

rivista di diritto privato

2 anno XIX - aprile/giugno 2014

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

rivista di diritto privato

Publicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/62030890 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova,
Natalino Irti, Pietro Rescigno, Pietro Schlesinger,
Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore: Giorgio De Nova

Condirettori: Mario Cicala, Enrico Gabrielli,
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale: Pietro Abbadesse, Fabio Addis,
Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale,
Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale,
Massimo Confortini, Giovanni D'Amico,
Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Fabrizio di Marzio,
Aldo Angelo Dolmetta, Andrea Fusaro, Carlo Ibba,
Giancarlo Laurini, Raffaele Lener, Francesco Macario,
Vincenzo Meli, Massimo Miola, Mario Notari,
Giacomo Oberto, Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi,
Fabio Padovini, Andrea Pisani Massamormile,
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,
Michele Tamponi, Federico Tassinari, Gian Roberto Villa,
Massimo Zaccheo, Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Redazioni

Milano: Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci

Bari: Adriana Addante, Caterina Calia,
Claudia Morgana Cascione

Fotocomposizione e stampa

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Bari

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta. Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. –
Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel data base informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

I contributi pubblicati nelle rubriche "Saggi e pareri", "Profili e documenti", "Difese e decisioni" e "Problemi delle professioni" sono assoggettati alla procedura di referaggio anonimo (sistema del *blind peer review*).

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati dal Direttore preferibilmente fra i componenti del Comitato Scientifico.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

rivista di diritto privato

2014

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 2/2014

Saggi e pareri

- Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione**
di Enrico Gabrielli 167
- Integrazione di legge e riduzione conservativa nei ritardi di pagamento**
di Stefano Pagliantini 189
- Riflessioni in tema di retroversione degli utili**
di Paolo Pardolesi 217
- La cooperazione creditoria. Mora accipiendi e collaborazione del creditore**
di Paolo Gentile 237
- Profili sistematici dell'esdebitazione: dalla limitazione di responsabilità dell'imprenditore alla protezione sociale del consumatore**
di Giacomo Rojas Elgueta 261

Difese e decisioni

- Le società pubbliche possono fallire: principi, regole ed eccezioni (commento a Corte di Appello Napoli, sez. I, 24 aprile 2013, n. 57)**
di Luigi Cesaro 283

Saggi e pareri

Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*

di Enrico Gabrielli

SOMMARIO: 1. Il diritto di sospendere l'esecuzione del contratto. – 2. Fondamento e limiti di esercizio del diritto: eccezione di inadempimento e buona fede. – 3. L'eccezione di "sospensione" per il mutamento delle condizioni patrimoniali. – 4. La sospensione del contratto nel fallimento. La regola generale: fondamento e limiti. – 5. Gli effetti della regola generale. – 6. Gli effetti sul contratto e sul rapporto nel fallimento. – 7. La sospensione del contratto quale regola generale di tutela del sinallagma nel diritto dei contratti.

1. Il diritto di sospendere l'esecuzione del contratto

L'inadempimento di una parte all'obbligazione assunta al momento di costituzione del vincolo contrattuale produce numerosi effetti e conseguenze che vanno al di là del mero inadempimento, poiché si manifestano sui molteplici piani attraverso i quali il rapporto obbligatorio può essere valutato.

L'inadempimento, infatti, può trovare la propria fonte in una pluralità fatti, che il sistema del diritto delle obbligazioni codifica dal punto di vista delle ragioni che possono avervi dato luogo e del rispettivo fondamento: inadempimento grave, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità.

L'inadempimento, ovvero il rifiuto di adempiere o la sospensione del proprio adempimento, può essere però l'effetto di una reazione del contraente all'altrui inadempimento, totale o parziale, ovvero all'altrui ritardo nell'adempimento, come nel caso dell'eccezione di inadempimento¹.

* Il testo riproduce, con i dovuti adattamenti, la relazione svolta presso l'Università di Macao, in occasione del Convegno "Il sistema giuridico romanistico: un ponte tra diritti propri e diritto comune dell'Europa continentale, della Cina e dell'America Latina", tenutosi a Macao il 6 e 7 novembre 2013 e organizzato dalle Università di Macao e dello Hunan. L'occasione spiega e giustifica il tono espositivo del lavoro.

Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Giovanni Tatarano*.

¹ Cfr. Addis, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, 14 ss.; A. Benedetti, *L'eccezione di inadempimento*, in *Commentario del codice civile* dir. da E. Gabrielli, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, t. IV, p. 480 ss.; Carnevali, in *Carnevali – Gabrielli – Tamponi, Il contratto in generale. L'inadempimento*, in *Tratt. di dir. priv.* dir. da Bessone, Torino, 2011, 244 ss.; Gallo, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, vol. 3, 2173; Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in E. Gabrielli, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, dir. da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, 2a ed., t. II, 1777; Addis, *Le eccezioni dilatorie*, nel *Trattato del contratto*, dir. da Roppo, Milano, 2006, V, 413 ss;

Si parla allora di fattispecie di autotutela privata, di eccezioni dilatorie, ovvero di rimedi negoziali.

L'art. 1460 cod. civ. infatti consente, nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive², a ciascun contraente di rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre contemporaneamente di adempiere la propria, salvo che siano stabiliti termini diversi per l'adempimento o che questi risultino dalla natura del contratto.

Gli effetti dell'eccezione di inadempimento, però, non si limitano alla paralizzazione dell'altrui pretesa nel caso in cui l'altra parte risulti inadempiente³, o in ritardo nell'adempimento, ma possono produrre effetti ulteriori nel futuro eventuale giudizio di inadempimento, poiché uno dei caratteri fondamentali su cui si incentra la figura dell'eccezione di inadempimento, è rappresentato dal fatto che il rifiuto da parte del contraente di adempiere la propria obbligazione, quale esercizio di autotutela privata, per essere qualificato legittimo, e quindi non arbitrario e non abusivo, non deve essere contrario a buona fede.

La regola codificata nell'eccezione di inadempimento è antica⁴.

Seppur non contemplata nel precedente codice civile del 1865, se non per il caso del contratto di vendita (art. 1469 cod. civ.), era ciononostante applicata ed ammessa anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza dell'epoca⁵.

La funzione alla quale assolve il principio – che trova una corrispondente espressione nell'art. 1822 c.c., dettato in tema di mutuo – viene in dottrina variamente rinvenuta.

Alcuni lo intendono come un mezzo di coazione psicologica verso il debitore che, volendo ottenere la controprestazione, sa di dover adempiere alla propria per conseguire quella dovuta da controparte⁶; da altri in ragione dell'esistenza, nel qua-

Bigliazzi Geri, *Eccezione di inadempimento*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 331; 222; Dalmartello, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 354; C.M. Bianca, *Eccezione d'inadempimento e buona fede*, in Aa. Vv., *Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, Padova, 1992, 528.

² Per l'esame di alcuni significativi problemi connessi con il problema del rapporto di corrispettività sul quale si innesta il meccanismo dell'autotutela privata, cfr. Carnevali, *op. cit.*, 247-248.

³ Si osserva in dottrina (A. Benedetti, *L'eccezione di inadempimento*, cit., p. 510) che le parti, nella fissazione dell'assetto contrattuale, possono variamente disciplinare introducendo limiti, restrizioni, ampliamenti o varianti, il meccanismo dell'*exceptio*, salvo che la legge garantisca una piena utilizzabilità dell'eccezione a garanzia degli interessi di una parte contrattualmente debole, come ad esempio accade per la limitazione o l'esclusione dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore, inclusa nell'elenco delle clausole presunte vessatorie dall'art. 33, lett. r), del codice del consumo.

⁴ Cfr. Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Annali Palermo*, 1921, 74.

⁵ Cfr., sull'art. 1469 del cod. civ. del 1865, F. Addis, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit. 35 ss.

⁶ Realmondo, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 239; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2001, p. 989; Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 272.

dro degli strumenti di autotutela negoziale assegnati alle parti dall'autonomia privata⁷, di un diritto potestativo “di provocare la temporanea inesigibilità della prestazione da lui dovuta”⁸; da altri ancora come strumento avente funzione di garanzia contro l'altrui inadempimento, ed in quanto tale funzionale ad assicurare la fruttuosità della futura azione esecutiva, conseguente alla risoluzione del contratto⁹; ovvero come strumento di conservazione del rapporto di corresponsività tra le prestazioni¹⁰.

Sempre nella prospettiva rimediale, parte della dottrina lo inquadra come uno «strumento offerto a difesa del debitore» il cui effetto consisterebbe nel giustificare un inadempimento astrattamente in violazione di legge (*contra ius*)¹¹; fino a giungere a chi collocando lo strumento nella più ampia categoria delle eccezioni dilatorie ritiene che lo stesso possa trovare in ragioni di economia processuale il suo fondamento¹².

Pur nella diversità delle opinioni¹³, tuttavia, è riscontrabile un dato costante nell'interpretazione della fattispecie, vale a dire che si tratti di un effetto naturale

⁷ Cfr. tra coloro che lo collocano nel quadro degli strumenti di autotutela, Vecchi, *L'eccezione di inadempimento*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* a cura di Mazzamuto, Torino 2002, 378 ss.; Bianca C.M., *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano 1994, 329 ss.; Bigliazzi Geri, *Eccezione d'inadempimento*, cit., 331.

Carnevali, *op. cit.*, 244, osserva però che tale inquadramento, in realtà, non sembra che conduca a conseguenze pratiche di rilievo.

⁸ Bigliazzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, 193 ss.

⁹ Cfr. G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pp. 300 ss.; in senso critico cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., 345.

¹⁰ Cfr., fra gli altri, Messineo, *Dottrina generale del contratto*, rist. 3a ed., Milano, 1952, p. 534; Betti, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 531, che la considera una clausola funzionale a quella reciprocità su cui i rapporti sinallagmatici sono imperniati; Dalmartello, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 355; Mirabelli, *Dei contratti in generale*, 3a ed., in *Comm. cod. civ.* UTET, Torino, 1980, 637; C. M. Bianca, *op. ult. cit.*, 344-345, segnatamente nella prospettiva della tutela della parte a non privarsi della prestazione senza avere il vantaggio della controprestazione; Addis, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 425, che la inquadra come strumento predisposto dall'ordinamento e diretto a preservare la corrispondenza tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale.

Cfr. anche, in giurisprudenza, Cass. 17 marzo 2006, n. 5938; Cass. 28 maggio 2003, n. 8467; Cass. 16 novembre 1999, n. 12669; Cass. 5 gennaio 1998, n. 41, che collocano l'*exceptio* nell'ambito della fase funzionale del rapporto.

¹¹ Grasso, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973, 90.

¹² Addis, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 417; Id., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 30, il quale osserva che il vero profilo problematico della tutela in esame «è rappresentato essenzialmente dalla valutazione – operata al momento della stipulazione del contratto – del rischio d'inadempimento da parte del soggetto che pretenda di valersene».

¹³ Per un analitico esame critico e ricostruttivo delle tesi prospettate in dottrina cfr. Addis, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 16 ss.

Carnevali, *op. cit.*, 244, rileva che in realtà tutte le tesi formulate per dare spiegazione alla fattispecie, sono sostenibili “se si ha riguardo ai motivi che, secondo i casi, spingono l'*excipiens* a rifiutare di adempiere: può darsi che egli tema di non poter recuperare la prestazione eseguita se l'altro contraente rimane inadempiente”.

della tutela del sinallagma contrattuale, in attuazione della regola in base alla quale, nei contratti corrispettivi, ciascuna prestazione trova la sua giustificazione nell'altra, così che la mancata (o inesatta) esecuzione dell'una legittima la mancata (anche se non l'inesatta, né la definitiva) esecuzione dell'altra, dando così attuazione ad un principio generale di tutela del contraente adempiente o comunque pronto ad adempiere, che trova analoghe manifestazioni anche in altri ordinamenti¹⁴.

Se dunque non v'è dubbio che la norma predispone uno strumento di tutela e di reazione all'altrui inadempimento¹⁵, in forza di una sostanziale «*legittima difesa*» contrattuale che si fonda sulla circostanza che esso costituisce una reazione (dilatoria e provvisoria) all'altrui inadempimento – al punto tale che essa giustifica perfino un rifiuto di adempiere (che in sé considerato, e quindi al di fuori del caso della reazione all'altrui inadempimento, darebbe luogo ad un inadempimento rispetto ad un contratto vincolante) – appare allora evidente che il creditore non inadempiente può, a fronte dell'inadempimento del suo debitore, e pur senza attuare la clausola risolutiva espressa e quindi dichiarare la risoluzione del contratto, porre in atto quello che autorevole dottrina chiama un «autoesonero temporaneo dall'obbligo di adempiere»¹⁶.

Lo strumento, proprio perché costituisce una forma di autotutela privata avente una portata generale ed applicabile a tutti i contratti, si configura come un'eccezione sostanziale¹⁷ di carattere essenzialmente “sospensivo”, la cui funzione è quella di produrre un effetto “immediatamente paralizzante” sul nesso di corrispettività tra le prestazioni con la conseguenza che il diritto dell'altro contraente di chiedere l'adempimento (o, in alternativa, la risoluzione) e il risarcimento del danno, viene temporaneamente fermato, poiché si contrappongono due diversi ed opposti diritti potestativi, dato che con l'eccezione di inadempimento il contraente fa valere un proprio controdiritto che, in quanto contrapposto al fatto costitutivo affermato dall'attore, lo paralizza.

In quanto “eccezione sostanziale” può essere fatta valere anche mediante una dichiarazione stragiudiziale, oppure può essere opposta in giudizio all'altro contraen-

te, oppure che sia convinto di esercitare una forte pressione psicologica sull'altro contraente, oppure che voglia semplicemente attendere per vedere se la situazione si chiarisca. per poi determinarsi di conseguenza”.

¹⁴ Cfr. ad esempio, la legge cinese sui Contratti, artt. 66, 67 e 68.

¹⁵ Si segnala (Carnevali, *op. cit.*, 243) che l'*exceptio* non va confusa con il diritto di ritenzione, per quanto all'apparenza le due fattispecie possano presentare dei punti di contatto, dato che così come il debitore della prestazione di riconsegnare un bene lo trattiene presso di sé, in attuazione del diritto di ritenzione, così, potrebbe sembrare, che il contraente eccipiente trattiene presso di sé la prestazione dovuta all'altro contraente; laddove, invece, “la distinzione tra i due istituti è tutt'altro che netta, perché vi sono alcuni casi in cui il diritto di ritenzione appare assumere la configurazione di un'eccezione d'inadempimento”.

¹⁶ Sacco, in Sacco – De Nova, *Il contratto*, Torino, 1993, II, 644.

¹⁷ Cfr. per tutti Realmonte, *op. cit.*, 234; Bigliazzi Geri, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 1 ss.

te¹⁸, ed in tal senso si configura come una eccezione di portata più ampia di una mera eccezione di natura processuale¹⁹.

