dell'erario (id., p. 168).

<sup>91</sup> Per una disamina approfondita sui criteri per l'allocazione "interna" o "esterna" delle fattispecie del Diritto della concorrenza cfr. BENACCHIO – CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, 2007, pp. 15 ss. e BENACCHIO, *op. cit.*, p. 493.

<sup>92</sup> Il tema del *private enforcement*, secondo autorevole e recente dottrina, è in grado di offrire una nuova ricostruzione del diritto risarcitorio in quanto, poiché impone anche la valutazione degli effetti sul mercato (o dallo stesso prodotti), consente un'interpretazione dell'istituto che superi le barriere di una funzione meramente indennitaria (ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Nuovi itinerari di diritto privato. Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di Maugeri – Zoppini, Bologna, 2009, p. 23-24). Sul punto si veda anche GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005. Ai fini dell'applicazione giudiziale delle regole della

fine è preposto l'art. 33, comma 2, della L. 287/1990, che costituirebbe espressione del principio della piena tutela risarcitoria del privato (senza distinzione di sorta) nei confronti delle violazioni delle norme *antitrust*<sup>93</sup>, sicché il rimedio risarcitorio evocato dalla disposizione in discorso spetterebbe a chiunque fosse in grado di dimostrare di aver subito un danno in conseguenza di un comportamento anticoncorrenziale<sup>94</sup>.

Riguardo al risarcimento dal danno antitrust, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha fornito poche ma interessanti indicazioni, mentre il dibattito interno fra i giudici è intenso e perviene a soluzioni fra loro eterogenee. Del resto il risarcimento dei danni interessa prevalentemente il contratto a valle e non l'intesa a monte e rientra nel c.d. *private enforcement*<sup>95</sup>. In materia non può, tuttavia, non ricordarsi che nel 2005 la Commissione ha adottato un Libro Verde teso ad individuare i meccanismi tramite i quali le azioni risarcitorie davanti alle corti possono essere facilitate<sup>96</sup>. All'esito di

---

concorrenza (in particolar modo il *private enforcement*), BENACCHIO, *op. cit.*, p. 497 e BENACCHIO – CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Trento, 2007.

<sup>93</sup> TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, cap. III; ROSSI, *Antitrust e Teoria della giustizia*, in *Rivista delle società*, 1995, 1 ss., si veda, in particolare, la nota n. 16.

<sup>94</sup> DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità delle intese vietate da parte del giudice ordinario*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1999, II, p. 234.

<sup>95</sup> Bene osserva NICITA, *op. ult. cit.*, p. 53-54, che da un comportamento anticoncorrenziale emergono anche danni privati e che quindi le sanzioni comminate dai soggetti preposti al *public enforcement* possono perseguire sia obiettivi di rango compensativo sia esplicitamente *pro-concorrenziali*. Un uso coordinato (se non strategico) dei rimedi di *public* e *private enforcement* garantisce, in altre parole, una migliore concorrenza e la possibilità di meglio ricreare lo *status quo* preesistente la violazione. Inoltre, per una disamina approfondita circa le finalità perseguite attraverso il riconoscimento di risarcimenti derivanti da danni antitrust, si veda NEBBIA, *Damages actions for the infringements of EC competition law: Compensation or deterrent*, in *European Law Review*, 2008, pp. 35 ss..

<sup>96</sup> La Commissione ha pubblicato, il 19 dicembre 2005, il suddetto Libro Verde, intitolato "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie", COM (2005) 672 def., accompagnato dal relativo documento di lavoro dei servizi della Commissione [SEC(2005)1732]. L'iniziativa ha preso spunto dalla consapevolezza della scarsa utilizzazione del *public enforcement*: il Libro

quest'indagine il Parlamento europeo, con risoluzione del 25 aprile 2007, ha condiviso le conclusioni del Libro Verde e ha incaricato la Commissione di redigere un Libro Bianco contenente proposte particolareggiate al fine di affrontare gli ostacoli che si frappongono ad uno svolgimento efficace delle azioni di risarcimento del danno antitrust<sup>97</sup>.

Il Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust è stato adottato dalla Commissione il 2 aprile 2008<sup>98</sup>. Tale sistema di *private enforcement* prevede dunque che il soggetto che subisca le conseguenze negative di un comportamento distortivo della concorrenza, nonché della sua posizione contrattuale ed economica, abbia diritto ad ottenere adeguato ristoro presso le competenti autorità nazionali secondo i meccanismi risarcitori previsti dagli ordinamenti giuridici di

---

Verde ha, infatti, avallato l'introduzione di richieste di risarcimento dei danni antitrust attraverso il *private enforcement*, abbracciando la corrente dottrinale che suggeriva il ricorso a tale ultimo sistema (cfr. JONES, *Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check*, in *World competition*, 2004, p. 22; TARDELLA, *Lo sviluppo del "private enforcement": la sfida futura per una più efficace ed estesa applicazione delle norme comunitarie antitrust... nel segno lasciato da Monti*, in *Econ. e pol. ind.*, 2004, p. 171; DIEMER, *The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, in *European competition law review*, 2006, p. 311).

<sup>97</sup> Tale testo, volto a proseguire l'azione della Commissione ai fini dell'instaurazione di un efficace sistema di *private enforcement*, mira al superamento delle barriere alzate dai sistemi giuridici nazionali ad efficaci azioni di risarcimento dei danni *antitrust*. Condivide questa opinione NICITA, *Deterrenza, sanzioni e mercato. Una riflessione economica*, in *Funzioni del diritto privato op. cit.*, p. 49; per quanto riguarda invece la letteratura straniera si veda BLOCK – NOLD – SIDAK, *The deterrent effect of antitrust enforcement*, 89 *Journ. Pol. Econ.*, 1981, pp. 429 ss.. Lo stesso Nicita individua nella *accelerazione comunitaria* il fine dell'armonizzazione giuridica della materia onde evitare il pericolo di *forum shopping* e conseguenti discriminazioni tra imprese, almeno a livello europeo. NICITA, *op. ult. cit.*, p. 49. La letteratura in materia di *forum shopping* è sterminata, si permetta il rinvio a BORRONI, *The re-birth of forum shopping in the EU and comparative juxtaposition in jurisdictional approaches*, in *Prospettive e modelli della cooperazione di giustizia nel Mediterraneo*, Napoli, 2010, pp. 77 ss. ed ivi bibliografia indicata.