Sul piano della dialettica delle contrapposte posizioni dei contraenti, va segnalato che l'eccezione fatta valere stragiudizialmente non impedisce all'*excipiens* di domandare successivamente in giudizio la risoluzione del contratto (eventualmente in via riconvenzionale di fronte ad una domanda di adempimento o di risoluzione dell'altro contraente), ovvero di inviare una diffida ad adempiere, oppure di dichiarare di volersi avvalere di una clausola risolutiva espressa, poiché come si osserva da autorevole dottrina, ciò «è coerente con l'efficacia della clausola, che serve a “congelare” il rapporto contrattuale (e per questo viene tradizionalmente definita come eccezione “dilatoria”) in attesa di vedere se l'altro contraente si decida ad adempiere: l'*excipiens* può, ad un certo momento, perdere interesse ad un sia pur tardivo adempimento

¹⁸ Carnevali, *op. cit.*, 246, il quale rileva che in questo secondo caso, sempre che l'eccezione sia legittimamente opposta, essa ha lo scopo di paralizzare una domanda giudiziale di adempimento proposta dall'altro contraente, ma serve anche a paralizzare una domanda giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento dell'eccepente, una diffida ad adempiere o una dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa (in tal senso in giurisprudenza, cfr. Cass. 28 marzo 2001, n. 4529; Cass. 4 novembre 2009, n. 23345; Cass. 13 luglio 2005, n. 14737; Cass. 12 febbraio 2002, n. 2706; Cass. 5 agosto 2002, n. 11728; Cass. 4 luglio 2002, n. 9517; Cass. 13 aprile 2000, n. 4122; Cass. 11 agosto 1997, n. 7480; e altre. Con riferimento alla clausola risolutiva espressa cfr. Cass. 13 luglio 1982, n. 4122; Cass. 21 gennaio 1982, n. 400).

Nel caso in cui sia stabilito un termine essenziale (art. 1457 cod. civ.) a favore dell'altro contraente, l'eccezione impedisce la risoluzione di diritto del contratto alla scadenza del termine stesso perché l'*excipiens* non può essere considerato inadempiente (Bigliuzzi Geri, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 47 ss.). L'eccezione fatta valere stragiudizialmente non impedisce all'*excipiens* né di domandare in un secondo momento la risoluzione del contratto in via giudiziale (eventualmente mediante domanda riconvenzionale di fronte ad una domanda di adempimento o di risoluzione dell'altro contraente), né di inviare una diffida ad adempiere o di dichiarare di volersi avvalere di una clausola risolutiva espressa. Trattandosi di comportamenti coerenti con l'efficacia della clausola, di natura tipicamente dilatoria, il cui effetto è proprio quello di “congelare” il rapporto contrattuale in attesa di vedere se l'altro contraente si decida ad adempiere: l'*excipiens* può, ad un certo momento, perdere interesse ad un sia pur tardivo adempimento dell'altro contraente e optare per la risoluzione del contratto sia in via diretta, sia in via riconvenzionale: così Carnevali, *op. cit.*, 246, il quale rileva che nel caso in cui sia stabilito un termine essenziale (art. 1457 cod. civ.) a favore di uno dei contraenti, quest'ultimo non ha la possibilità di opporre l'*exceptio*, perché l'inadempimento dell'altro contraente causa *ipso iure* la risoluzione del contratto stesso; tuttavia non pare precluso al contraente a favore del quale il termine è apposto il dichiarare entro tre giorni (art. 1457, comma 2, c.c.) di volere ugualmente l'esecuzione del contratto e di essere pronto ad adempiere contestualmente all'altro.

¹⁹ Carnevali, *op. cit.*, 246, secondo il quale tale eccezione attribuisce al contraente eccepente il diritto di sospendere temporaneamente l'esecuzione del contratto, e – trattandosi di un diritto, tipicamente potestativo, al quale l'altro contraente rimane soggetto, a condizione che l'eccezione sia stata legittimamente esercitata – può essere neutralizzato solo con l'esecuzione della prestazione dovuta all'*excipiens*, e quindi l'eccepente che rifiuta di eseguire la consegna del bene venduto non cade in mora e non è perciò impedito il passaggio del rischio del perimento del bene secondo le regole generali. Se la prestazione dell'eccepente diventa impossibile per caso fortuito pur dopo il rifiuto di adempiere, non si applica l'art. 1221 cod. civ. e l'eccepente è liberato dalla sua prestazione con le ulteriori conseguenze stabilite dall'art. 1463 cod. civ.

dell'altro contraente e optare per la risoluzione del contratto sia in via diretta, sia in via riconvenzionale»²⁰.

2. Fondamento e limiti di esercizio del diritto: eccezione di inadempimento e buona fede

Il fondamento, ed al medesimo tempo, il limite di esercizio del diritto potestativo dell'eccepiente è dunque segnato dal principio di buona fede.

La formula della norma è infatti assai chiara in tal senso “non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede”, che in questo caso si caratterizza come legittimo esercizio delle proprie ragioni, e che si distingue dal rimedio della risoluzione, perché si fonda sull'altrui inadempimento, ma non produce lo scioglimento del contratto e non necessita, per il suo utilizzo, dei medesimi presupposti soggettivi ed oggettivi.

L'interpretazione della norma, e del principio di buona fede applicato alla stessa, ha trovato un particolare risalto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale si è formata prevalentemente con riguardo al tema dell'inadempimento inesatto, piuttosto che a quello dell'inadempimento totale, ed è orientata nel senso che la facoltà del debitore di rifiutare la propria prestazione sia subordinata alla gravità dell'inadempimento altrui, cioè che, secondo la formula legislativa dettata dall'art. 1455 c.c., si tratti di un inadempimento di non “scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte”²¹.

La nozione di buona fede sembrerebbe quindi servire per dare ingresso ad una valutazione di proporzionalità tra l'inadempimento e l'eccezione, al fine di valutare la sostanziale comparabilità delle prestazioni ineseguite e di quelle rifiutate in via di eccezione, dando così luogo a quello che la giurisprudenza chiama il “giudizio di proporzionalità dell'inadempimento”.

In questa prospettiva diventa rilevante l'intervento del giudice, poiché egli è chiamato a svolgere un controllo ed una valutazione di tipo “comparativo” degli opposti inadempimenti, nell'ambito della quale deve avere riguardo, non soltanto all'ele-

²⁰ Carnevali, *op. cit.*, 247, il quale segnala che nel caso in cui sia stabilito un termine essenziale (art. 1457 cod. civ.) a favore di uno dei contraenti, quest'ultimo non ha la possibilità di opporre l'*exceptio*, dato che l'inadempimento dell'altro contraente produce *ipso iure* la risoluzione del contratto stesso: va tuttavia rilevato che non pare precluso al contraente a favore del quale il termine è apposto di dichiarare entro tre giorni (art. 1457, comma 2, c. c.) di volere ugualmente l'esecuzione del contratto e di essere pronto ad adempiere contestualmente all'altro.

²¹ Cfr., ad esempio, Cass. 3 luglio 2000 n. 8880, in *Riv. not.*, 2001, 242; Cass. 5 marzo 1984 n. 1530; Cass. 8 luglio 1981 n. 4486.

Nel senso della necessaria gravità dell'inadempimento quale presupposto per la valida opposizione dell'eccezione prevista dall'art. 1460, comma 2, c.c., cfr. Cass. 7 maggio 1982 n. 2843; Cass. 24 febbraio 1982 n. 1182; Cass. 4 dicembre 1981 n. 6441; Cass. 21 febbraio 1979 n. 1123.

mento cronologico dei rispettivi inadempimenti, ma al fondamentale criterio di proporzionalità degli stessi rispetto alla causa in concreto del contratto, e quindi agli interessi nello stesso dedotti, nonché alla rispettiva incidenza di tali inadempimenti sull'equilibrio tra le contrapposte prestazioni e sulle posizioni delle parti contraenti.

Con la conseguenza che, all'esito di tale giudizio – in presenza di una valutazione del giudice che ritenga che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave, ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 cod. civ. – deve ritenersi che il rifiuto, di colui che ha mosso l'eccezione di adempimento, non sia conforme a buona fede e, quindi, non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c., comma 2, “secondo cui l'eccezione di inadempimento deve trovare giustificazione nel legame di corrispettività tra le prestazioni e quindi nella non scarsa importanza dell'inadempimento imputato alla controparte”, con la conseguenza che lo stesso risulterà soccombente nel giudizio di risoluzione con le relative conseguenze²².

Questo orientamento, oramai costante e consolidato, viene però in parte criticato da chi ritiene che debbano essere tenuti distinti il piano della gravità dell'inadempimento da quello dell'eccezione di inadempimento, poiché, anche secondo l'opinione di una parte seppur minoritaria della giurisprudenza²³, la gravità dell'inadempimento

²² Cass. 27 marzo 2013, n. 7759, in *Giust. civ.*, 2013, I, 968, secondo la quale la verifica sulla configurabilità della buona fede ex art. 1460, comma 2, c.c. va effettuata sull'esistenza del grave inadempimento della controparte e sulla, conseguente, necessaria comparazione tra gli opposti inadempimenti, avuto riguardo per lo più alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto; nello stesso senso cfr.: Cass. 6 luglio 2009, n. 15769; Cass. 16 maggio 2006 n. 11430; Cass. 3 luglio 2000 n. 8880; Cass. 3 febbraio 2000 n. 1168; Cass. 27 settembre 1999 n. 10668; Cass. 22 gennaio 1985 n. 250; Cass. 5 marzo 1984 n. 1530; Cass. 7 maggio 1982 n. 2843; Cass. 8 luglio 1981 n. 4486.

La giurisprudenza precisa, inoltre, per quanto attiene all'oggetto della valutazione comparativa, che non assumono rilievo le sole obbligazioni principali dedotte in contratto, ma anche le obbligazioni cd. secondarie, cioè quelle obbligazioni che pur non riferendosi alle prestazioni principali assumono rilevanza essenziale per le parti sul piano sinallagmatico, quali ad esempio quelle di collaborazione, informazione e protezione, il cui apprezzamento, ai sensi dell'art. 1455 c.c. va privilegiato qualora il loro inadempimento abbia determinato l'inadempimento della controparte (cfr. in questo senso, Cass. 16 gennaio 1997 n. 387).

²³ Cass. 13 febbraio 2008, n. 3472, secondo cui il “grave inadempimento” che giustifica la risoluzione si distinguerebbe dalla buona fede, prevista in relazione all'eccezione di inadempimento, perché il primo e più rigoroso requisito si lega alla natura radicale e definitiva della risoluzione, mentre la seconda, determinando soltanto la sospensione temporanea dell'esecuzione del contratto e tendendo a salvaguardare l'interesse positivo all'esatto adempimento, si riferirebbe esclusivamente al mero pretesto o all'abuso. Secondo la Corte l'interesse all'esatto adempimento sarebbe tutelato, ex art. 1372 c.c., in maniera più intensa rispetto all'interesse alla risoluzione del contratto, e per tale ragione non sarebbe soggetto al limite rigoroso della non scarsa importanza, quanto piuttosto al limite della buona fede in senso oggettivo, con la conseguenza che – fermo restando il rilievo della non scarsa importanza dell'inadempimento al fine di valutare la rispondenza a buona fede del rifiuto della prestazione – si deve in ogni caso ritenere che il concetto di buona fede e quello di non scarsa importanza non sono coincidenti, né è possibile istituire tra essi un rapporto di implicazione, in ragione del quale la buona fede implicherebbe la scarsa importanza dell'inadempimento; nello stesso senso Cass. 26 gennaio 2006, n. 1690.

funge da limite alla domanda di risoluzione del contratto, mentre il rifiuto di adempiere ex art. 1460 cod. civ. tende, all'opposto, a salvaguardare l'interesse all'adempimento del contratto, con la conseguenza che scarsa importanza dell'inadempimento e contrarietà a buona fede non sono concetti tra loro identificabili in termini assoluti.

Nella prospettiva dei profili rimediali, verso i quali l'istituto può essere indirizzato per una sua migliore e più proficua applicazione, occorre tuttavia segnalare che la protezione offerta dall'eccezione non è illimitata, proprio perché si tratta di un rimedio "conservativo" del contratto, ma viene a cessare quando controparte ha fatto venire meno il suo stato di inadempienza, facendo mancare il fondamentale presupposto giustificativo dell'eccezione stessa.

Tale situazione si registra, ad esempio, non solo quando il debitore *sic et simpliciter* adempie, ma anche quando egli si offre di adempiere, mettendo a disposizione di controparte la prestazione, con un'offerta che non deve possedere i medesimi requisiti formali di quella prevista per la messa in mora del creditore²⁴.

Sicché fino a quando il contraente adempiente non fa valere il proprio potere di caducazione (mediante la risoluzione sia essa stragiudiziale, sia essa giudiziale) del contratto, manifestando quindi interesse alla risoluzione, il contraente inadempiente potrebbe sempre adempiere, ovvero offrire di adempiere.

In tal caso – a fronte della sostanziale acquiescenza, fino a quel momento, del creditore adempiente all'altrui inadempimento – l'eventuale rifiuto di accettare l'adempimento tardivo (e quindi nel caso ad esempio di un contratto di mutuo, nel quale una parte sia in ritardo ovvero inadempiente, il pagamento di alcune rate), potrebbe configurarsi come contrario al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e quindi determinare in capo al creditore adempiente un'ipotesi di inadempimento.

3. L'eccezione di "sospensione" per il mutamento delle condizioni patrimoniali

La seconda eccezione tipicamente dilatoria prevista nel codice civile italiano è quella disciplinata dall'art. 1461 c.c., cioè il potere del contraente di "sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro

In dottrina si osserva che la gravità dell'inadempimento non costituisce un presupposto necessario dell'eccezione di inadempimento ma, esclusivamente, una delle possibili circostanze da valutarsi ai fini del giudizio di conformità a buona fede (cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 342), e si sostiene che è contrario a buona fede il rifiuto dell'adempimento quando ciò comporta per l'altro contraente conseguenze eccessivamente gravose o può pregiudicare interessi inerenti alla persona dell'altro contraente e perciò di rango superiore all'interesse economico (così C. Bianca, *Diritto civile*, cit., 349), oppure quando l'inadempimento dell'altro contraente sia imputabile a ragioni scusabili ovvero il creditore vi abbia in ogni caso prestato acquiescenza (Galvano, *Diritto civile e commerciale*, 4 ed., II, 1, Padova, 2000, 574).

²⁴ La giurisprudenza sottolinea che non è sufficiente un'offerta di idonee garanzie, perché l'eccezione è stata in questo caso sollevata di fronte ad un inadempimento, e non di fronte ad un mero pericolo di inadempimento (Cass., 22.3.1968, n. 908, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce "Obbligazioni e contratti", n. 360).

sono diventate tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia”.

Questa eccezione, a differenza dall'eccezione di inadempimento, che come detto costituisce una legittima reazione all'altrui inadempimento, seppure rientra nel novero degli strumenti di autotutela negoziale, se ne differenzia tuttavia per i presupposti e le condizioni di operatività.

L'eccezione di “sospensione”, infatti, presuppone non già l'inadempimento, ma l'insicurezza di ricevere l'adempimento (*id est*: il mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore), cioè a dire il mero e futuro pericolo dell'inadempimento²⁵ e può essere attivata anche dal contraente il cui credito non sia ancora esigibile, ma che abbia fondate ragioni di temere per il conseguimento futuro della controprestazione una volta che sarà divenuta esigibile (*id est*: l'evidente pericolo di non conseguire la controprestazione)²⁶.

Con la conseguenza che, una volta esercitata legittimamente da un contraente la facoltà di sospendere l'esecuzione, alla scadenza del termine stabilito per l'esecuzione della prestazione a carico del contraente in situazione patrimoniale difficile, la situazione di sospensione del rapporto contrattuale troverà la propria soluzione.

²⁵ Forma oggetto di discussione il dubbio se il mutamento delle condizioni patrimoniali deve essere sopravvenuto alla stipulazione del contratto, ovvero se può essere anche anteriore ad essa, poiché non potrebbe legittimamente esercitare l'*exceptio* colui che *ab origine* fosse stato a conoscenza della grave situazione di difficoltà economica di controparte, anteriore alla stipulazione del contratto, e la consapevolezza in capo a questi di aver negoziato a proprio rischio, se poi egli al contrario si servisse dell'eccezione dilatoria, darebbe luogo ad un comportamento contrario a buona fede.

Discorso diverso sarebbe quello in cui, seppur conosciuta dall'altro contraente, l'originaria situazione di difficoltà economica avesse avuto un peggioramento successivamente alla stipulazione del contratto, raggiungendo poi un livello tale da creare l'evidente pericolo di non ricevere la controprestazione.