<sup>98</sup> Per una ricostruzione dettagliata dell'evoluzione dei testi normativi, cfr. TAVASSI, *Risarcimento del danno e violazione della disciplina sulla concorrenza*, Relazione al CSM del 16-17 aprile 2009.

appartenenza<sup>99</sup>. Infatti, la normativa europea antitrust produce effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuisce direttamente a questi ultimi diritti che i giudici nazionali devono tutelare<sup>100</sup>. In altre parole, in ordine al risarcimento del danno causato da un contratto o da un

---

<sup>99</sup> Il 19 dicembre 2005 la Commissione ha pubblicato un libro Verde sulle azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme antitrust comunitarie (COM(2005)672). Le azioni risarcitorie promosse dai privati presso i giudici nazionali per la violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE svolgono un ruolo importante nell'efficace applicazione del diritto antitrust comunitario. Esse affiancano e completano l'applicazione di tale normativa da parte delle autorità di concorrenza e risultano indispensabili al fine di garantire una effettiva tutela dei diritti conferiti dal Trattato. Il libro Verde procede dalla considerazione che l'effetto deterrente della normativa comunitaria in materia di concorrenza sia significativamente pregiudicato dagli ostacoli procedurali che, a livello nazionale, si frappongono all'introduzione di azioni risarcitorie per danni derivanti dalla violazione del diritto antitrust. Nel documento la Commissione individua, pertanto, una serie di possibili linee di intervento, intese a facilitare l'esercizio degli strumenti di tutela giurisdizionale da parte dei soggetti lesi dall'illecito anticoncorrenziale, sottoponendole contestualmente a un ampio processo di consultazione con le parti interessate. Cfr. *Relazione annuale della Commissione Europea* in proposito, disponibile al sito <http://www.europa.eu/>. Questo mutamento di prospettiva costituisce un interessante punto di osservazione per il comparatista, in quanto si assiste a una forte approssimazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza con l'approccio statunitense in tema di antitrust (GINSBURG, *Comparing antitrust enforcement in the United States and Europe*, *Journ. Competition. L. & Econ.*, 2005, pp. 427 ss.). Costituisce, infatti, un dato ormai diffuso nella letteratura (NICITA, *op. ult. cit.*, p. 49 e WILS, *Should private enforcement be encouraged in Europe?*, 26 *World competition*, 2003, pp. 473 ss.) che le azioni *antitrust* siano avviate da privati in circa il 90% dei casi per ottenere il ristoro dei danni subiti (tale percentuale è molto più ridotta in Europa e, come prassi, l'azione di risarcimento tende ad essere successiva all'intervento dell'Autorità antitrust che eventualmente accerti l'infrazione). NICITA, *op. ult. cit.*, p. 51, individua la *ratio* economica che ha stimolato la Commissione Europea ad accrescere "la scatola degli strumenti giuridici" volti a garantire una più effettiva operatività delle regole sul risarcimento dei danni in quattro momenti: (i) armonizzazione a livello comunitario, al fine di evitare comportamenti opportunistici, (ii) migliore individuabilità della condotta *antitrust* (favorendo il flusso di informazioni che i privati dispongono con conseguente diminuzione dei costi transattivi e di monitoraggio delle autorità preposte al *public enforcement*), (iii) aumentato potere deterrente, (iv) efficienza allocativa (per un più congruo ravvicinamento delle condizioni economiche iniziali delle vittime dell'illecito).

<sup>100</sup> In questa ottica ben potrebbe rientrare il diritto alla riserva di proprietà di cui alla Direttiva 2000/35/CE che tanto potrebbe risolvere in tema di appalto. V. sentenze 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT e SABAM*, detta <BRT/I>, Racc. p. 51, punto 16; 18 marzo 1997, causa C-285/95 P, *Guérin automobiles/Commissione*, Racc. p. I-1503, punto 39, e 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage et Crehan*, Racc. p. I-6297, punto 23.

comportamento che restringa o falsi il gioco della concorrenza, la Corte demanda ai giudici nazionali l'applicazione delle norme del diritto comunitario, onde garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuibili ai singoli<sup>101</sup>.

In particolare, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nelle sentenze *Courage*<sup>102</sup> e *Manfredi*<sup>103</sup>, ha svolto fondamentali osservazioni in materia di risarcimento del danno antitrust, da cui non si può prescindere<sup>104</sup>. E' bene subito precisare che né nel diritto comunitario, né nel diritto italiano esiste una norma specifica che attribuisca al privato il risarcimento del danno da illecito antitrust<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> Cfr. sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, Racc. p. 629, punto 16, e 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, Racc. p. I-2433, punto 19.

<sup>102</sup> Sentenza 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c. Crehan*. Tra i commenti italiani, PALMIERI – PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal... si lagni e chieda i danni"*, in *Foro It.*, 2002, IV, p. 76; SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro It.*, 2002, IV, p. 84; ROSSI, *"Take Courage!" La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro It.*, 2002, IV, p. 90.

<sup>103</sup> Sentenza 13 luglio 2006, n. 295, da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.A. e altri*. Tra i commenti italiani, BASTIANON, *La Corte di giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello assicurativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 11, pp. 1866 e ss.

<sup>104</sup> Fin da ora è fondamentale sottolineare come il primo principio guida espresso nel LB è quello del c.d. "risarcimento completo" poi ripreso ed accolto dalla Corte di Giustizia della Comunità Europee nel caso *Manfredi*.

<sup>105</sup> Ciò è dovuto forse al fatto che l'ipoteticità della perdita economica (essenziale presupposto di un risarcimento patrimoniale) è direttamente proporzionale alla difficoltà in capo al danneggiato di ricostruire lo *status* patrimoniale determinato in via controfattuale dal non verificarsi del danno. E' gioco forza, quindi, che in questi casi il *quantum* risulterà influenzato da valutazioni extra-patrimoniali che si basino anche sulla responsabilità ovvero la condotta del danneggiante-debitore. Costituisce, infatti, un'osservazione assai banale l'asserzione in base alla quale la ricchezza intangibile ovvero relativa al futuro sia di difficile interpretazione e solo in parte determinabile in base alle previsioni (anche se ancorate ad una standardizzazione ovvero all'*id quod plerumque accidit*). Tale postulato non elide la considerazione che il *welfare* degli attori economici si debba riferire non solo ai beni attuali ma anche alle potenzialità di guadagno a cui possono avere accesso, e che l'economia e gli ordinamenti giuridici proteggano questi *intangibile assets*. Ne consegue agevolmente che, anche alla luce della *ratio* stessa della disciplina della responsabilità civile, che violazioni a tale tipologia di *asset*, se ingiuste, siano

Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che il rimedio del risarcimento del danno costituisce, insieme a quello della nullità delle intese, uno strumento necessario di *private enforcement* contro tali illeciti. Mentre il diritto antitrust americano ha inventato il *treble damages action*, una disciplina premiale per chi promuove azioni di danni contro gli illeciti antitrust, che consiste nell'attribuzione di un diritto di ammontare triplo rispetto al danno provato, negli ordinamenti comunitari si è ritenuta sufficiente la riparazione integrale del danno patrimoniale purché gli ordinamenti nazionali disciplinino l'azione di risarcimento in modo idoneo a garantire un'effettiva tutela patrimoniale<sup>106</sup>.

---

risarcite (*monetizzate*). Il nostro riferimento è ancora una volta GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 221.

<sup>106</sup> Corte di Giustizia delle Comunità Europee 13 luglio 2006, *Manfredi c. Lloyd Adriatico e altri* C-295/04. Il legislatore federale americano ha espressamente voluto l'effetto deterrente che ne deriva. D'altro lato, in chiave europea, la possibilità di punire un comportamento anticoncorrenziale con una sanzione punitiva va risolta alla luce dei principi di equivalenza e di effettività. È alla luce del principio dell'effetto utile dell'art. 81, n. 1, CE che la Corte ha dichiarato che chiunque sia stato danneggiato da un comportamento anticoncorrenziale può chiedere il risarcimento dei danni (punto 63 conclusioni causa *Manfredi*, cit.). L'iniziativa processuale privata e l'iniziativa processuale pubblica coesistono l'una accanto all'altra e indipendentemente l'una dall'altra. In linea di principio, esse perseguono scopi diversi, ma possono integrarsi reciprocamente. Le ammende che possono essere inflitte dalla Commissione (o dalle autorità nazionali della concorrenza) per violazione del divieto di intese costituiscono, da un lato, una sanzione, dall'altro, una componente di un più vasto meccanismo che mira a indirizzare il comportamento delle imprese. La finalità perseguita è di far sì che l'ammenda inflitta sia abbastanza dissuasiva ed abbia, quindi, effetto deterrente. Se, nell'imporre ammende, la Commissione può anche prendere in considerazione, accanto ad altri fattori (circostanze aggravanti e circostanze attenuanti), il profitto ottenuto, cioè il vantaggio finanziario, ciò serve innanzi tutto un interesse pubblico e prescinde da eventuali azioni di diritto civile relative al risarcimento dei danni nonché dall'auspicabilità o dall'effettività di una maggiore iniziativa processuale privata (punto 64). Nella grandissima maggioranza degli Stati membri non c'è alcuna disciplina specifica che regoli le azioni di risarcimento dei danni causati da comportamenti anticoncorrenziali vietati. Solo alcuni Stati prevedono, nell'ambito delle azioni per il risarcimento dei danni, anche la possibilità di danni punitivi o di sanzioni esemplari. L'Italia non rientra fra questi Stati. Infatti, nella maggioranza degli Stati membri prevale l'opinione che il risarcimento dei danni debba in primo luogo servire a riparare il pregiudizio causato dal comportamento anticoncorrenziale vietato e non a procurare al danneggiato un vantaggio economico. D'altra parte, il diritto comunitario non s'opponesse ad un approccio di quest'ultimo tipo (punto 68 e sentenza *Courage*, cit., punto 30). Mancando norme comunitarie a questo riguardo, spetta al diritto interno di ciascuno Stato membro il compito di fissare i criteri per la

Nel libro Verde del 2005 la Commissione europea, a proposito del risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust, ha raccomandato di incentivare i rimedi privati in materia. In aggiunta, il Parlamento europeo nella risoluzione del 25 aprile 2007 ha sostenuto che la disciplina del diritto antitrust deve rimanere legata alla tradizionale funzione “*compensativa*” della disciplina civilistica del risarcimento del danno extra-contrattuale nei Paesi europei<sup>107</sup>.

---

liquidazione del danno subito a causa di una violazione del diritto comunitario deve essere adeguata in relazione al pregiudizio subito. (punto 69).