Il tema, di fronte a queste due ipotesi, si restringe sostanzialmente a valutare il caso in cui la grave situazione economica di un contraente, tale da legittimare il ricorso all'eccezione dilatoria, risultasse anteriore alla stipulazione del contratto, ma l'altro contraente ne fosse venuto a conoscenza solo dopo la stipulazione, poiché in questo caso, nonostante la formula restrittiva della norma (che con il termine “mutamento” parrebbe fare riferimento unicamente al caso in cui la situazione di difficoltà economica fosse venuta ad esistenza dopo la conclusione del contratto), l'orientamento prevalente è nel senso che il contraente adempiente potrebbe legittimamente avvalersi dell'eccezione dilatoria, se egli dimostri di avere ignorato senza colpa la preesistente inaffidabile situazione economica dell'altro contraente (Carnevali, *op. cit.*, 257, ed ivi riferimenti).

Sul punto, anche per un raffronto comparatistico, cfr. Addis, *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006, 11 ss.; Id., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 121 ss., il quale fa riferimento alla locuzione “insorgenza del mutamento” per designare “il momento dal quale il divenire della situazione patrimoniale di un contraente acquista rilievo al fine di stabilire la legittimità della sospensione dell'esecuzione della prestazione ad opera della controparte” (*op. ult. cit.*, 199 ss.).

²⁶ Così Cass., 22.1.1999, n. 602, e Cass., 24.2.1999, n. 1572, in *Giur. it.*, 2000, 736, secondo cui l'eccezione può essere sollevata anche quando l'adempimento di entrambe le parti deve essere contestuale; cfr. anche A. Benedetti, *Mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente*, in *Commentario del codice civile* dir. da E. Gabrielli, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, t. IV, 511.

In quel momento infatti si scioglierà l'alternativa tra: l'adempimento del contraente in difficoltà, con la conseguenza che, superata la propria situazione di "pericolo nella capacità ad adempiere", l'esecuzione del rapporto tornerà in una situazione di normalità, e l'eccezione potrà far cessare la sospensione del rapporto e pretendere la prestazione a cui aveva diritto; oppure il contraente in difficoltà non adempie e il contraente non inadempiente potrà ricorrere alla risoluzione giudiziale o stragiudiziale del contratto per inadempimento.

Al medesimo tempo, una volta che l'eccezione abbia esercitato il diritto alla sospensione della propria prestazione, l'altro non potrà far valere nei suoi confronti l'eccezione di inadempimento.

Il "mutamento delle condizioni patrimoniali" di cui all'art. 1461 cod. civ. è però qualcosa di diverso dal concetto di "insolvenza" (di cui fa invece menzione sul piano del diritto civile l'art. 1186 cod. civ., e sul piano del diritto fallimentare l'art. 5 della legge fallimentare: r.d. 16 marzo 1942, n. 267), a conferma della circostanza che l'ordinamento ha predisposto due differenti rimedi a fronte di due differenti situazioni da disciplinare, dato che l'*insolvenza* di cui all'art. 1186 cod. civ. produce la immediata esigibilità della controprestazione (e quindi il contraente creditore può immediatamente servirsi, in caso di mancata esecuzione, dei rimedi sinallagmatici); laddove il peggioramento della *condizione economica dell'altro contraente* (art. 1461 cod. civ.) – che ovviamente deve avere come immediata conseguenza il pericolo oggettivo (secondo la formula legislativa "evidente"), concreto, immediato ed attuale di perdere la controprestazione – determina solo una sospensione dell'esecuzione del contratto, con la conseguente paralisi del rapporto obbligatorio sottostante.

La ricostruzione dei contenuti del criterio di riferimento impiegato dalla norma, che si presenta incerto e sfumato, è stato tentato dalla giurisprudenza, che tuttavia non è riuscita ad individuare delle linee interpretative certe ed affidanti, così che l'orientamento della stessa appare più affidato alla casistica che a criteri di giudizio generali ed astratti.

Le Corti pertanto si sono limitate a stabilire, ad esempio, che per la sussistenza della situazione di pericolo non è sufficiente né un mero timore soggettivo che la controparte non possa eseguire la sua prestazione²⁷, né che la controparte abbia debiti verso terzi non soddisfatti alla scadenza²⁸; laddove il pericolo di non ricevere la controprestazione sarebbe rinvenibile, oltre che nella esistenza di protesti cambiari e di procedure esecutive in capo alla controparte²⁹, anche nella possibilità che la con-

²⁷ Cass. 3 dicembre 1993, n. 12011.

²⁸ Cass. 4 agosto 1988, n. 4835.

²⁹ Cass. 15 maggio 2002, n. 7060, in *Arch. civ.* 2003, 349, in caso di pubblicazione nel bollettino dei protesti del nome del contraente in difficoltà economica.

troparte possa fallire³⁰, ovvero che il bene promesso in vendita possa essere rivendicato da parte di terzi³¹, oppure nella dichiarazione anticipata di non volere adempiere³², oppure nel subentro in un contratto per persona da nominare di una persona che risulta poco affidabile dal punto di vista patrimoniale³³.

Con la conseguenza che, come ha rilevato autorevole dottrina, “se proprio si vuole proporre un criterio di carattere generale e astratto, da valere in linea di massima, pare condivisibile quella tesi – accolta anche da due sentenze di legittimità – che richiama il sopravvenire di circostanze incidenti sulla consistenza sia quantitativa, sia qualitativa del patrimonio dell’altro contraente, tali da creare una situazione di pericolo avente punti di contatto con quell’*eventus damni* che consente il ricorso alle azioni conservative della garanzia patrimoniale di cui all’art. 2740 cod. civ. È superfluo precisare che tale mutamento delle condizioni patrimoniali rileva nella sua oggettività, senza necessità che sia dovuto ad una colpa del contraente che lo subisce”³⁴.

La funzione del rimedio consiste dunque nel prevenire possibili adempimenti dannosi per la parte non inadempiente, in presenza del rischio di inadempimento della propria controparte.

Il rimedio è diretto a preservare la parte eccipiente da un’esecuzione che potrebbe rivelarsi rischiosa, alla luce delle condizioni patrimoniali in cui versa la controparte al momento in cui l’eccipiente dovrebbe eseguire la propria prestazione, per il pericolo di non ricevere la controprestazione.

L’eccezione, al pari di quella di inadempimento, rappresenta un rimedio disponibile ad opera della parte, esperibile sia in via giudiziale, sia stragiudiziale, ma non rilevabile d’ufficio, e quindi la parte che se ne avvale deve provare tutti gli elementi di fatto che ne costituiscono il fondamento, poiché diversamente dal rimedio della decadenza del debitore dal beneficio del termine (disciplinato dall’art. 1186 c.c.) che presuppone l’insolvenza della controparte, l’eccezione dilatoria può essere fatta valere qualora sussista “l’evidente pericolo” del conseguimento della controprestazione.

Tant’è che diverso è l’effetto dell’uno e dell’altro strumento: nell’art. 1186 c.c. il fine perseguito dalla norma è quello di ottenere l’immediata esigibilità della controprestazione³⁵; nell’eccezione dilatoria è quello di produrre una “sospensione dell’a-

³⁰ Cass. 22 giugno 1994, n. 5979, Cass. 18 maggio 1982, n. 3072, in *Dir. fall.*, 1982, II, 905.

³¹ Cass. 26 gennaio 1985, n. 402; Cass. 18 maggio 1982.

³² Cass. 19 aprile 1996, n. 3713, in *Foro it.* 1996, I, 2389.

³³ Cass. 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Giur. it.* 2000, 736.

³⁴ Carnevali, *op. cit.*, 257.

³⁵ Chiedendo l’immediata esecuzione della prestazione, il creditore può cancellare immediatamente il rischio di insolvenza, fermo restando che se il debitore non esegue subito il creditore potrà eccepire l’inadempimento ex 1460 c.c. o agire in risoluzione: sull’art. 1186 si veda per tutti Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 144-145 (che colloca tale rimedio tra i mezzi di difesa preventivi del pericolo di insolvenza) e Di Majo, *Dell’adempimento in generale*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1994, 224 ss.

dempimento da parte del creditore”, in attesa che venga meno il pericolo causato dal deterioramento delle condizioni economiche del debitore³⁶.

L’eccezione di inadempimento è dunque classificabile come rimedio successivo all’inadempimento.

L’eccezione di insicurezza, invece, come rimedio preventivo dell’eccipiente che tema, una volta adempiuto, di non ricevere in seguito la controprestazione dalla controparte.

L’eccezione di insicurezza giustifica, una volta fatta valere, la sospensione dell’adempimento, e l’eccipiente non è tenuto ad eseguire la propria prestazione, eliminando, così, il rischio di vedersi considerare inadempiente, anche ai fini di eventuali richieste di controparte, e, secondo l’opinione della più recente giurisprudenza, fortemente osteggiata dalla dottrina³⁷, il creditore che intenda avvalersi del rimedio «non ha l’onere di avvisare la controparte»³⁸.

Il contratto però non può essere risolto fino a quando l’inadempimento di controparte, al momento di attivazione dell’eccezione solo possibile seppure molto probabile, non sia divenuto definitivo, importante e imputabile alla controparte.

La sospensione della prestazione è di regola totale, ed è destinata a rientrare quando viene meno il pericolo dell’inadempimento di controparte; può essere compatibile, tuttavia, con l’esecuzione di quelle prestazioni accessorie o secondarie che non sono poste in rapporto di reciprocità rispetto alla “controprestazione” di controparte, o che, comunque, possono rivelarsi funzionali a far sì che il contratto – dopo la parentesi sospensiva – possa proseguire normalmente nella sua esecuzione.

La fattispecie, come risulta dal sintetico quadro delineato, ha funzione cautelare e sospensiva del proprio adempimento, e quindi dell’esecuzione, da parte di colui che eccepisce il mutamento delle condizioni patrimoniali dell’altro contraente e pertanto vuole che l’esecuzione del contratto, da parte sua, venga sospesa.

Contratto che pertanto rimane in vita fino a quando dall’interessato non venga fatto valere il diritto alla sua risoluzione.

³⁶ Cfr. Carnevali, *op. cit.*, 256; la natura tipicamente sospensiva del rimedio è sottolineata anche da Addis, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 33.

³⁷ Sacco, *Obbligazioni e contratti*, vol. 10, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. da Rescigno, Torino, 1995, 2^a ed., 620; Carnevali, *op. cit.*, 260, per il quale le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) impongono di tenere conto anche degli interessi del contraente nei cui confronti viene fatta valere l’eccezione dilatoria, e poiché non vi è nessun obbligo per il contraente adempiente di fare ricorso a questa eccezione, sarebbe giusto che l’altro contraente sia messo in grado di conoscere quali sono le determinazioni del primo, e ciò sia allo scopo di dimostrare l’inesistenza di una presunta situazione di difficoltà finanziaria o il superamento di essa, sia per predisporre le opportune garanzie a favore dell’eccipiente, sia per sapersi regolare nell’assumere con i terzi eventuali impegni connessi all’esecuzione del contratto sospeso. Ne segue, secondo questa ricostruzione, che l’omissione di qualsiasi preventiva notizia non renderà illegittima l’eccezione del contraente adempiente, ma potrà avere conseguenze di carattere risarcitorio.

³⁸ Cass. 10 agosto 2007, n. 17632.

Va infatti ancora segnalato che, come osserva autorevole dottrina, “se, dopo un periodo di eclisse, le condizioni del debitore ritornano buone, la sospensione della controprestazione non ha più ragion d’essere, e deve cessare”³⁹.

La differenza tra le due figure è dunque netta: l’eccezione di inadempimento spetta al contraente che non sia chiamato ad adempiere per primo (per contrastare con la mancanza del proprio adempimento l’altrui inadempimento); la sospensione dilatoria è accordata al contraente che debba adempiere per primo (al fine di evitare di non ricevere l’altrui controprestazione). Sicché i due rimedi “non possono competere contemporaneamente allo stesso contraente”⁴⁰.

In buona sostanza, nel caso, ad esempio, in cui una banca, dopo aver erogato un finanziamento, veda il proprio debitore inadempiente al pagamento di alcune rate e quindi non voglia continuare ad erogare i fondi residui, ma, al medesimo tempo, voglia solo sospendere l’esecuzione del contratto, senza tuttavia far valere la risoluzione del contratto medesimo, si pone il problema se la banca possa utilizzare lo strumento dell’eccezione di inadempimento, ovvero quello della sospensione del contratto ex art. 1461 c.c. per l’avvenuto “mutamento delle condizioni patrimoniali dell’altro contraente”.

L’eccezione di inadempimento, come visto, è diretta solo a provocare l’esonero dal proprio adempimento, ma non consente di sospendere l’esecuzione del contratto. La funzione paralizzante del rimedio consente alla banca solo di non erogare ulteriori fondi al mutuatario che sia inadempiente, in attesa di far valere la risoluzione del contratto, ovvero in attesa che il proprio debitore regolarizzi i suoi pagamenti.

L’eccezione dilatoria, invece, consente alla banca di sospendere l’erogazione delle rate ulteriori, così che questo rimedio può essere impiegato dalla banca per rifiutare al contraente, che pure si ravvede dal suo inadempimento mediante un pagamento successivo e “sanante”, l’erogazione delle successive rate di mutuo, qualora, sulla base di circostanze ed elementi di fatto, risulti oggettivamente sia la sua attuale difficoltà di adempiere, sia la sua incapacità prospettica di continuare ad adempiere con regolarità.

L’esercizio dell’eccezione, come più volte sopra ricordato, tuttavia non determina la risoluzione del contratto, ma solo una sospensione dello stesso a tutela della controprestazione della banca.

Con la conseguenza che, senza l’esercizio del diritto alla risoluzione del contratto per inadempimento, e quindi permanendo in vita il contratto, gli effetti delle eccezioni a favore della banca saranno unicamente quelli della paralizzazione delle ulte-

³⁹ Sacco, in Sacco – De Nova, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, Torino, 2004, 2ª ed., II, 683.

⁴⁰ Sacco, *Obbligazioni e contratti*, vol. 10, cit., 617.

riori richieste del mutuatario, e quello della sospensione dall'obbligo di dover eseguire la propria controprestazione o prestazione.

Nel caso dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), il rimedio attuato dalla banca si giustifica sulla base dell'inadempimento alle pregresse obbligazioni restitutorie che gravano sul mutuatario.

Nel caso dell'eccezione dilatoria (art. 1461 c.c.), perché, pur "sanando" l'inadempimento pregresso, il mutuatario in ogni caso versa in una situazione che, seppure di minor gravità dell'insolvenza, è caratterizzata dal sopravvenire di oggettive circostanze (ad esempio: timore di fallimento; dichiarazione anticipata di non voler adempiere, esistenza di protesti cambiari e di procedure esecutive) incidenti sulla consistenza sia quantitativa, sia qualitativa del patrimonio⁴¹, tali da generare una situazione di pericolo in ordine all'adempimento, analoga a quella segnata dall'*eventus damni*, che consente il ricorso alle azioni conservative della garanzia patrimoniale⁴².

Solo la risoluzione infatti determina la caducazione degli effetti del contratto con efficacia retroattiva (art. 1458 c.c.), e quindi solo questa può consentire alla parte di considerare definitivamente estinte le proprie obbligazioni.

4. La sospensione del contratto nel fallimento. La regola generale: fondamento e limiti

Gli strumenti di autotutela e rimediali presenti nel diritto comune dei contratti trovano una significativa espressione ed applicazione anche nel diritto fallimentare, ove le regole generali vengono modellate in funzione della particolare situazione nella quale viene a trovarsi il contratto quando, non ancora eseguito, ovvero non completamente eseguito, una delle parti dello stesso viene dichiarata fallita.