<sup>107</sup> Secondo la ricostruzione di BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità (e “private enforcement” della disciplina antitrust)*, in *Funzioni del diritto privato, op. cit.*, p. 57, costituisce ormai una *routine* l’allargamento delle maglie del rimedio aquiliano per incentivare l’operatività della normativa *antitrust* al fine di favorire un controllo capillare in grado di individuare le pratiche anticoncorrenziali cui aggiungere, di conseguenza, anche una funzione deterrente di tali comportamenti. Necessario corollario di questa impostazione è costituito non solo dall’estensione del risarcimento oltre i limiti del danno effettivamente subito ma anche quello di allargare l’area della legittimazione attiva a tale fattispecie di illecito aquiliano (sull’argomento cfr. BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996, pp. 558 ss.; TESAURO, *La giustizia abilità delle norme e dei provvedimenti antitrust*, in *Antitrust e globalizzazione*, Milano, 2004, pp. 188 ss.; CANALE, *I consumatori e la tutela antitrust*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 1675 ss.; BATTELLI, *Illeciti antitrust e rimedi civili del consumatore*, in *Contratti*, 2006, pp. 146 ss.). Corroborata questa impostazione, soprattutto relativamente all’estensione dell’area di legittimazione attiva, le due già citate decisioni della Corte di Giustizia *Courage* e *Manfredi* quando affermano che l’efficacia della normativa *ex art. 81* del Trattato sarebbe messa in discussione se fosse impossibile *per chiunque* richiedere il risarcimento del danno a lui causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il libero gioco della concorrenza (v. Corte di Giustizia, sentenza *Courage* cit., in *Foro it.*, IV, 2002, p. 75 con nota di PALMIERI e PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento* cit., e Corte di Giustizia, sentenza *Manfredi* cit., in *Danno e resp.*, 1, 2007, p. 19, con note di AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, e di CARPAGNANO, *Prove tecniche di “private enforcement” del diritto comunitario della concorrenza*). La dottrina ha quindi interpretato tali *diktat* in modo tale che l’effettiva operatività delle stesse e l’implementazione della funzione di deterrenza che le accompagna sarebbe impossibile con, appunto, l’evocazione della disciplina extracontrattuale del risarcimento tale per cui sarebbe fin possibile garantire l’intervento ai portatori di interessi diffusi (per una disamina su questa opportunità cfr. MELL, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2003, pp. 171 ss.). A prescindere, per il momento, dalla puntuale individuazione di tali legittimati, quello che preme sottolineare è che dalla declamazione della Corte sembra emergere, con un certo grado di certezza, che l’efficacia della tutela che si vuole concedere a favore dei danneggiati dell’illecito anticoncorrenziale sia limitata a chi abbia - da tale situazione - subito un pregiudizio (sul superamento della concezione in base alla quale la disciplina in esame possa essere invocata solo dalle

Per ciò che attiene all'attuazione della normativa antitrust in Italia, come già anticipato, la disciplina è affidata alla L. 10 ottobre 1990, n. 287, che riproduce quasi integralmente le nozioni di intese, abuso di posizione dominante e concentrazioni di cui agli artt. 81 e 82 CE<sup>108</sup> e si occupa di organizzare il funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nonché di ripartire le competenze tra giudici amministrativi ed i giudici ordinari nazionali.

Per ciò che attiene la giurisprudenza, due sono state le sentenze che hanno delineato le linee guida in materia antitrust.

*In primis* la Cassazione, con la sentenza resa a Sezioni Unite il 4 febbraio 2005, n. 2207, ha definitivamente riconosciuto la legittimazione ad agire innanzi alla corte d'appello ai sensi dell'art. 33 L. 287/90, riconducendo, quindi, il diritto risarcitorio alla normativa antitrust e non alla normativa civilistica (in quell'occasione legittimato attivo fu un consumatore)<sup>109</sup>.

Successivamente, la Cassazione, con sentenza del 2 febbraio 2007, n. 2305, ha statuito che il soggetto leso ha diritto alla tutela di un

---

imprese cfr. SALOMONE, *Risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, pp. 878 ss.). Quindi, il "chiunque" della Corte reca in sé il fatto che i legittimati ad agire non siano esclusivamente i concorrenti (BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 60). Per la dottrina anglofona si veda, LANDE, *Are antitrust "treble" damages really single damages*, in *Ohio State Law Journal*, 54, 1993, p. 115; JONES, *Private enforcement of antitrust law in the UE, UK and USA*, Oxford, 1999, pp. 228 ss..

<sup>108</sup> Per la determinazione concreta del *quantum* del risarcimento in seguito alla violazione degli artt. 81 e 82 CE, la Commissione si propone di seguire le indicazioni - non vincolanti - contenute negli *Orientamenti per il calcolo delle sanzioni pecuniarie imposte a seguito della violazione degli artt. 81 e 82 CE in applicazione dell'articolo 23(2)(a) del Regolamento 1/2003* (pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il primo settembre 2007) i quali, in ossequio ai principi di certezza del diritto, difesa e imparzialità, costituiscono parametri di riferimento per il calcolo delle sanzioni. E' tuttavia opportuno rammentare che le Autorità nazionali di concorrenza "restano libere di determinare la propria politica in materia di sanzioni per le violazioni antitrust", *cit.* CARPAGNANO, *Poena ad paucos, metus ad omnes perveniat. Brevi considerazioni sull'effetto deterrente dei nuovi Orientamenti adottati dalla Commissione Europea per il calcolo delle multe imposte a seguito di una violazione degli articoli 81 e 82 CE*, in *Contratto e impresa Europa*, a cura di Galgano - Bin, 2007, p. 515.

<sup>109</sup> Come era stato invece ritenuto da Cass. S.U. 9 dicembre 2002, n. 17475.

interesse, addirittura ultraindividuale, alla libertà contrattuale, concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituenti la colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta. Interesse, questo, tutelato al massimo livello dalla legislazione comunitaria e, soprattutto, dall'art. 41 Cost., del quale (come ricorda la già citata Cass. S.U. n. 2207/05) la L. 287/90 costituisce specifica applicazione. In ogni caso, il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza consta sia del danno reale (*damnum emergens*), che del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché del pagamento degli interessi<sup>110</sup>.

Per ciò che attiene al lucro cessante, la Cassazione ha stabilito che il danno corrisponde a quello da perdita di *chance*<sup>111</sup>, e che di esso può

---

<sup>110</sup> V. sentenza 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft*, e a., Racc. p. I-1727, punto 91, sul lucro cessante; punto 31 della sentenza 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall*, Racc. p. I-4367, sul pagamento degli interessi.