La recente riforma del diritto fallimentare in Italia ha introdotto una importante novità, in tema di contratti "pendenti", cioè di quei contratti ancora in corso di esecuzione al momento della dichiarazione di fallimento.

Tale novità consiste nella previsione di una disciplina di portata generale dei contratti in corso di esecuzione sia nel fallimento (art. 72 l. fall.), sia nella procedura di concordato preventivo (art. 169 *bis* l. fall.).

Disciplina che, nel creare un rapporto tra norma di carattere generale (art. 72 l. fall.) e norme di carattere speciale (artt. 72 *-bis* l. fall. e ss.), stabilisce, quale primo effetto della dichiarazione di fallimento, la sospensione dell'esecuzione del contratto, cioè delle prestazioni dedotte nel rapporto.

L'art. 72 dispone infatti che «se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichia-

⁴¹ Cfr., per tali caratteri, Cass. 24 febbraio 1999, n. 1574; Cass. 22 gennaio 1999, n. 602.

⁴² Carnevali, *op. cit.*, 257.

rato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa».

La norma prosegue nel senso che tale sospensione opera «fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto».

Il secondo comma, nel predisporre un mezzo di sostanziale autotutela del contraente adempiente, prevede la possibilità per questi di «mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende risolto», con la conseguenza, di cui al quarto comma, che «in caso di scioglimento il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno»⁴³.

La messa in mora del curatore⁴⁴, quale strumento che lo obbliga alla scelta mediante l'esercizio del relativo diritto potestativo, se riguardata nel quadro degli strumenti apprestati dall'ordinamento per la tutela del contraente *in bonis*, assolve una «funzione dissolutoria del contratto, in difetto di adempimento, analoga a quella della diffida ad adempiere»⁴⁵, la quale non può trovare applicazione nel diritto fallimentare, in ragione dell'impossibilità di indirizzarla sia al fallito, privato dall'art. 44, comma 1, l. fall. della capacità ad adempiere, sia al curatore, che non è obbligato e che può obbligarsi,

⁴³ Nel caso del concordato preventivo, il nuovo art. 169 *bis* l. fall. prevede, collocando la disposizione normativa sulla scia dell'analoga regola prevista per il fallimento, che «il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato. Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta»; sul punto cfr. ora A. Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013, 261 ss., secondo il quale la regola di trattamento dei rapporti giuridici pendenti si distingue nettamente nelle ipotesi di soluzione della crisi d'impresa a seconda che la soluzione della stessa si realizzi mediante la sua liquidazione ovvero la prosecuzione della sua attività, e con riguardo alle nuove figure di concordato preventivo introdotte con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 e con il D.L. 21 giugno 2013, n. 69, cfr. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fall.*, 2013, 1233; Salvato, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, *ivi*, 2013, 1209 ss.; Bozza, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, *ivi*, 2013, 1121.

⁴⁴ L'impiego della locuzione «messa in mora» richiama chiaramente le parole di G. Bonelli, *Del fallimento*, II, Milano, 1928, 601.

⁴⁵ Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 4^a ed., 2011, 132-133, per il quale gli effetti dissolutivi dello scioglimento corrispondono a quelli che sarebbero derivati dall'esercizio dell'azione di risoluzione, ed essenzialmente consisterebbero in pretese restitutorie che, se non hanno ad oggetto beni specifici, rimangono soggette alla legge fallimentare.

mediante la prosecuzione nel rapporto, unicamente se, ricevendo la controprestazione, ciò si rivela funzionale alla realizzazione degli interessi del fallimento.

Una regola a sé stante viene inoltre prevista sia per il caso dell'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 104, comma 8°), sia per i contratti di durata ovvero ad esecuzione continuata o periodica (art. 74).

Nel primo caso, l'esercizio provvisorio dell'impresa può essere disposto con la stessa sentenza dichiarativa di fallimento (art. 104, 1° comma), ovvero in un momento successivo, su impulso del curatore (art. 104, 2° comma).

In questa seconda ipotesi la norma generale sulla sospensione trova applicazione temporanea, cioè a dire soltanto fino a quando non verrà disposto l'esercizio provvisorio e quindi lo stato di sospensione verrà rimosso.

Il problema – che invece si pone in ordine al coordinamento tra le norme che considerano il fallimento come una causa autonoma di scioglimento di determinati contratti, e quelle che al contrario ne prevedono la continuazione in caso di esercizio provvisorio – dovrebbe essere risolto considerando “l'evento dissolutivo determinato automaticamente dalla dichiarazione di fallimento senza contestuale disposizione dell'esercizio dell'impresa, risolutivamente condizionato alla eventuale successiva autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa”⁴⁶.

Per i contratti di durata o ad esecuzione continuata o periodica l'art. 74 prevede invece che se il curatore subentra nel contratto «deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati».

Sul piano sistematico si può rilevare che il legislatore, nella previsione normativa contenuta nell'art. 72, ha seguito un criterio diverso da quello in precedenza adottato per la analoga disciplina prevista per la crisi d'impresa, così come dettata nell'art. 50 del d. lgs. n. 270 del 1999, in tema di amministrazione straordinaria, ove la regolazione concorsuale è nel senso della automatica prosecuzione del rapporto pendente, fino a quando il commissario straordinario non abbia deciso di sciogliersi dai contratti in corso, anche da quelli ad esecuzione continuata o periodica, che alla data di apertura della procedura risultino ancora non eseguiti ovvero non interamente eseguiti da entrambe le parti.

Fermo restando che il contraente *in bonis*, anche in questo caso, ha la possibilità di mettere in mora il commissario straordinario, ma unicamente dopo che il programma di ristrutturazione o di cessione dei complessi aziendali sia stato approvato. A quel punto, se intimato per iscritto deve far pervenire alla controparte la propria decisione entro trenta giorni, decorsi i quali il contratto si intende risolto.

La diversità di indirizzo viene in dottrina spiegata in ragione della diversità di finalità delle due procedure, tendente: per l'amministrazione straordinaria, alla sal-

⁴⁶ Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 121.

vezza e al recupero dell'economicità aziendale, e quindi al risanamento dell'impresa e al suo possibile riposizionamento sul mercato; per il fallimento, essenzialmente alla liquidazione del patrimonio in funzione della distribuzione del ricavato dell'attivo ai creditori del concorso, e quindi con funzione prevalentemente dissolutiva, nonostante la previsione di una disciplina che tende ad agevolare nei limiti del possibile cessioni in blocco o di aggregati del patrimonio⁴⁷.

5. Gli effetti della regola generale

Il precedente sistema si strutturava secondo una disciplina sostanzialmente per tipi, all'interno del quale era però problematico stabilire, per un verso, quale fosse il tipo di disciplina da applicare ai contratti tipici non espressamente regolati, e per un altro verso, quale fosse, in presenza di un contratto atipico, il livello di elasticità, e quindi di assorbimento di quel contratto nella disciplina di diritto concorsuale prevista per i singoli contratti tipici.

Il nuovo sistema – seppure mantiene ancora una disciplina che ha ad oggetto singoli tipi contrattuali, che è distribuita tra la sezione II del capo III, ed altri luoghi sia della legge fallimentare (art. 60 per la rendita perpetua e per la rendita vitalizia; art. 104, 8° comma, per la disciplina dell'esercizio provvisorio dell'impresa), sia del codice civile (2119, 2° comma; 2228, 1° comma) – tuttavia, in ragione della presenza dell'art. 72, e quindi dell'ingresso di una regola generale, sembra aver abbandonato una disciplina per tipi in funzione dell'adozione di una norma di “chiusura” del sistema di disciplina dei rapporti pendenti⁴⁸.

La regola generale (art. 72 l. fall.) è infatti quella della sospensione del rapporto pendente, ove non sia diversamente disposto⁴⁹.

La regola della sostituzione del curatore nel contratto in luogo del fallito, ovvero della sua continuazione automatica, avrebbe invece carattere di specialità.

Con l'ulteriore conseguenza che le norme che regolano i singoli tipi contrattuali, in quanto legate da un rapporto di genere a specie, rispetto alla regola generale, non potrebbero essere applicate per analogia o per estensione ad altri tipi, siano essi tipi-

⁴⁷ Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, 155; Jorio, *Il fallimento*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2009, 472.

⁴⁸ Cagnasso, *I contratti pendenti*, in Aa.Vv., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, 117, per il quale sarebbe tuttavia necessario esaminare fino a che punto il nuovo sistema possa effettivamente ritenersi chiuso, dovendosi verificare se in ogni caso i contratti, ai quali non siano espressamente applicate le regole “eccezionali”, siano soggetti al principio generale della sospensione facoltativa, ed in tal senso prospetta come esempio quello del contratto di concessione di vendita.

⁴⁹ La regola trova applicazione, in virtù della previsione di cui all'art. 56 del d. lgs. 159 del 6 settembre 2011 (come modificato dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228, cd. legge di stabilità), anche ai rapporti contrattuali pendenti disciplinati dal codice delle leggi antimafia in tema di misure di prevenzione patrimoniale.

ci ovvero atipici, per i quali dovrebbe pertanto valere il principio generale della sospensione del rapporto⁵⁰.

La presenza di una regola generale, anche in ragione della portata ampia della norma che la prevede, ha, di contro, indotto a ritenere che – poiché le norme sparse nel sistema che regolano gli effetti del fallimento su determinati rapporti contrattuali non sono state abrogate, né sarebbe prospettabile una loro abrogazione per incompatibilità – la norma generale dell'art. 72, 1° comma si dovrebbe considerare applicabile (non “salve le diverse disposizioni della presente sezione” ma) “salve diverse disposizioni di legge”. Inoltre, poiché tali diverse disposizioni sono fondate ciascuna su una propria giustificazione normativa, differente da quella che sostiene la norma generale, esse sarebbero suscettibili di applicazione analogica⁵¹.

La ragione dell'inserimento nel sistema di una regola generale è stata rinvenuta nella circostanza che il principio della sospensione, seppure sorto con riguardo al contratto di vendita, si era oramai da tempo consolidato sia nell'orientamento giurisprudenziale⁵², sia nel pensiero della dottrina⁵³, come applicabile su un piano generale anche ai contratti sul punto non espressamente regolati.

Il principio si giustificava in ragione dell'esigenza di evitare le conseguenze negative che derivavano per il contraente *in bonis* dal trattamento differenziato, e di favore, che la legge riservava al curatore.

Egli infatti poteva giovare, in ragione della regola del concorso, dell'adempimento della prestazione da parte del contraente adempiente, senza tuttavia che questi potesse, al di fuori della regolazione concorsuale, a sua volta ricevere l'intera controprestazione, segnatamente per l'ipotesi che la prestazione gravante sul contraente fallito fosse stata di natura pecuniaria e rimasta ineseguita.

Il contraente *in bonis* era piuttosto costretto a subire, in base al principio della parità di trattamento dei creditori, la falciatura di volta in volta connessa nella singola procedura con la disciplina della ripartizione dell'attivo⁵⁴.

⁵⁰ Nigro – Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 176, per i quali la soluzione che fa leva sulla presenza di una regola generale si presenterebbe come più conveniente per la procedura, sia dal punto di vista organizzativo, sia da quello economico.

⁵¹ Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 123.

⁵² Cass. 5 febbraio 1980, n. 799, in *Giur. comm.*, 1980, II, 665.

⁵³ Cfr. ora per tutti sul punto, Jorio, *Il fallimento*, cit. 476.

⁵⁴ Sulla base di tale considerazione risalente al pensiero di G. Bonelli, *op. cit.*, si è sempre sostenuto che il curatore non poteva essere obbligato, se non lo avesse reputato utile per la massa, a dare esecuzione o a proseguire nell'adempimento di contratti che trovava in essere al momento dell'apertura del concorso, avendo invece la facoltà di liberarsene senza che ciò determinasse il sorgere di un credito risarcitorio in favore della controparte contrattuale (cfr. la prima formulazione dell'art. 72, 4° comma, l. fall.).

Il contraente adempiente, per altro verso, in applicazione del principio dell'eccezione di inadempimento, non poteva essere costretto a dare esecuzione ad un contratto il cui effetto, sul piano della corresponsività, si sarebbe potuto realizzare soltanto secondo la legge del concorso (si confronti la vecchia formulazione del primo

6. Gli effetti sul contratto e sul rapporto nel fallimento

La legge fallimentare con la regola generale di cui all'art. 72 disciplina dunque gli effetti del fallimento sul rapporto e non sul contratto, tant'è che la norma non si applica quando, alla data del fallimento, il rapporto sia stato completamente eseguito da una delle parti.

Il fallimento infatti incide sul rapporto, poiché riguarda la fase dinamica della vicenda negoziale, quella cioè dell'attuazione del rapporto nel quale il curatore subentra in virtù del potere di sostituzione nell'amministrazione dei beni del fallito, e non sul contratto, poiché non modifica i contenuti dell'atto, che fra le stesse parti originarie conserva "la sua forza di legge" (art. 1372 c.c.).

La sospensione è un effetto legale, che si produce in via automatica per il semplice fatto della dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, che tocca direttamente il rapporto ma che, ovviamente, si estende, seppur di riflesso, anche sul contratto con riguardo sia alla posizione giuridica soggettiva delle sue parti originarie, sia a quella di un terzo che è il curatore, dato che anzitutto in capo a lui sorge, previa autorizzazione del comitato dei creditori, la facoltà di "subentrare nel contratto in luogo del fallito".

Il contratto rimane pertanto inalterato, seppure esso entra in uno stato di "sospensione legale", giacché, a causa del fallimento, non può più proseguire fra le parti originarie; né tanto meno può produrre effetti nei confronti di un terzo estraneo all'originario contratto, quale è il curatore fallimentare.

La vicenda contrattuale è dunque sospesa nella sua efficacia fino a quando il curatore, di sua iniziativa, ovvero su istanza del contraente *in bonis*, secondo la regola dettata dall'art. 72, non effettui la scelta tra prosecuzione del rapporto o suo scioglimento.

La costruzione dogmatica degli effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione, vale a dire sui contratti bilaterali ineseguiti, si spiega dunque in termini di disciplina del rapporto e non del contratto, poiché essa non riguarda la disciplina dell'atto, ma la regolazione in sede concorsuale del nesso di corrispettività tra contrapposte prestazioni non eseguite o solo parzialmente eseguite.

Il problema degli effetti del fallimento sui contratti di durata o ad esecuzione continuata o periodica (art. 74 l. fall.) si pone ovviamente in termini diversi, rispetto a quello che riguarda gli effetti sui rapporti pendenti.

La dichiarazione di fallimento nei contratti di durata incide "sul contratto"; nei contratti in corso di esecuzione, invece, incide "sul rapporto".

Nei contratti pendenti, ovvero in corso di esecuzione, il rapporto è sorto prima del fallimento ma non è stato ancora eseguito, ovvero lo è stato solo in parte, al

comma dell'art. 72 l. fall., a mente del quale a fronte del fallimento del compratore il venditore aveva diritto "a compiere la sua prestazione, facendo valere nel passivo del fallimento il suo credito per il prezzo").

momento della dichiarazione di insolvenza di uno dei contraenti, così che la prospettiva in cui quel rapporto si colloca, per effetto dell'apertura del concorso, è prevalentemente quella dismissiva per la realizzazione del patrimonio concorsuale, che è la prospettiva propria del procedimento di liquidazione dell'attivo.

Sicché la prosecuzione del rapporto, mediante l'adempimento delle prestazioni residue, è unicamente in funzione del miglior realizzo dei beni destinati alla soddisfazione dei creditori⁵⁵.