<sup>111</sup> Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305. Le conseguenze dannose di un comportamento anticoncorrenziale sono individuabili in un “*fascio di utilità strumentale*” (GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 231). Infatti, oltre a perdite di carattere patrimoniale generale, la condotta illecita condiziona anche le possibilità di scelta contrattuale (limitandola) e la possibilità di conseguire un grado di soddisfazione economica diverso da quello ottenuto. In ogni caso, le conseguenze negative dell'illecito – limitando la nostra analisi alla mera quantificazione della perdita – può essere assimilata alla c.d. perdita di *chance*: in tal senso concorda la dottrina quando afferma: “*si tratta, infatti, prevalentemente, della perdita di possibilità di (maggiore) vantaggio economico o arricchimento e quindi di perdita di ricchezza che si può definire intangibile*” (GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 231). Prosegue la stessa dottrina nel ritenere che si possano includere nelle voci di danno risarcibile quelli cioè, secondo l'interpretazione che accogliamo, sono da considerare rilevanti per ripristinare la situazione economica nella quale il danneggiato-creditore si sarebbe trovato in mancanza del danno-inadempimento, sia il valore – costo opportunità della perdita subita (intesa come impiego alternativo precluso dal danno e dalla mancanza di liquidità), sia il mancato guadagno *latu sensu* inteso (anche tenendo in considerazione come eventuale indice risarcitorio il vantaggio patrimoniale che l'autore del comportamento anticoncorrenziale ha tenuto). In altre parole, “*si può e si deve valutare come danno anche il minor valore complessivo (presunto) dell'azienda come organizzazione produttiva e competitiva in grado di generare profitti*” (GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 234).

esserne fornita prova secondo un calcolo probabilistico o per presunzioni<sup>112</sup>.

Appurato l'*an* del danno antitrust, rimane da stabilire il metodo per calcolarne il *quantum*. A riguardo, non v'è dubbio che il giudice possa procedere in via equitativa alla relativa liquidazione<sup>113</sup>.

Alla luce di quanto precedentemente illustrato, in particolar modo riguardo al sistema di *private enforcement* e del diritto del soggetto che subisca le conseguenze di un comportamento distorsivo della concorrenza ad adire le competenti autorità nazionali al fine di ottenere adeguato ristoro secondo le regole previste dall'ordinamento

---

<sup>112</sup> BIANCHI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1616 e ss. come condivisibilmente messo in luce, la Cassazione utilizza impropriamente il concetto di *chance* per rinforzare l'idea del pregiudizio probabilistico.

<sup>113</sup> MACRÌ, *L'invalidità degli accordi anticoncorrenziali nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, relazione per il gruppo pomeridiano del 6 ottobre 2009, nell'ambito dell'incontro di studio sulle invalidità contrattuali ed il diritto europeo organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, p. 45. Per un quadro dettagliato circa i criteri seguiti dalla giurisprudenza italiana sull'azione del danno *antitrust* e per la determinazione del *quantum* cfr. BENACCHIO – CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno*, *op. cit.*, p. 122-123. La liquidazione in via equitativa del danno da illecito *antitrust* costituisce, in prima analisi, una valida soluzione; tenendo conto, infatti, della peculiarità della fattispecie di danno in esame (caratterizzata dal fatto che la perdita derivante dal danno *de quo* ha "*natura prevalentemente intangibile*") sarebbe alquanto arduo fornire una piena prova del danno *antitrust*. In altre parole, il danneggiato, in tale ipotesi, corre il rischio di non ricevere alcun risarcimento. Per questi motivi l'ordinamento dovrebbe consentire una determinazione "largamente approssimativa ed essenzialmente presuntiva" dell'entità del risarcimento da illecito *antitrust*; tale limitazione, tuttavia, non dovrebbe precludere il riconoscimento di un'adeguata tutela al danneggiato, seppur questa possa avvenire *ex post* (GENOVESE, *op. ult. cit.*, pp. 238 e 244). Un secondo ordine di considerazioni muovono a favore del riconoscimento in via equitativa del danno in questione: al riguardo, è d'uopo rammentare come gli articoli 1226 e 2056 c.c. già contemplino il ricorso a tale tecnica (seppur si tratti di disposizioni previste in via generale). A fronte di tali condivisibili premesse, tuttavia, occorre specificare che non tutte le problematiche connesse alla determinazione del *quantum* del risarcimento derivante da illecito *antitrust* sono risolte dal ricorso alla tecnica della liquidazione equitativa. Infatti, come è stato sottolineato in dottrina "*questa regola [...] non è sufficiente a "organizzare" la rappresentazione del danno risarcibile, pur potendo servire alla determinazione del quantum dell'obbligazione risarcitoria in casi particolari. La liquidazione equitativa del risarcimento integra, non sostituisce, la rappresentazione del danno risarcibile che richiede la ricostruzione della situazione nella quale il danneggiato [...] si sarebbe trovato in mancanza dell'illecito*" (GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 239).

giuridico di appartenenza, è facile notare come, nel caso di specie, la fattispecie in esame integrerebbe appieno gli estremi di un illecito *ex art. 2043 c.c.*, nell'ambito del quale il danno ingiusto si configurerebbe come lesione alla libertà contrattuale nonché alla posizione economica dell'imprenditore quale soggetto attivo e agente in un dato contesto economico e di mercato.<sup>114</sup>

Difatti, com'è noto, è ormai da tempo in atto un meccanismo di progressivo ampliamento della nozione di danno ingiusto di cui alla norma citata, tanto che vi è unanimità di consensi nel ritenere che lo stesso presenti delle c.d. "*mobili frontiere*"<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Secondo una risalente cassazione, le norme sulla concorrenza sleale (artt. 2598 e ss. c.c.) rappresentano un'applicazione specifica del dovere generico di non cagionare danni ingiusti ad altri (art. 2043 c.c.), riferita al campo della tutela dei prodotti dell'azienda e la violazione delle stesse comporta responsabilità extracontrattuale a carico del colpevole; quando, invece, il patto di non concorrenza è inserito in un contratto, la sua inosservanza dà luogo ad una responsabilità esclusivamente contrattuale. Ne consegue che la controversia insorta a seguito della violazione del patto di non concorrenza, inserito in un contratto di agenzia caratterizzato da un rapporto di parasubordinazione, configura una ipotesi di responsabilità contrattuale, che rientra nella competenza per materia del pretore in funzione di giudice del lavoro, cfr. Cass., 28 febbraio 1992, n. 2501. Inoltre, in base ad una più recente sentenza, l'art. 2598, c. 3 c.c. fissa una nozione di concorrenza sleale più ampia di quella propria dei due precedenti numeri riferendosi all'uso diretto o indiretto di ogni altro mezzo contrario ai principi della correttezza professionale; l'idoneità di tale uso a danneggiare l'altrui azienda, per il suo potenziale effetto di sviamento della clientela, rende irrilevante la confondibilità obiettiva e materiale dei prodotti e delle attività concorrenti (principio enunciato dalla S.C. in riferimento alla condotta di un imprenditore che, gestendo un bar nelle immediate vicinanze di un esercizio concorrente, famoso per l'offerta di ristorazione accompagnata da un servizio di orchestra all'esterno, aveva esposto un cartello con la scritta "nessun supplemento per la musica", così da indurre il pubblico a ritenere che egli ponesse gratuitamente a disposizione della clientela un servizio, fornito in realtà da altri), cfr. Cass., 4 giugno 2008, n. 14793.

<sup>115</sup> GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, I, p. 1. Nell'ambito di quest'evoluzione, non può non ricordarsi come la giurisprudenza riconosca ormai da tempo pacificamente la risarcibilità del danno da lesione di libertà contrattuale, declinato in vari frangenti (tra questi, *ex multis*, possono ricordarsi l'induzione all'inadempimento, anche ove la stessa provenga da un terzo).

## **7. Del rifiuto di corrispondere quanto dovuto a fronte della prestazione interamente ricevuta quale violazione del principio di buona fede contrattuale.**

Il consolidato orientamento – che contempla un ampliamento progressivo della nozione di danno ingiusto – volto a sanzionare in maniera rigorosa condotte illecite nell’ambito di rapporti commerciali, si pone in linea anche con una tendenza venutasi ad affermare presso una parte, seppur ad oggi minoritaria, della dottrina italiana e di alcune – ad oggi ancora isolate – pronunce di merito in virtù delle quali, alla luce dei principi fondanti del diritto europeo dei contratti, accanto al c.d. “*primo contratto*” (ossia quel contratto stipulato tra operatori posti sul medesimo piano di potere negoziale ed economico) e al c.d. “*secondo contratto*” (ossia i c.d. contratti del consumatore) sarebbe configurabile anche un c.d. “*terzo contratto*”, ossia il contratto stipulato tra parti, entrambi professionali, ma connotato da una situazione di asimmetria tra i contraenti. La cornice giuridica che legittimerebbe la configurabilità di siffatto *tertium genus* contrattuale, si identificerebbe nello specifico (i) con le norme in tema di subfornitura, di cui alla L. 18 giugno 1998, n. 192, così come modificata dalla L. 5 marzo 2001, n. 57 e, quindi, dal Dlgs. 9 ottobre 2002 n. 231, che si prefigge *inter alia* lo scopo di garantire al subfornitore una tutela di tipo sostanziale, più efficace, quindi, di quella predisposta dal codice civile in generale (a tale riguardo viene in considerazione, in particolare, l’art. 9 di tale legge, che ha introdotto il concetto di “abuso di dipendenza economica”); (ii) con la citata disciplina in tema di ritardo nel pagamento nelle transazioni commerciali e, infine, (iii) con quella relativa all’affiliazione commerciale, di cui alla L. 6 maggio 2004, n. 129<sup>116</sup>. Ad ogni buon conto, indipendentemente dall’accoglimento o meno di tale orientamento, il comportamento tenuto dal committente già si presta ad essere censurato alla luce dei vigenti principi di diritto contrattuale a presidio dei contratti commutativi. Segnatamente, nella fattispecie prospettata, lo squilibrio atto a creare una situazione di anomala asimmetria di potere contrattuale, tale da alterare gli ordinari equilibri

---

<sup>116</sup> In dottrina: GITTI – VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008. Per una diversa impostazione si veda anche ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002.

di un rapporto sinallagmatico, verrebbe a coincidere con il potere, autoattribuitosi arbitrariamente da una parte – il committente – che, avendo ricevuto per intero la prestazione gravante sulla propria controparte – l'appaltatore – eserciterebbe in maniera del tutto arbitraria ed ingiustificata il diritto di rifiutare di corrispondere la controprestazione sulla stessa incumbente, adducendo pretestuosi motivi. Tale comportamento, palesemente scorretto, avrebbe quale effetto distorsivo quello di trasformare il contratto di appalto da commutativo ad aleatorio, per lo meno per una sola parte (l'appaltatore), che si vedrebbe privata delle tutele intrinseche allo stesso rapporto sinallagmatico, proprio dei contratti commutativi, senza aver giammai inteso prestare il proprio consenso a siffatto tipo di contratto e che, comunque, si paleserebbe come del tutto anomalo anche nella cornice dei contratti aleatori, poiché il rischio dell'intera operazione economica graverebbe sin dall'inizio, e per di più in maniera assolutamente certa, soltanto su una parte.

E' certamente vero che l'ordinamento riconosce piena validità ed effetti a contratti in cui ad una parte venga conferito il potere discrezionale di valutare la qualità e le caratteristiche della prestazione resa dalla controparte, e che tali contratti hanno notevole diffusione nella prassi degli operatori economici (c.d. *satisfaction contracts*, *output or requirement contracts*, contratti di edizione, *et cetera*) e ciò sia in Italia che in altre realtà economiche straniere, pur tuttavia è altrettanto vero che in tutti gli ordinamenti giuridici, compreso quello italiano, tale potere non può sconfinare nel mero arbitrio, ma deve essere esercitato in ossequio ai principi di buona fede e correttezza<sup>117</sup>.