Nei contratti di durata, per effetto della dichiarazione di fallimento di una delle parti, sorge in capo al curatore che decide di subentrare, non solo l'obbligo di proseguire nel rapporto, mediante il reciproco adempimento, ma anche quello di pagamento delle prestazioni già eseguite dalla controparte, dato che quel contratto aveva comunque, seppur parzialmente, "esaurito" le contrapposte prestazioni fino a quel momento dovute.

La natura di durata, o comunque ad esecuzione continuativa o periodica, del contratto comporta infatti che, al momento della dichiarazione di fallimento, esso "è certamente un rapporto contrattuale che risulta pienamente eseguito", anche se altre prestazioni si sarebbero dovute eseguire ad opera dalle parti fino al termine di naturale scadenza del contratto⁵⁶.

Il fallimento, anche nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, determina dunque la sospensione della ulteriore esecuzione, e se il curatore effettua la relativa scelta può intervenire anche lo scioglimento.

7. La sospensione del contratto quale regola generale di tutela del sinallagma

Il fondamento della regola generale del diritto fallimentare va dunque ricercato all'interno del sistema del diritto comune dei contratti (artt. 1460 e 1461 c.c.), in applicazione del principio generale di tutela della funzionalità del sinallagma.

Principio che, nonostante un'autorevole voce in senso contrario⁵⁷, è stato infatti

⁵⁵ Zanichelli, *op. cit.*, 180.

⁵⁶ Così Inzitari, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in Aa. Vv., *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, 6.

⁵⁷ F. Vassalli, *Diritto fallimentare*. II.1, Torino, 1997, 153 ss., seppur con riguardo alla vecchia formulazione delle norme sui rapporti pendenti, riconosce un fondamento sostanzialmente equitativo a tale disciplina. Secondo l'A., «si tratta di una disciplina che, sia pure secondo meccanismi diversi da quelli di autotutela stabiliti dagli artt. 1460 e 1461 cod. civ., pone il contraente adempiente in una posizione di maggior favore rispetto agli altri creditori concorrenti nel fallimento. Si può dire che ciò avvenga per ragioni sostanzialmente equitative le quali in un certo senso si possono accostare a quelle che sono state poste a base della disciplina della compensazione. In altri termini si reputa equo che il contraente adempiente che vede sopraggiungere il fallimento della controparte quando ancora non ha eseguito la propria prestazione e neppure è stato ancora soddisfatto del suo credito, si trovi in una posizione di maggior forza rispetto agli altri creditori meritevoli di specifica considerazione. Questa posizione è appunto quella che viene tenuta in considerazione e tutelata in alcune delle norme sulla sorte dei contratti pendenti».

costantemente considerato, sia negli orientamenti dei dottori della legge, sia delle Corti, quale regola generale in grado di giustificare il senso della disciplina⁵⁸.

Si tratta infatti per il contraente *in bonis* di poter opporre le cc.dd. eccezioni dilatorie al fine, per un verso, di conservare l'originario equilibrio contrattuale nella prospettiva dell'esecuzione del rapporto; per un altro, di paralizzare, mediante lo strumento della sospensione della sua esecuzione, gli effetti che l'insolvenza di una parte produce sulla vita del contratto in attesa della scelta del curatore in ordine alla prosecuzione, ovvero allo scioglimento, dal rapporto.

A tale regola seguono, come corollario, quelle che hanno ad oggetto lo scioglimento ovvero la continuazione del vincolo obbligatorio, sia in generale, sia *ex lege* con riguardo a determinati tipi contrattuali (cfr. art. 72-*bis* e ss. l. fall.).

Le articolazioni di queste regole consentono, secondo una rappresentazione sintetica, di classificare le tipologie contrattuali sulle quali il legislatore è intervenuto, ricomprendendole in tre ambiti tra loro omogenei, a seconda che l'incidenza del fallimento sul contratto produca: lo scioglimento automatico del rapporto; ovvero la sua continuazione; ovvero che tali rapporti abbiano ad oggetto beni del fallito non compresi nel fallimento (cfr. art. 46 l. fall.), con la conseguenza che tali rapporti, in quanto non soggetti allo spossessamento fallimentare, non sono inclusi nel patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori del concorso e per essi, non verificandosi nel rapporto la sostituzione del curatore al fallito, si applica il diritto comune dei contratti dato che proseguono, come prima della dichiarazione di fallimento, tra il fallito ed il contraente *in bonis*⁵⁹.

La diversità di disciplina offerta dalla regola generale, rispetto a quella disegnata dalle regole speciali, pone però in evidenza, se non altro sul piano ricostruttivo, il problema del rapporto tra disciplina "di diritto comune" e disciplina "di diritto concorsuale", cioè speciale, del contratto.

Profilo il cui rilievo è dato dalla constatazione, per la verità da qualcuno negata⁶⁰, che la regolazione concorsuale dei rapporti preesistenti al fallimento risente dell'inserimento nella legge del concorso dei principi del diritto generale dei contratti⁶¹.

⁵⁸ Cfr. ora per tutti Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 122.

⁵⁹ Meoli – Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di diritto fallimentare*, dir. da Buonocore e Bassi, Padova, 2010, 397, distinguono invece tra regole speciali e regole eccezionali sui contratti pendenti, inquadrando le relative disposizioni secondo un criterio funzionale, piuttosto che secondo una sistemazione che tenga conto della sorte che tali regole riservano al rapporto pendente.

⁶⁰ Inzitari, *op. ult. cit.*, 4, secondo il quale il contenuto della disciplina dei rapporti pendenti nel fallimento "non appare segnato da un sicuro rapporto di stretta consequenzialità con i principi civilistici generali in materia di contratto e di autonomia privata".

⁶¹ Jorio, *Il fallimento*, cit., 470, pone in evidenza che il settore della disciplina dei rapporti pendenti è quello nel quale, più che in ogni altro, «si verificano la compenetrazione e la sovrapposizione dei principi della legge del concorso alle regole civilistiche dei contratti ed ove le soluzioni normative possono mutare a secon-

In senso contrario appare invece evidente che il fondamento dell'inserimento di quei principi nel corpo del diritto fallimentare è giustificabile sul tendenziale principio di uniformità del sistema.

L'ordinamento infatti pondera le proprie scelte al fine di rendere il sistema unitario e quindi tende ad applicare, mediante la tecnica della interazione tra discipline, le regole di parte generale del diritto comune dei contratti, anche per la regolazione di profili del diritto speciale dei contratti, quando quelle regole trovino coerente e razionale applicazione per la disciplina degli interessi di volta in volta oggetto di tutela secondo i valori dell'ordinamento.

E ciò a maggior ragione quando il rilievo assunto dal sinallagma si manifesti, al di fuori delle fisiologiche situazioni prospettate dal normale diritto degli affari e della circolazione della ricchezza, e si inserisca nell'ambito di un procedimento esecutivo, come quello concorsuale.

Sul punto si è piuttosto, e correttamente, osservato⁶² che la facoltà del curatore di scegliere fra subentro e scioglimento del rapporto, nei contratti caratterizzati dalla corrispettività e non ancora eseguiti, trova il proprio fondamento sia nella disciplina di regolazione concorsuale dei crediti, che esclude il diritto del creditore di pretendere il pagamento integrale, sia nella disciplina di diritto privato del sinallagma, che non consente al curatore di far valere le pretese derivanti dai contratti corrispettivi ineseguiti se non si obbliga ad eseguire integralmente la controprestazione.

La regola generale impone dunque al curatore, che voglia sostituirsi al fallito nell'esercizio dei diritti connessi al contratto corrispettivo pendente ed ineseguito, di subentrare nel contratto determinando in tal modo una trasformazione del credito del contraente adempiente da credito concorsuale in credito prededucibile, e quindi suscettibile di essere soddisfatto integralmente, e non in moneta fallimentare.

Il curatore, per altro verso, non avendo il contraente *in bonis*, in ragione della sinallagmaticità del rapporto ineseguito, diritto al soddisfacimento integrale della sua pretesa di credito, può rinunciare a far valere la pretesa di adempimento che spettava al fallito, ma per far ciò deve sciogliersi dal contratto⁶³.

da che si privilegino le ragioni della procedura ovvero quelle del contraente adempiente e a seconda che si rimanga ancorati ad una visione più squisitamente liquidatoria o ci si spinga verso una prospettiva di conservazione dell'impresa».

⁶² Guglielmucci, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, in *Scritti in on. di G. Lo Cascio, La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 150; sul punto cfr. anche Zanichelli, *op. cit.*, 156.

⁶³ Guglielmucci, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, *cit.*, 150.

Integrazione di legge e riduzione conservativa nei ritardi di pagamento

di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. Prologo: l'accordo gravemente iniquo tra sostituzione automatica e riduzione giudiziale conservativa. – 2. La riduzione conservativa in un primo inventario di argomenti. – 3. Un secondo e più spesso catalogo. – 4. La contraria opinione prevalente e la riscoperta di un rapporto correttivo tra diritto dispositivo e buona fede oggettiva. – 5. Riduzione conservativa e squilibrio qualificato. – 6. Focus sul ius variandi. – 7. Intermezzo: disapplicazione pura e semplice v. riduzione conservativa nei contratti b2c. Asbeek Brusse (C-488/11) ed il crepuscolo della richterliche ergänzende Vertragsauslegung nella rilettura giudiziale dell'art. 6, § 1 dir. 93/13. – 8. Epilogo.

1. È capitato di scrivere che l'art. 7, c. 1 del d. lgs. 231/02, nella versione riformata dal d. lgs. n. 192/2012, va inteso, nonostante il suo apparente tenore letterale, come una disposizione che *continua* ad annoverare un sindacato giudiziale penconlante tra un'applicazione dei termini legali ed una riconduzione ad equità dell'accordo nullo in quanto gravemente iniquo¹: sintagma, quest'ultimo, oltremodo infelice – *grossly unfair* e *abus manifeste* sono rispettivamente le formule del testo inglese e francese della direttiva 2011/7 UE² – che la novella non ha emendato sebbene qui si continui a fare propriamente questione di un abuso della libertà contrattuale, causativo di uno squilibrio economico in danno del creditore PMI, con annesso nocumento al corretto divenire di un mercato concorrenziale. Quindi nullità – una delle tante ormai – per abuso³.

¹ L'allusione è a S. Pagliantini, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, p. 406 ss. Sulla *ratio* di una direttiva 2011/7/UE volta a contrastare i ritardi di pagamento in quanto ostacolo all'instaurarsi di un mercato concorrenziale e quale *vulnus* alla competitività delle imprese creditrici, in un contesto destinato ad aggravarsi in tempi di recessione economica, v. G. Spoto, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, in *Contr. impr.*, 2012, 443 ss. Sul dibattito *ante* riforma, la disamina critica più dettagliata si legge nell'attento studio di M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, *passim*.

² E v. pure il *considerando* 28 della direttiva 2011/7 UE.

³ Abuso, è vero, *di fatto* – almeno tendenzialmente – perché qui non si assiste alla sistematica deroga unilaterale al diritto dispositivo, per effetto di una predeterminazione del contratto, ad opera del professionista, tipica dei contratti del consumatore. Da cui – poi – quella nullità delle clausole vessatorie, come una forma di *abuso del diritto*, che si legge, con completezza di argomenti, in G. D'Amico, *L'abuso dell'autonomia ne-*

Vero infatti che, allo stato, si legge di pattuizioni relative «al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero» che, ove si mostrino gravemente inique, sono nulle, con annessa applicazione degli artt. 1339 e 1419, c. 2 del codice civile. Donde, come asserito dai più⁴, l'operare in sostituzione automatica dei termini di legge abusivamente derogati, 30 giorni per il pagamento (art. 4, c. 2, salvo che per le imprese pubbliche e gli enti pubblici di cui alle ll. A e B del c. 5, per i quali i termini sono raddoppiati), interessi moratori determinati nella misura degli interessi legali di mora (art. 5 e, per la loro quantificazione, art. 2, c. 1 lett. E.), rimborso dei costi sostenuti dal creditore per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte (nei modi di cui all'art. 6, cc. 1 e 2).

E tuttavia, visto che l'officioso sindacato giudiziale sull'abusività del patto continua ad essere imperniato sullo scrutinio di *'tutte le circostanze del caso'*, formula indeterminata alludente ad un campionario di parametri eterogenei, un potere di riscrittura *ope iudicis* della clausola nulla – *e soltanto di questa però* – sembra obliquamente continuare ad affiorare. Per quanto, come nello scritto poc'anzi citato si cercava di evidenziare, si tratti di una riconduzione giudiziale ad equità che, a motivo di una disciplina dispositiva di aperto *favor* per il creditore della somma di denaro, ha le fattezze di una correzione sì emendativa dell'abuso ma coniante al tempo stesso una regola d'azione la quale, in quanto meno vantaggiosa della norma dispositiva, è *in peius* per il creditore. Quindi un rimodellamento *ope iudicis* del patto gravemente iniquo nella forma di una *riduzione conservativa* delle clausole in deroga entro un grado accettabile di esercizio della libertà contrattuale. Che significa, sperando così di spazzare subito via ogni forma di fraintendimento, una riduzione condotta entro la linea di scorrimento di una valutazione dell'*interesse contrattuale* (e non di uno *generale sopravanzante*), per contrasto ad *un abuso* e non servente o funzionalizzata a valori di giustizia sociale. Volendo esemplificare, ove si faccia questione di un contratto tra imprese (art. 4, c. 3), non il termine che il debitore abbia imposto, pattuendolo espressamente e con prova per iscritto, di 90 giorni bensì uno giudizialmente ridotto a 60 perché riportare il contratto ad equità significa, nel contesto *de quo*, restringere il contenuto della clausola derogativa entro i limiti del *non abuso*. Nulla di diverso perciò da quella *geltungserhaltende Reduktion* che, nel sistema tedesco ove meglio e più diffusamente questa tecnica è stata sperimentata, ha il significato di un aggiustamento modificativo della clausola iniqua nella *misura* in cui essa non determina più un *vantaggio sproporzionato* a carico di una delle parti. Tecnicamente, perciò, una revisione della pattuizione, che si discosta immotivatamente da

goziale nei contratti con i consumatori, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p.346 ss.

⁴ V., nello specifico, G. Spoto, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, cit. p. 461.

ogni tipicità delle relazioni di mercato, rinserrandola nei limiti della deroga *ancora ammissibile*⁵: col qualificativo ad indicare non una deroga che svolge un' (inesistente) volontà ipotetica delle parti bensì *quella deroga* dispiegante un potere conformativo *accettabile* perché rapportabile ad un sinallagma equilibrato.

Si profila così – è vero – una qualche affinità con la riducibilità officiosa della penale eccessiva, secondo il nuovo canone della Cassazione⁶: ma se di quel canone si privilegia il momento argomentativo che lega la correzione officiosa alla salvaguardia di un equilibrio contrattuale viziato da un *abuso* o da un approfittamento, non certo se a prevalere fosse la ben diversa linea interpretativa che fa invece della riduzione ex art. 1384 c.c. una tecnica utile a veicolare nel contratto «valori altri... [e] confliggenti», secondo una strategia neoconformativa «dell'atto di autonomia privata al dovere di solidarietà consacrato nell'art. 2 Cost.»⁷.

Dopo di che, se la rettifica giudiziale dell'art. 7 null'altro fa che mimare, rispetto alla natura del *singolo* contratto, una *misura di giustizia* causata dal mercato e plasmata secondo le regole del mercato, non regge più cucirle addosso la veste del rimedio *inedito* eccezionale o incorporante i valori di una proporzionalità civilcostituzionale⁸. Gli è infatti che, se la riduzione conservativa si sostanzia in una tecnica di riscrittura di una clausola sinallagmatica *entro i limiti* di quanto il giudice abbia a reputare un patto in deroga *ancora lecito*, non c'è motivo di farla sporgere dal contesto di *fair balance* – tra gli interessi del creditore e del debitore – nel quale *ad instar* si mostra tutta rinserrata. E, se così è, neanche ha troppo senso domandarsi se i termini di legge e la riconduzione ad equità sono da intendere come gerarchizzati o si trovino in una condizione di pariteticità. Sulla premessa che diritto dispositivo condizionatamente disponibile e *geltungserhaltende Reduktion* hanno il comune si-

⁵ V., in luogo di tanti e diffusamente, V. Rizzo, *Le 'clausole abusive' nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, 291 s.

⁶ V. la notissima e controversa Cass., S.U. 13 settembre 2005, n. 18128, consultabile in più di un luogo – v., in special modo, *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 1087 ed ivi il commento di L. Bozzi, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata* – nonché, prima ancora, Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929 ss. Successivamente, sempre nella prospettiva di una riducibilità della penale eccessiva ove il precetto costituzionale di solidarietà e l'interesse contrattuale procedono controvertibilmente appaiati, v. Cass. 6 ottobre 2011, n. 20481, in *Riv. giur. edil.*, 2011, I, p. 16121 ss.; Cass. 10 gennaio 2008, n. 246, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 13, p. 95 ss. e Cass. 28 settembre 2006, n. 21066, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 260 ss.

⁷ Così, criticamente, R. Alessi, *Transazioni commerciali e redistribuzione tra le parti del costo del ritardato pagamento: per una lettura del D. Lgs. 231/2002 al riparo dall'ambiguo richiamo all'equità*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, III, p. 6.

⁸ Prima della novella, di una *eversività* dell'art. 7 si leggeva in A. Perrone, *L'accordo gravemente iniquo nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, p. 67, mentre di un autonomo potere del giudice di «manomettere il contratto, ... profondamente eccentrico» discorreva G.B. Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.*, 2004, p. 5.

gnificato di «ripristinare il modello mercantile e concorrenziale al fine di consentire il funzionamento del principio fondamentale dell'autonomia privata»⁹, pronunziarsi per la prevalenza dell'una o dell'altra fonte diventa una specie di *quaestio facti* rimessa (al) ed orientata (dallo) specifico contesto circostanziale del mercato di riferimento. Replicare, nell'ottica di una valutazione comparativa dei rimedi, che lo *stradicamento* della clausola dovrebbe vincere per due motivi,

- un giudizio negativo, sull'*unilateralità* di un atto di autonomia negoziale debordante, dissuade meglio di un'interpretazione che *attenua*¹⁰ e
- l'inserire una disciplina di legge è *più ragionevole* di un'attitudine conservante l'interesse del debitore a violare la legge¹¹,

ha del vero. Gli si può però, a mo' di contrappunto, opporre che, così ragionando, non si comprenderà – anzi rimarrà di fuori – tutto quello spicchio di casi ove i termini legali non formalizzano delle condizioni eque. E se l'obbiettivo della direttiva 2011/7/UE è di normalizzare concorrenzialmente i termini di pagamento nelle transazioni commerciali, non si vede per quale ragione l'infittire il ventaglio dei rimedi, se ciò torna utile al fine della direttiva, dovrebbe venire osteggiato¹².

2. Prima di procedere oltre, anche al fine di meglio perimetrare la cornice normativa di riferimento, vanno però svolte cinque considerazioni preliminari.

Ecco la prima.

L'idea di un'assorbente sostituzione *di diritto* potrebbe reggere a voler ritenere che gli artt. 4, 5 e 6 del D. lgs. 231/02 diano veste a norme *semi – imperative* ovvero contemplino una disciplina che *diviene* inderogabile quando l'abuso distorce o snatura la clausola pattizia facendole conseguire «l'effetto [irragionevole] vietato»¹³. In quanto criteri sostitutivi fissati, per il caso di una loro violazione, *imperativamente*, il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, c. 2 c.c. ne garantirebbe l'*intangibilità* alla stregua di quanto comunemente si registra nei casi di integrazione automatica. Eppe-

⁹ Così P. Barcellona, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/mondiale*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, p. 71.

¹⁰ La rappresentazione più accurata del binomio autonomia negoziale unilaterale – deroga abusiva, in quanto il potere viene esercitato «per un interesse diverso da quello a tutela del quale esso è stato accordato dall'ordinamento», si legge in G. D'Amico, *Abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit. p. 346 ss.

¹¹ V., seppur in termini dubitativi, M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. p. 94.

¹² Sul fatto che la normativa europea, mirando ad una maggiore efficienza del mercato, per definizione arricchisca il «quadro disciplinare» dei rimedi v. A. Jannarelli, *La disciplina generale dell'atto e dell'attività*, in *Tratt. dir. priv. eur.*, a cura di N. Lipari, 2 ed., Padova, III, p. 43 s.

¹³ Così, rispetto al D. lgs. 231/02 ante riforma, M. C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. p. 150.

rò, a differenza per es. di quel che si legge nell'art. 127, c. 1 t. un. bancario, si fatica molto a scovare, nel corpo dell'art. 7, il *quid* che dovrebbe fungere da *ressort* al tramutare in inderogabili delle norme pur sempre attributive alle parti del potere di pattuire *diversamente*. Anzi, prendendo spunto dal fatto che, quando debitore è la P.A.,

- termini di pagamento superiori ai 60 giorni sono vietati (art. 4, cc. 4 e 5)¹⁴ e
- non è più riconosciuta la facoltà di concordare un tasso, per gli interessi di mora, diverso dalla misura legale (art. 5, c. 1), sicché in ambedue i casi il patto contrario sarà senz'altro *automaticamente* nullo per contrarietà ad una norma *inderogabile* ex art. 1418, c. 1 c.c.¹⁵, diviene naturale, ragionando *a fortiori*, concludere che non si possono qualificare come imperative – seppure *a posteriori* – delle norme – art. 4, c. 3 ed art. 5, c. 1 – subordinanti l'invalidità del patto in deroga al medio di un accertamento finalistico complesso – e a largo compasso: v. art. 7, c. 2 – circa una sua – eventuale – grave iniquità.

Nella stagione attuale, per inciso, quando si mette in risalto che la grave iniquità – *recte* l'abuso della libertà contrattuale – innesca un meccanismo automatico di correzione dispositiva, si prescinde completamente da un'analisi sofisticata sulla qualifica spettante a norme dalle quali pur sempre promana una valutazione del patto abusivo in termini di illiceità¹⁶, risultando ormai dominante la constatazione che si può reprimere anche «attraverso ... il controllo della deroga al diritto dispositivo»¹⁷. Così invece non è stato quando, nella cornice del vecchio testo, si è proposto di catalogare l'art. 7 nel *genus* delle norme *cogenti* e non di quelle *imperative*, in quanto disposizione vocata a tutelare degli interessi seriali e non i principi dell'ordine pubblico e del buon costume, donde un'inefficacia e non una nullità in linea col tratto graduato o variabile che dovrebbe assistere tipicamente l'inderogabilità¹⁸.

¹⁴ Per la verità, il comma 5 dell'art. 4 prescrive, in realtà, un termine legale di pagamento *inderogabile*, nel limite di 60 giorni, nel caso di contratti fra imprese private ed enti pubblici di assistenza sanitaria ovvero con le imprese pubbliche di cui al D. lgs. n. 333/2003. Non solo, *la nullità per contrarietà ad una norma imperativa* è prospettabile anche per il caso di una deroga *infra* 60 giorni carente di motivazione – l'art. 4, c. 4 prescrive per la P.A. un onere motivazionale che non è richiesto invece nella negoziazione fra imprese – ovvero fondata su di un presupposto che il giudice non reputa iscrivibile tra quelli elencati dalla legge. Nullità, si potrebbe dire quindi, per assenza di una *giusta causa*. Per una più capillare illustrazione del tema sia consentito il rinvio a S. Pagliantini, *I ritardi di pagamento al tempo della crisi: note sparse*, in *ODCC*, 2013, pp. 265 ss.

¹⁵ Con annessa sostituzione *in senso proprio*, cioè nella veste di un'integrazione repressiva ai sensi degli artt. 1339 e 1419, c. 2 c.c., dei termini di legge. V. *Amplius*, S. Pagliantini, *I ritardi di pagamento al tempo della crisi: note sparse*, cit.

¹⁶ Quella nuova illiceità, estranea alla causa od all'oggetto del contratto ma connessa – come si diceva – alla deroga abusiva, di cui discorre G. D'Amico, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit. p. 364.

¹⁷ Cfr. V. Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D. Lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, Torino, 2013, p. 157 s.

¹⁸ È la lettura, a volerla sunteggiare in poche battute, proposta da E. Russo, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 469 ss. e p. 483 ss.

Orbene, parlando di una correzione giudiziale che *revisiona* la clausola immotivatamente difforme dalle previsioni legali può darsi la sensazione di arieggiare la teorica di un accordo abusivo per il suo «contenuto quantitativo, che oltrepassa la misura considerata accettabile dalla legge»¹⁹, mentre il distinguo è invece netto: per la ragione – dirimente – che una correzione emendativa del contratto, tale perché finalizzata al ripristino di termini di pagamento più prossimi a quelli di mercato, è concettualizzabile anche senza derubricarla a corollario della distinzione – tutta stipulativa anziché sistematica²⁰ – tra norme proibitive e norme ordinarie²¹.

La seconda.

Non è corretto sostenere che la *novitas* dell'art. 7 risiede nel binomio nullità parziale – testuale integrazione dispositiva. La lettera dell'art. 1284 c. 3 c.c. – ma non era diversamente impostato l'art. 1815 cpv. – nel sancire la sostituzione degli interessi superiori alla misura legale, inesigibili per un vizio di forma *ad substantiam*, con quelli legali, è infatti nel medesimo segno²². Quindi, già a livello di codice civile è visibile la traccia di un contratto divenuto incompleto integrato *ex lege*²³. E tuttavia neanche sarebbe esatto dire, sulla premessa che la figura della deroga illegittima al diritto dispositivo è nota al diritto comune²⁴, che la nullità parziale necessaria non

¹⁹ Così E. Russo, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 486 s.

²⁰ V., puntualmente, M. C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. p. 64 s. e p. 75.

²¹ Il binomio, che poi riproduce la distinzione tra divieto e comando, è ripreso dalla classica pagina di infatti F. Ferrara sr., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2 ed. riv., Milano, 1914, p. 2 s.

²² V., in luogo di tanti, l'attenta analisi di A. D'Adda, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 385.

²³ V., in special modo, F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu – Messineo – Mengoni*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2002, p. 352 (con specifico riguardo al contratto societario nel quale figuri un patto leonino (art. 2265 c.c.), rimosso il quale si avrà una partecipazione agli utili od alle perdite secondo i criteri dispositivi di legge) e C. Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 42. Un'allusione all'art. 1374 riletto alla luce del principio di conservazione è anche in G. D'Amico, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit. p. 328, spec. nt. 12.

²⁴ Per la verità, al diritto comune è nota anche un'altra figura: il pensiero corre all'art. 1679, c. 4 c.c. La valenza integrativa del diritto dispositivo, nel caso di espunzione di una clausola dal contratto perché nulla, conosce infatti – già a livello codicistico – l'eccezione dell'art. 1679, a proposito della sostituzione di clausole deroganti alla parità di trattamento con le condizioni generali di contratto normalmente praticate dall'impresa. La disposizione, testualmente riferita alle sole imprese esercenti un pubblico servizio di linea, si estende in realtà a tutti i casi di monopolio, di fatto o di diritto: e, per inciso, allorché non possa farsi richiamo alle condizioni generali, la migliore dottrina è propensa ad immaginare un ricorso alle condizioni abitualmente praticate dall'impresa ai suoi clienti. V., in special modo, P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 240. Più di recente V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 473 s.

sia naturalmente prodromica ad una rilettura dell'art. 1374 c.c., nella forma del binomio lacuna originaria – lacuna sopravvenuta²⁵. Chi si professa di questo avviso sembra infatti dimenticare che la nullità dell'art. 7 D. lgs. 231/02 origina da un abuso, mentre quella dell'art. 1284, c. 3 è l'effetto dell'inottemperanza ad un onere bilaterale di forma, cioè pur sempre il risultato della contravvenzione ad una norma imperativa, seppure di genere conformativo. E, quand'è così, diventa difficile sostenere che il proliferare di nullità parziali causate da un abuso – artt. 33 c. cons. ed art. 9 l. n. 192/1998 – non porta con sé il «corollario di un 'nuovo' art. 1374»²⁶. Nuovo perché, nel mutato contesto normativo, questa prescrizione si trova a dover fare i conti con una corposa disciplina europea che fa dello scostamento di un patto dallo *ius dispositivum* «il criterio di selezione»²⁷ dei regolamenti privati reputati sospetti di disattendere quello scopo – correttezza del contrarre in vista di un buon andamento del mercato – che il seppur derogabile modello di atto tipico si mostra funzionale viceversa a raggiungere.

La terza.

Si potrebbe opporre che l'art. 12, § 3 della direttiva 2001/1/7 legittima gli Stati, nel recepirla, a mantenere in vigore o ad adottare soltanto disposizioni *più favorevoli* al creditore: e non avrebbe questo connotato un art. 7 letto nel senso di mitigare un patto abusivo rispetto ad una disciplina di legge troppo premiale per il creditore. L'art. 7 legittimerebbe, se così fosse, una correzione *in peius* che cozza con la lettera della direttiva.

Già, ma ai sensi dell'art. 3, § 5, gli Stati si impegnano a che il periodo di pagamento stabilito nel contratto «non superi i sessanta giorni di calendario»²⁸. Di conseguenza, non foss'altro entro il limite giust'appunto dei sessanta giorni, il potere mitigativo del giudice potrà esplicitarsi. E poi, l'adattamento giudiziale della clausola sui termini di pagamento funge da variabile che si atteggia a scansione interna di una normativa sì *pro creditore* ma pur sempre congegnata in modo da assecondare quel principio generale di correttezza (art. 1175 c.c.) che sarebbe innegabilmente vulnerato da un'applicazione incondizionata dello *strictum ius*. In ogni caso, anche a voler ritenere l'art. 12, § 3 un argomento insuperabile, dovrebbe riconoscersi che

²⁵ È l'opinione di A. D'Adda, *op. loc. ult. cit.* p. 385.

²⁶ Così A. D'Adda, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, cit. p. 385. Di tutt'altro avviso M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 115 e A. D'Angelo, *La buona fede*, in M. Bessone (a cura di), *Tratt. dir. priv., Il contratto in generale*, XIII, t. IV, Torino, 2004, p. 282.

²⁷ L'azzeccata espressione è di M. C. Venuti, *della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. p. 58.

²⁸ «Se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'articolo 7»: così prosegue la norma.

l'espunzione di una correzione giudiziale finisce per rappresentare *sempre e soltanto* il corollario necessitato di un'interpretazione comunitariamente orientata *prevalente* su di una lettura sistematica, ragionevolmente plausibile, di tutt'altro tenore²⁹.

La quarta.

L'art. 7 del d.lgs. 192/2012 dà attuazione all'art. 7 della direttiva 2011/7, ove si legge di una clausola gravemente iniqua che «non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno». Quindi un'alternativa tra due rimedi ove il distinguo corre intorno alla variabile dell'*azionabilità* del patto.