Ove viceversa, come nel caso in esame, il rifiuto di corrispondere alcunché, a fronte dell'intera esecuzione della prestazione ad opera della controparte, si ponga in palese contrasto con tali principi, la parte che tenga questo comportamento si renderà responsabile di un illecito contrattuale idoneo a legittimare la domanda di controparte di

---

<sup>117</sup> Per quanto riguarda l'ordinamento statunitense, il limite è quello della ragionevolezza: cfr. Uniform Commercial Code § 2-306. Sul punto FRANCIOSI, *Trattative e due diligence tra culpa in contrahendo e contratto*, Milano, 2009.

risarcimento danni per abuso del diritto<sup>118</sup>. A tale proposito, in merito alla determinazione del *quantum* si è già espressa la giurisprudenza del Tribunale di Milano che ha quantificato (nel caso di specie in tema di contratti assicurativi) la violazione del principio di buona fede nella misura del 10% del capitale minimo garantito<sup>119</sup>.

## 8. Della violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo

Per dovere di completezza, si sottolinea come i danni patiti dall'appaltatore in seguito al reiterato ritardo nel pagamento da parte del committente che, nel frattempo, è stato citato in giudizio, si estendono anche a quelli causati dalla lesione del suo diritto ad una ragionevole durata del processo, principio sancito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e riconosciuto nel nostro ordinamento dalla

---

<sup>118</sup> Si veda AA.VV., *Il principio di buona fede*, in *Quaderni Sc. Sup., Giornata di studio Pisa 14-06-1985*. Ulteriori spunti relativi al rapporto tra dottrina nordamericana e risvolto economico si traggono da AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna 1998, passim. Un'ultima osservazione merita il riferimento alla "grave iniquità" di cui all'art. 7 del D.lgs. citato. Se da un lato tale concetto sembra richiamare la figura dell'abuso del diritto risulta più convincente rifarsi alla violazione del principio di buona fede. Cfr., fra gli altri, PATTI, *Abuso del diritto*, Dig. 4 ed., Disc. Priv., sez. civ., I, Torino 1993, p. 1; SALVI, *Abuso del diritto*, I, Enc. Giur., Roma 1988; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 8 ed., Napoli 1964, p. 76; NATOLI, *Note preliminari alla teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1958, p. 26; RESCIGNO, *Notazioni generali sul principio di buona fede*, in *Aa.Vv. cit.*, p. 33.

<sup>119</sup> Trib. Milano, 12 febbraio 2010, in *Il foro italiano*, 2010, I, 1626, con nota di Belchi e Palmieri. Nel dispositivo si legge: "Ricorrendone i presupposti, come anche di recente statuito dalla Suprema Corte in ordine alla risarcibilità dei danni conseguiti alla violazione della norma di buona fede, va considerato che l'attore ha patito di tutta evidenza un pregiudizio patrimoniale e non; il primo è legato alla ritardata possibilità di disporre dell'importo costituito dal capitale minimo garantito [...] per cui si presume che sia stato costretto a procurarsi in altro modo introiti a copertura di quelli ormai incerti, che era riuscito ad accantonare; il pregiudizio non patrimoniale consiste invece nella naturale frustrazione che il rifiuto della società gli ha procurato, nell'ansia ed apprensione per il suo futuro e quello dei suoi cari, nello stato di angoscia e di rabbia che procura l'illecita sottrazione di una così ingente somma [...]. Tali danni, presuntivamente provati, vanno risarciti in via equitativa, stante la difficoltà di dimostrarne l'entità, nella misura congrua del dieci per cento".

legge 89 del 2001, c.d. Legge Pinto. Sulla base di tale disposto, è stato stabilito che un soggetto che voglia far valere i propri diritti in un giudizio, laddove tale facoltà gli sia temporaneamente preclusa a causa di un'eccessiva durata del procedimento stesso, ha diritto a richiedere alla Corte d'Appello competente<sup>120</sup> un'equa riparazione, quantificabile in una somma variabile tra i 1.000 ed i 1.500 Euro per ogni anno eccedente il termine di ragionevole durata<sup>121</sup>.

Occorre, infine, precisare come il danno da violazione del principio di ragionevole durata del processo non abbia natura soltanto patrimoniale, ma anche *extrapatrimoniale*, come comunemente riconosciuto dall'orientamento giurisprudenziale che, addirittura, conferisce facoltà al danneggiato di richiedere alla CEDU un'integrazione dell'entità del ristoro del danno non patrimoniale nel caso questo non fosse stato riconosciuto integralmente, a causa di lacune della nostra legge nazionale.

## 9. Considerazioni conclusive.

In considerazione dei rilievi svolti, si ritiene che la fattispecie prospettata - consistente nel rifiuto del committente di un appalto privato di corrispondere alcunché di quanto pattuito in virtù di detto contratto, a fronte dell'avvenuta esecuzione della prestazione ad opera dell'appaltatore che, identificandosi con un'impresa di dimensioni medio-piccole, si sia dapprima fatto interamente carico degli oneri economici e finanziari connessi alla realizzazione della prestazione complessa dedotta in contratto e, una volta eseguita quest'ultima, si

---

<sup>120</sup> Nella legge 24 marzo 2001 n. 89, c.d. Legge Pinto, al primo comma dell'articolo 3 è previsto che la competenza in materia sia stabilita dal disposto dell'articolo 11 del Codice di Procedura Penale per la competenza a giudicare nei procedimenti riguardanti i magistrati nel cui distretto è concluso o estinto relativamente ai gradi di merito ovvero pende il procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata.