Nella versione francese si preferisce parlare di una clausola che *ne soit applicable* ovvero costitutiva di un'azione risarcitoria, in quella inglese di una pattuizione *unenforceable or gives rise to a claim for damages*, mentre la versione tedesca è incentrata su di una clausola che *nicht durchsetzbar ist oder einen Schadensersatzanspruch begründet*. Il richiamo ad una tutela risarcitoria lascerebbe supporre una *validità* della clausola gravemente iniqua, causativa però di una *culpa in contrahendo* in quanto confezionata in violazione di una regola di condotta³⁰: quasi si trattasse, a voler ripescare la formula, di una testuale ipotesi di *responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente*. In alternativa, con una tecnica che vorrebbe forse arrieggiare l'*unenforceability* anglosassone³¹, si prospetta un'inopponibilità della clausola abusiva al creditore, nel senso di una pattuizione che non può costituire titolo per l'ineseguibilità della prestazione di pagamento, sicché il debitore è da intendere come *inadempiente*. Tecnicamente il 'non possa essere fatta valere' evoca una situazione per cui la legge non accorda un'eccezione, formulabile nel processo od anche in via stragiudiziale, che, a mo' di fatto impeditivo, sia legittimamente opponibile dal debitore al cessionario del prodotto o del servizio quando questi, allegando quel contratto rappresentante il fatto costitutivo della sua pretesa (art. 2697 c.c.), reclamerà il pagamento. Il parallelismo con la non vincolatività delle clausole abusive – art. 3 dir. 93/13 – pare, perciò, un po' forzato. Se infatti si vuol proprio ragionare di un vizio, torna più utile l'accostamento con un'inefficacia per difetto di giustiziabilità anziché con un'invalidità originaria.

²⁹ In altre parole, qui si avrebbe una lettura sistematica derubricata non perché implausibile o irragionevole ma per il motivo che, inteso per come lo si è formulato, l'art. 7 si *discosterebbe* dalla disciplina europea. Donde, tra due interpretazioni plausibili, la preferenza per la lettura adeguatrice che salva la legittimità della norma.

³⁰ V. le notissime Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Giur. it.*, 2008, I, p. 353 ss. E questa prospettiva persuade di più dell'idea «di un atto illecito del (solo) debitore»: così G. De Cristofaro, *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, I, p. 689. Il fatto che la clausola «venga comunque accettata dalla controparte» non elimina invero il nitido delinearci di un abuso del debitore prevaricante.

³¹ Sul parallelismo insiste molto, invece, G. De Cristofaro, *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, cit. p. 688 s.

Sic stantibus rebus, se ne ricava però che la nullità, per quanto legittima vista la vaghezza della formula europea, rappresenta null'altro che la modalità tecnica nazionale con la quale si è preferito declinare quella sanzione che il legislatore europeo commina al debitore ripromessosi di lucrare del credito gratuito ai danni del creditore. Non, quindi, una nullità europea.

La quinta (ed ultima).

Nella griglia degli argomenti che seguirà, non troverà menzione quello che *prima facie* verrebbe istintivo opporre e che sembra nel contempo godere del maggior credito: se il giudice è ammesso a vagliare l'abusività del patto, è *in re ipsa* – questo il *proprium* del ragionamento – che abbia pure il potere di confezionare un regolamento equo³². La rettifica giudiziale altro invero non farebbe che generare un effetto sì inverso ma pur sempre corrispondente all'espunzione della clausola.

Ora, sorvolando sulla circostanza che il suddetto argomento pecca per eccesso non essendo affatto vero che il binomio espunzione della clausola/regola giudiziale in sostituzione faccia sempre registrare un valore premiale per il contraente protetto³³, trattasi di un'omissione presto spiegata: la consequenzialità logica tra il sentenziare la nullità parziale di un contratto ed il correggerlo non resiste all'obiezione che nella previsione di un sindacato giudiziale di vessatorietà non è affatto implicito un potere di integrazione. Il giudice, all'atto di statuire l'abusività di una certa clausola, potrà anche prefigurarsi quale dovrebbe essere il *miglior contenuto* da interpolare nel regolamento. E, tuttavia, per fondare una correzione giudiziale *pro parte* del contratto serve molto di più di un argomento che invochi la *simmetria dei rimedi*. Nel contempo, l'aver escluso che la rettifica giudiziale possa ergersi a complemento di *ragione naturale* di una qualsiasi forma di scrutinio officioso dell'abusività, non deve

³² Così parrebbe si possa sunteggiare la tesi di F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 699 (nt. 105).

³³ Sintomatico il caso che si legge *sub art.* 6 l. n. 192/198, nullità del patto col quale il subfornitore disponga a favore del committente e senza un congruo corrispettivo, dei suoi diritti di privativa industriale o intellettuale: una disposizione che legittimerebbe, per un'opinione propensa a valorizzare la lettera dell'art. 1367 c.c. (v. M. A. Livi, *La nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998, p. 209), il conio in via giudiziale di un corrispettivo congruo in sostituzione di quello – incongruo – cassato per sentenza. Ma si potrebbe abbozzare, a mo' di replica, il rilievo che una *nullità pura* tutela assai meglio il subfornitore in quanto dapprima gli assicura la facoltà di alienare la propria invenzione al miglior prezzo disponibile sul mercato, permettendogli poi di agire ai sensi dell'art. 2041 c.c., reclamando così l'ingiustificato arricchimento che il committente abbia tratto dall'utilizzo *medio tempore* dell'altrui privativa. V., diffusamente, S. Monticelli, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 220 s. (ove il rilievo che la nullità del patto per incongruità del prezzo, implicando il mancato prodursi dell'effetto traslativo, fa sì che l'invenzione resti appetibile per una pluralità di eventuali acquirenti: sarà così «il mercato... e non il giudice a stabilire quanto vale quell'invenzione con un evidente vantaggio per il subfornitore»).

portare però a credere che l'attività di conformazione di un contratto emendato sia affare del legislatore in quanto materia coperta da una *rigida riserva di legge*³⁴.

Già infatti l'art. 3, c. 3 della legge sul *franchising* – l. 129/2004 – si candida ad esempio notevole di una conformazione giudiziale della regola contrattuale – l'allusione è al conio di un termine sufficiente all'ammortamento modulato *per sententiam* nel caso il triennio minimo di durata del contratto sia risultato, per l'affiliato, nello specifico insufficiente³⁵ – pur in difetto di una *testuale* previsione di legge. Ma poi, più in generale, chi volesse adombrare un principio di stretta legalità, rilevante alla stregua di un fatto impediente, non considererebbe che la correzione dell'art. 7 pur sempre avrà a che fare con un semplice rimodellamento, previa una valutazione *in concreto* della norma dispositiva rispetto alla singola fattispecie decidenda, del solo patto che abbia ad oggetto la determinazione del termine di scadenza dell'obbligazione di pagamento del corrispettivo. Col risultato perciò, se *l'an* verte sulla configurabilità di una *geltungserhaltende Reduktion* di una parte del regolamento e non sull'ipotizzare una *nuova* forma di sindacato diretto sull'equilibrio economico del contratto, che sempre si tratterà di una riduzione duttile la quale, nello stesso tempo, si lascia financo percepire come «tendenzialmente prevedibile»³⁶. Di qui, ed a questo punto si direbbe *pour cause*, l'improprietà, quand'anche lo si volesse fare, di riferire traslativamente alla *geltungserhaltende Reduktion* le criticità abitualmente mosse alla figura di un giudice che fa il contratto.

Chi intendesse sostenerlo cadrebbe infatti nel vistoso equivoco di non avvedersi che, essendo la *sostituzione legale* dell'art. 7, c. 1 *vicenda* tipicamente della clausola e non del contratto, non è poi concepibile che una correzione giudiziale si atteggi a qualcosa di più o di diverso (*recte* di non isoforme). E, non v'è chi non lo veda, corre una profonda differenza tra l'attività di conservare una clausola, semplicemente *allineandola* ai valori di mercato meglio confacenti alla realtà peculiare del rapporto controverso, ed il sindacare perequativamente o in una logica di proporzionalità i

³⁴ Lo ha proposto G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di 'abuso dell'autonomia contrattuale'*, in *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, p. 234. Più problematico è invece il periodare di M. C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. p. 126 e p. 173.

³⁵ V. G. De Nova, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, p. 763 che si richiama ad un'integrazione giudiziale ex art. 1374 c.c., scartata la via della sostituzione automatica ai sensi giust'appunto degli artt. 1339 e 1419, c. 2 c.c.

³⁶ Così, correttamente e puntualmente, A. D'Adda, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, cit. p. 393 e G. Villa, *Invaldità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, p. 129. Di un diverso avviso parrebbe S. Monticelli, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, cit. p. 222 (anche se, per le ragioni di cui sopra, desta forti perplessità il convincimento che la riconduzione giudiziale ad equità sia qualificabile come una tecnica «eversiva rispetto al paradigma liberale dell'intangibilità dell'autonomia privata»)

termini economici di *un* contratto. *Geltungserhaltende Reduktion*, insomma, come forma di revisione di una clausola nominata e non del contratto, pena il dare luogo – assai impropriamente – ad una sineddoche decettiva. *Riduzione* significa infatti *adattare o comprimere una pattuizione, eliminando quella parte della stessa affetta dal vizio di un abuso, coll'effetto in pari tempo di conservare la rimanente perché divenuta adeguata*³⁷. E quand'è così, se la riduzione conservativa ha l'effetto di rendere eseguibile/esigibile soltanto una parte di ciò che sia stato convenuto, pare francamente eccessivo imputarle il difetto di veicolare un'indeterminatezza – o una *problematicità*³⁸ – inclinante verso forme di un fin troppo scoperto soggettivismo giudiziale. La maggiore incertezza – è esatto³⁹ – che un siffatto rimedio sconta rispetto ad un'integrazione legale pare invero compensata dal ritaglio di una regola più confacente all'equilibrio contingente della singola operazione economica. E poi, diversamente da quanto accade nel comparto dei rapporti *b2c*, qui si decampa dall'area della contrattazione in serie ove è *più forte* l'esigenza di un'uniformità.

Certo, una riduzione conservativa è fisiologicamente casistica e non è mai metodologicamente appropriato declinare un dato normativo complesso muovendo dalla fattispecie che, se decampa dal perimetro di base, funge evidentemente – si dice – da *eccezione*⁴⁰. È altrettanto vero però che tutto sempre si lega alla qualità dell'eccezione, nel senso che quando il numero di queste torna con una certa frequenza, la valenza spuria della stessa finisce per trascolorare in un *aliud* mostrante le sembianze della controregola sintomatica di una classe (aperta) di rapporti.

3. Conviene, provvedendo però da subito ad aggiornarli, ricordare sinteticamente gli argomenti che supportano l'idea di un art. 7 quale disposizione avallante una concorrente integrazione giudiziale in funzione *costruens*: col qualificativo ad indicare come, per il suo tramite, si rimodelli conformativamente un contratto di fornitura parzialmente emendato da una nullità che ha per ciò stesso una speculare funzione *destruens*⁴¹.

³⁷ L'idea non è poi così originale: di riduzione, nella prospettiva di un'illiceità parziale che vince su di un pieno effetto ablativo dell'atto negoziale, già discorreva infatti F. Ferrara sr., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit. p. 296 la cui intuizione ricompare, dopo quasi mezzo secolo, nella pagina di M. Fragali, *Sub art. 1815*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, artt. 1813 – 1822, 2 ed., Bologna – Roma, 1966, p. 346 ss.

³⁸ Questo è il sostantivo che usa G. D'Amico, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit. p. 365, nt. 84.

³⁹ Così G. D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in D'Amico – Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, p. 229 ss.

⁴⁰ Basta il rinvio alle classiche pagine di W. Bigiavi, *Normalità e anormalità nella costruzione giuridica*, in *Riv. dir. cv.*, 1968, I, p. 518 ss.

⁴¹ La coppia *costruens – destruens*, seppur all'interno di un itinerario argomentativo che diverge da quello qui sostenuto, si legge nella densa pagina di Ang. Federico, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 146 ss.

Sulla premessa che riducibile è la sola clausola valida seppur illegittima, tecnicamente non sarebbe implausibile catalogare la riduzione conservativa alla stregua di una *forma* alternativa alla nullità, in special modo come un rimedio che *previene e mette fuori gioco* l'invalidità. E tuttavia, siccome la riduzione è in concreto un *posteriorius* del giudizio positivo di vessatorietà, sembra assai più corretto ragionare di una rettifica giudiziale che *segue e non precede* una declaratoria di nullità: così trasformandola, ma d'altronde il confine tra le due *species* è da sempre mobilissimo, in quella *richtertliche ergänzende Vertragsauslegung* che, più propriamente, dovrebbe invece completare *ex fide bona* un contratto emendato⁴².

Venendo comunque, in rapida successione, al catalogo degli argomenti, torna utile muovere intanto dalla circostanza che, in sede di accertamento della pattuizione gravemente iniqua in danno del creditore, deve darsi evidenza ai 'motivi oggettivi' che abbiano dato causa alla deroga all'atto della stipula. Di conseguenza, siccome le norme relative al termine di pagamento *et similia* hanno – nei rapporti *B2B* – natura dispositiva, il giudice ben potrà procedere, in luogo di una *sostituzione automatica*, ad una revisione della clausola impugnata ove quel complesso di motivi oggettivi, nell'*an* meritevoli di tutela, dovessero continuare a sussistere *in executivis*. Un esempio appropriato potrebbe essere quello dell'impresa debitrice, versante in una situazione patrimoniale deficitaria prossima all'insolvenza, che abbia avviato la procedura necessaria per chiedere l'ammissione al concordato preventivo (art. 161 l. fall.). Diversamente, il meccanico ricorso al combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, c. 2 c.c. potrebbe avere l'effetto di azzerare il valore orientativo che promana da un contesto circostanziale, facente da corona al contratto, improntato a regole di correttezza⁴³. Torna qui utile, a mo' di contrappunto, quella digressione iniziale sull'*inderogabilità* dei termini di pagamento e del saggio degli interessi moratori allorché debitore sia la P.A. Un'*inderogabilità* alla quale si abbina una *sostituzione di diritto* foggiate con un incedere che non scantona *minimamente* dal classico canone dell'integrazione repressiva reggente il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, c. 2 c.c.

Si ha perciò la sensazione che chi insiste sull'*assoluta esclusività* della sostituzione automatica utilizzi il capovero dell'art. 1419, c. 2 riproponendolo nel suo significato originario di norma incistata su di un dirigismo che alla logica di una privata

⁴² Di recente, i tratti e la funzione della *richtertliche ergänzende Vertragsauslegung* trovano una limpida ricapitolazione in P. Schlosser, *Todesstoß für ergänzende Vertragsauslegung von AGB-Bestandteilen in Verbraucherverträgen?*, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012, pp. 507 – 515. Volendo, mutano i vocaboli non la sostanza del discorso, si può pure parlare di una nullità parziale della clausola, nel senso che questa cade *nella parte in cui eccede*. Il che tecnicamente suppone uno scomporsi della clausola in oggetto in una pluralità di parti, con alcune che vengono emendate lasciando in piedi *per sottrazione* le altre. V., per una disamina articolata, L. Valle, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, p. 155, nt. 53.