<sup>121</sup> Il termine in questione, variabile tra l'altro per ogni grado di giudizio, è quello previsto all'articolo 6 paragrafo 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955 n. 848. Sulla base di uniforme orientamento della giurisprudenza della CEDU, tale termine è individuato per i procedimenti di merito in tre anni.

sia visto opporre il menzionato rifiuto della controparte di corrispondere alcuna somma - atteso il carattere plurioffensivo<sup>122</sup> della stessa, si presti ad una serie distinta di rilievi.<sup>123</sup>

Appurato l'*an* del diritto al risarcimento, è possibile rilevare una tendenza comune nel nostro ordinamento, più riscontrabile, come al solito, nelle regole operazionali che nelle dichiarazioni di principio: la volontà di porre la parte non inadempiente in una condizione economica analoga a quella in cui si sarebbe trovata se l'altra parte avesse regolarmente adempiuto alla propria prestazione<sup>124</sup>. Quindi, nella fattispecie in esame, le corti giudicanti dovranno innanzitutto risarcire il danno come emerge dal contratto (*i.e.*, il prezzo del servizio

---

<sup>122</sup> Il carattere plurioffensivo dell'inadempimento del committente legittima il ricorso da parte dell'appaltatore ad una serie di richieste. Richiamandoci ad ogni buon fine alle osservazioni sopra è ipotizzabile questa breve tassonomia delle voci di danno: (i) risarcimento del danno patrimoniale (danno emergente e lucro cessante); (ii) corresponsione dei corrispondenti interessi declinati nelle categorie degli interessi moratori *ex art.* 1224 c.c., comma 1, corrispettivi *ex art.* 1282 c.c. e compensativi *ex art.* 1499 c.c., da liquidarsi secondo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza ed in ossequio alle recenti innovazioni introdotte *in subjecta materia* dalla Direttiva 2000/35/CE; (iii) risarcimento del danno non patrimoniale, collegato tanto alla lesione della reputazione dell'impresa (risarcimento da ammettersi secondo una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 1174, 1223 e 1454 c.c. con gli artt. 2 e 3 Cost. così come statuito da Cass. 25157/2008) nonché del danno alla salute cagionato (da una lettura costituzionalmente orientata degli articoli del codice civile precedentemente menzionati e l'art. 32 Cost. come sentenziato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 26972/2008), entrambi da liquidarsi in via equitativa ad opera del giudice; (iv) una richiesta diretta al riconoscimento del c.d. *danno da perdita di chance*; (v) danno conseguente all'eventuale fallimento dell'impresa; (vi) danno per eventuale eccessiva durata del processo (secondo quanto statuito della legge 89 del 2001, c.d. Legge Pinto); (vii) la richiesta di corresponsione di pagamento di ogni spesa, anche legale, per il recupero della somma dovuta ai sensi dell'art. 6 del citato D.lgs. 231/2002; (viii) la richiesta di risarcimento del danno *ex artt.* 1375 e 1175 c.c. per esercizio abusivo del potere discrezionale attribuito *ex contractu* al committente, poiché esercitato in violazione dei doveri di buona fede e correttezza contrattuale.

<sup>123</sup> Dei quali, si precisa, occorrerà far menzione in sede di richieste già in primo grado, per non incorrere nel divieto di *cd. nova* nel corso di un eventuale giudizio di appello essendo, le stesse domande autonome e distinte.

<sup>124</sup> Tra l'altro, con una semplificazione probatoria solo parzialmente attenuata dall'ultima recente sentenza della Cassazione 19499/2008. Quindi fondamentali risultano oggi i riferimenti al fatturato e all'utilità marginale netta che conservano un gusto economico e bene riflettono l'uso prevedibile del denaro da parte dell'imprenditore.

o del bene). Ma questa non è altro che il punto di partenza o la base di calcolo. La giurisprudenza ha tradotto in termini legali quella che era la realtà economica: innanzitutto col danno da perdita di *chance*, ma anche con l'interpretazione sistematica data alla disciplina degli interessi che conserva della lettera del codice solo il valore di soglia minima di risarcimento.

Attento a queste esigenze è stato anche il legislatore comunitario che, con la Direttiva 2000/35/CE, ha aperto le porte alla possibilità di recuperare le spese sostenute per soddisfare le proprie ragioni creditorie e all'adozione di misure deterrenti quali sanzioni amministrative, la possibilità di ricorrere alle associazioni di categoria nonché un'estensione della misura degli interessi moratori. A ciò si aggiunge un'altra componente imprescindibile in un'ottica di pieno ristoro del danneggiato e cioè il risarcimento del danno non patrimoniale (figlio di una felice ricostruzione in chiave costituzionalmente orientata del danno) nonché le due voci eventuali del danno da fallimento e da violazione del principio di buona fede.

L'ingresso nell'ordinamento di un diritto al risarcimento per condotta anticoncorrenziale e la possibilità di esercitare una riserva di proprietà – come indicato nella Direttiva 2000/35/CE – costituirebbero, fuori di ogni dubbio, un momento di forte propulsione del fenomeno rilevato e di deterrenza contro la prassi degli inadempimenti ingiustificati<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> La tendenza rilevata all'ampliamento del raggio d'azione dell'istituto della responsabilità civile risulta coerente con le ragioni manifestate a livello europeo di promozione della concorrenza e di tutela del mercato. Tale ruolo della responsabilità civile può ben operare in sede di promozione di libera iniziativa economica e, lo ribadiamo, di concorrenza, non solo per quanto attiene ad un'eventuale valutazione di liceità circa le condotte concorrenziali, ma soprattutto (e forse ancor più importante) in merito alla possibilità di tutelare *ex post* "posizioni di interesse ingiustamente pregiudicate dalle modalità (illecite) dell'esercizio di tale libertà" (GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 245). In altre parole, l'allargamento del fascio d'azione della tutela risarcitoria garantirebbe una maggiore e reciproca libertà di iniziativa degli agenti economici tramite la precisa e certa individuazione di responsabilità per il danno ingiustamente arrecato (WRIGHT, *Right, justice and tort law*, in Owen (a cura di), *Philosophical foundations of tort law*, Oxford, 1995, pp. 159 ss.).