⁴³ Si dovrà altrimenti dire che questi motivi oggettivi hanno un perimetro di rilevanza circoscritto al momento della stipula, valendo successivamente soltanto da fattore idoneo *ad escludere* la grave iniquità.

pattuizione antepone quella di una determinazione eteronoma, a fini sociali, dei termini economici e/o normativi di uno scambio⁴⁴: quando invece, nella trama di questa disposizione, da tempo ha fatto la sua comparsa una seconda «articolazione» la quale, in luogo di una pre – costruzione autoritativa della regola contrattuale, lega l'intervento della legge al ripristino di *quel* risultato che il mercato «avrebbe spontaneamente prodotto in assenza di distorsioni o strozzature»⁴⁵. Per conseguenza, se la *ratio* dell'art. 7, *eccetto che debitore sia la P.A.*, non risiede nella finalità politica di ammissione della *sola* contrattazione che riproduca le condizioni di legge, anche immaginare un'intangibilità del materiale di sostituzione di cui al comma 1 si mostra inconferente. Gli è infatti che, se lo scopo protetto dall'art. 7 è garantire la circolazione di clausole iterative di – *recte* che non si discostano gravemente da – una corretta prassi commerciale, dovrà considerarsi *equa* – nel senso di ragionevole – la clausola abusiva ridotta giudizialmente alla misura giustificata dal normale gioco nel contrarre di una o più circostanze subietive dei *contraenti privati*⁴⁶. Al riguardo infatti la soppressione del richiamo, che si leggeva nella precedente versione dell'art. 7, alla 'condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra i medesimi' non è da enfatizzare. Per certo, la pretesa oggettivazione del giudizio sulla grave iniquità dell'accordo non potrà invero risultare impermeabile alla considerazione di altri – pregressi o concomitanti – rapporti tra le parti ovvero al fatto che il creditore sia un'impresa che gestisce contestualmente più contratti o al contrario impastoiata in una condizione di monocommittenza oppure al dato che ambedue le imprese coinvolte siano società appartenenti allo stesso gruppo⁴⁷. Insomma, sono *due* e non *uno*

⁴⁴ Una determinazione eteronoma che, non a caso, una parte della dottrina – v. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 53 e, seppure con argomenti *pro parte* differenti, P. Barcellona, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 156 nonché, a seguire, M. Nuzzo, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1975, p. 136 – ha sempre preferito fare mostra di intendere alla stessa guisa di una tecnica preveniente e quindi *contro* – giammai, quindi, in abbinamento alla – nullità (v. A. di Majo, *La nullità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 107), col capoverso dell'art. 1419 c.c. a formalizzare una *inqualificazione* della clausola sostituita anziché una nullità derogante, in ragione della sostituzione cogente, alla disciplina ordinaria sul propagandarsi al tutto del vizio. Per questa seconda impostazione si pronunziano, notoriamente, B. Inzitari, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979, p. 157; G. Patti – S. Patti, *sub art. 1339*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1993, p. 267 ss. e, più di recente, A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2007, p. 5 e p. 53 s.

⁴⁵ L'espressione tra si legge in M. Barcellona, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008,

⁴⁶ Come si è fatto altrove notare (v. M. Barcellona, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione*, cit. p. 42), si può dire che questa rettifica giudiziale «non sostituisce una misura politica ad una mercantile ma è chiamata a simulare una misura mercantile che non è in grado, nel concreto, di formarsi».

⁴⁷ Lo segnala V. Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D. Lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, cit., p. 141.

soltanto, i modelli di operatività perimetrale dell'art. 1419, c. 2 che, nel corpo del d. lgs. 192/2012, sono stati presi in considerazione ai fini di una *sostituzione correttiva*: e variano – v. *supra* art. 4, c. 4-5, art. 5, c. 1 – in ragione della qualità del soggetto debitore, se P.A. o un'impresa privata.

Il che introduce al secondo argomento, quella formula di legge – ‘si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile’, finisce che soltanto in apparenza risulta evocativa di una stringente sostituzione di diritto, se è vero che la si potrebbe *meglio* intendere come costitutiva di una nullità parziale necessaria a carattere bivalente, tale perché provvista del corredo – espresso – di una correzione legale e di quello – implicito – di una *diversa* integrazione giudiziale *sub condicione*. Una condizionalità spiegabile evidentemente col fatto che la riduzione conservativa avrà modo di operare soltanto laddove le circostanze del caso concreto esprimano la tensione verso una differente – in quanto si discosta dal diritto dispositivo – *misura di esigibilità inter partes* della prestazione. Così ricostruito, il senso letterale dell'art. 7, cc. 1 e 2 resterebbe pur sempre quello di una *sanzione* comminata al comportamento abusivo del debitore ma nella versione, ormai invalsa abitualmente nell'area della contrattazione diseguale, dell'esclusione di una nullità totale ov'anche – per es. – la clausola sul termine di pagamento mostrasse *in concreto* di avere una sua essenzialità *ex latere proferentis*⁴⁸.

Per inciso, il farsi questione di una *nullità parziale bivalente* darebbe anche nominalmente ragione, cancellando così gli equivoci emersi in precedenza rispetto al vecchio testo dell'art. 7⁴⁹, di una perfetta *simmetria* tra i due rimedi, l'una o l'altra correzione essendo sempre limitata a certi tipi di clausola, in quanto adattamento pertinente soltanto a determinati – e non ad altri – elementi dello scambio⁵⁰.

Come terzo argomento vale infine il riferimento che l'art. 7 fa, nel corpo del secondo comma, al «grave scostamento dalla prassi commerciale». Una prassi che, all'occorrenza, potrà consistere nella pratica in uso nel settore merceologico di riferimento ovvero in quella abituale tra le due parti del contratto oppure ancora nelle modalità di azione che reggono i rapporti nel luogo di stipula del contratto. In ogni

⁴⁸ Per di più, e se non vale da solo viceversa può fungere almeno da argomento rafforzativo, c'è una singolare consonanza tra il nuovo testo dell'art. 7 e la relazione governativa che accompagnava la precedente formulazione dell'articolo in esame, laddove si insisteva sul fatto che era foggata «una nuova ipotesi di nullità parziale testuale caratterizzata ... dal tradizionale meccanismo di sostituzione della clausola nulla». Quella sostituzione ai sensi dell'art. 1339 del codice civile che il vecchio testo in realtà non contemplava affatto mentre il nuovo, *a questo punto non meno significativamente*, annovera.

⁴⁹ Equivoci, come si sa, dovuti allo scarto tra il testo di una direttiva 2000/35, che riferiva la riconduzione equitativa al contratto (art. 3, § 3, 3 p.), ed una versione domestica che limitava l'oggetto della correzione giudiziale all'accordo gravemente iniquo. V., diffusamente, M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. p. 156 ss.

⁵⁰ Senza quindi margine per un'estensione *fuori di questo raggio* della vicenda sostitutiva o riduttiva.

caso, trattasi di una prassi che, ove risulti improntata a buona fede, nel caso conosca dei termini di pagamento od un tasso degli interessi di mora sì *meno favorevoli* per il creditore (rispetto al premiale trattamento dispositivo) ma *più sfavorevoli* – di quelle da principio imposte – al debitore, ha l'attitudine di occasionare un potere del giudice di mitigare, in termini di giustizia commutativa, il contenuto della clausola gravemente iniqua. E nel *mitigare* è insito un calibrare la regola contrattuale secondo standard di ragionevolezza, cioè nel senso e nel modo in cui è socialmente condiviso dai professionisti del settore.

4. Allo stato, l'interpretazione suggerita non ha, tuttavia, trovato seguito.

Si legge, infatti, che la «sostituibilità della clausola nulla con il diritto dispositivo derogato deve ora ritenersi... positivamente consentita», per poi aggiungere che la «nuova formulazione ha eliminato la possibilità per il giudice... di ricondurre ad equità» la clausola gravemente iniqua. La novella, si chiosa, ha così eliminato «una delle più rilevanti ed incisive forme di intervento equitativo giudiziale»⁵¹. E non meno *tranchant*, sia detto per inciso, è il periodare di coloro che chiamano in causa l'art. 7, c. 1 della direttiva 2011/7/UE, insistendo sul fatto che è stata soppressa l'alternativa – applicazione dei termini legali «a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità» – che si leggeva nell'art. 3, c. 3 dir. 2000/35/CE⁵². Sebbene, proprio nei termini di un'interpretazione comunitariamente orientata, non si riesca a comprendere la ragione – l'art. 7 è *neutro* quanto alle conseguenze originate dal caducarsi della clausola gravemente iniqua⁵³ – di supporto all'assunto di un'esclusività operativa del genere integrazione dispositiva.

Sic stantibus rebus, l'impressione perciò è che lo snodo del problema passi interamente per il rapporto tra diritto dispositivo e buona fede. Quella buona fede che, come si diceva, l'art. 7, c. 2 sembra menzionare nella prospettiva bivalente di una regola di controllo invalidante la clausola *non giustificata* (perché sproporzionatamente svantaggiosa in danno del creditore) e nel contempo quale principio che viceversa *valida* la clausola così come rettificata giudizialmente in quanto *giustificabile* sulla base delle condizioni circostanziali del singolo contratto. Una clausola, dunque, *in peius* per il creditore in quanto si discosta dal diritto dispositivo ma al tempo

⁵¹ Così V. Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D. Lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, cit. p. 158 (cui sono da riferire anche le citazioni pregresse).

⁵² V., in special modo, G. Spoto, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, cit. p. 460 e F. Tagliavoro, *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1257.

⁵³ Non a caso F. Tagliavoro, *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 1256, riconosce che la soppressione del riferimento all'integrazione giudiziale «non trova spiegazione alcuna nei lavori preparatori».

stesso legittima perché delle condizioni contrattuali *migliori* non sarebbero ragionevoli – nel senso di *esigibili* – sulla base dei dati situazionali di riferimento. Replicare che il catalogo dei dati circostanziali menzionati nel comma secondo dell'art. 7, dal 'grave scostamento' ai 'motivi oggettivi' è sì funzionale alla concretizzazione del giudizio sulla nullità del patto ma pecca dell'attitudine a svolgersi nel *post* in quanto, cassata la clausola che la schermava, opera *in automatico* la disciplina di legge abusivamente derogata, non avrebbe d'altronde un gran senso critico.

Qui, infatti, non si vuole contestare – nel segno della migliore dottrina tedesca⁵⁴ – la funzione ordinante – *Ordnungsfunktion* – o il ruolo guida – *Leitbildfunktion* – del diritto dispositivo: ma la circostanza che la disciplina dispositiva, nel suo insieme, dia corpo ad una misura di giustizia contrattuale, in quanto regole d'azione *mit Gerechtigkeitsgehalt*, cioè modellate su di un parametro equitativo, non sempre risolve residuando una vistosa 'zona grigia di incertezza'⁵⁵ nella quale la valenza di controllo del *dispositiven Rechts* sporge. Donde l'utilità di riscoprire la connessione tra diritto dispositivo e buona fede messa in luce da quella dottrina che, quasi mezzo secolo fa, ebbe a parlare di una *bona fides* quale principio acconcio a vagliare se una certa «modifica del diritto dispositivo sia o meno esigibile dal contraente aderente»⁵⁶. Ove *esigibile* qualifica una pretesa – del debitore – *cum causa* in quanto la rettifica giudiziale, correggendo la clausola in un modo non procurante più indebitamente del credito gratuito a danno del creditore, finisce per restaurare l'equilibrio sinallagmatico violato.

Riduzione conservativa allora, nell'ottica di un equo apprezzamento della singola operazione, come rimedio meglio confacente alla *lex contractus*? È questa la sensazione: d'altronde è un fatto, per quanto il discostarsi dal diritto dispositivo dia ingresso ad una presunzione assoluta o relativa di abusività (art. 7, cc. 3 e 4), che il giudizio sul carattere equo o iniquo di una clausola dipenda sempre essenzialmente da una valutazione incentrata sul rapporto di «commisurazione» della deroga pattizia «al contenuto equitativo della norma che è oggetto della deroga»⁵⁷. Ebbene, riferita all'attuale formulazione dell'art. 7, cc. 1 e 2, questo rilievo implica che si dia puntuale evidenza alle modalità del caso che *giustificano* un anteporre la *riduzione*

⁵⁴ V. il classico contributo di L. Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad-Homburg, 1961 (rist. inalterata della prima edizione apparsa nel 1935), mentre nella dottrina italiana, per un richiamo espresso a questa teorica, che vede il diritto dispositivo rappresentato come un insieme di norme rispondenti ad un canone di giustizia distributiva, v. V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 458.

⁵⁵ La celebre espressione, coniata da H.L.A. Hart, *On law and Justice*, London, 1958, p. 114 s., è qui ripresa, nella prospettiva di una *Zweckmäßigkeit* della norma.

⁵⁶ Così A. di Majo, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, p. 99 ss., spec. p. 113 ss.

⁵⁷ Cfr. A. di Majo, *op. loc. ult. cit.* (c.vo nel testo).

della clausola al diritto dispositivo in quanto espressivo di una regola *troppo* a favore del professionista creditore. Di qui la ragione per cui neanche persuaderebbe il tentativo di leggere l'art. 7 come una disposizione che *corregge d'imperio* il contratto, includendovi un materiale sostitutivo che le parti neanche hanno dato inizialmente per presupposto. Non si vede infatti per quale ragione il giudice, se delle documentate circostanze impedienti rendono il diritto dispositivo *troppo premiale*, non dovrebbe procedere ad emendare la clausola abusiva secondo buona fede. Diversamente, la finalità sanzionatoria che l'art. 7 senz'altro esplicita, verrebbe a caricarsi di un *surplus* punitivo che va ben oltre la *ratio legis*: laddove, nella diversa prospettiva che qui si propone, buona fede e circostanze del caso *si coordinano gradatamente* facendo ad esempio risaltare la differenza che deve correre tra accordi in deroga di cui siano parte due imprese legate nel tempo da una fitta serie di contratti *più e meno* vantaggiosi ed accordi tra il committente subappaltante e la piccola impresa subappaltatrice la quale abbia rinunciato ad altre commesse per eseguire quella data opera. Un caso, questo, nel quale il discostarsi anche *in misura marginale* dai termini legali potrebbe a pieno titolo rivelarsi abusivo⁵⁸.

Detto questo, poi naturalmente si può discutere su quanto un siffatto modo di procedere implichi un sindacato sulla «effettiva e concreta portata equitativa» della norma derogata⁵⁹. Anche se uno *screening* comparativo qui, in effetti, parrebbe proprio delinearci in quanto, per escludere l'operare degli artt. 1339 e 1419, c. 2, è d'uopo far risaltare quel complesso di note peculiari del caso concreto che lo rendono *altro* rispetto alla fattispecie astratta, prefigurata dal legislatore in termini generali. Il diritto dispositivo degli artt. 4, c. 2, 5 e 6, cc. 1 e 2 è pur sempre nient'altro che la sintesi di un regolamento di interessi *presuntivamente* qualificato come maggiormente congruo: o, se lo si preferisce, la regola di giustizia del caso medio. Trascurarlo porta a dimenticare che *contenuto normale* e *contenuto equo* non sono abitualmente un'endiadi.

Risultato: un art. 7 come disposizione *doppiamente innovativa* visto che, se la si può annoverare tra le poche norme, iscrivibili nella galassia delle nullità per abuso, oltrepassanti la comminatoria di un mero effetto ablativo, mostra nel contempo anche il pregio di non incanalare in una forma di monismo rimediale – la c.d. ortopedia legale del contratto – le conseguenze occasionate dal giudiziale caducarsi di una parte del regolamento. Né, d'altra parte, varrebbe a qualcosa opporre che tutto questo intorbidisca il convincimento diffuso secondo cui, nei rapporti tra imprese, la disciplina dispositiva si mostra in realtà «suscettibile di incidenza sugli assetti di

⁵⁸ Nel senso del testo anche V. Pandolfini, *I ritardi di pagamento nell'attività commerciali*, cit. p. 143.

⁵⁹ Il rilievo si legge in S. Troiano, *sub art. 1469-bis*, 1 comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di Alpa-Patti, Milano, 2003, p. 77, nt. 92.

mercato», lasciando per ciò stesso dischiudere interessi di rango superiore⁶⁰. Non sembra infatti che il c.d. ordine (semi)pubblico, ibridamente di direzione e di protezione, nel quale questo interesse potiore – la redditività competitiva delle PMI in un contesto di rinnovata concorrenzialità del mercato – essenzialmente impinge⁶¹, implichi un *automatismo infungibile* della correzione dispositiva. Anzi, il progressivo soggettivizzarsi di un ordine pubblico oggettivo, preludio ad una sua polverizzazione in una pluralità di forme, sembra orientare nella direzione esattamente opposta⁶².

Ritorna, al riguardo, l'utilità del parallelismo con l'art. 1284, c. 3: in ambedue i casi una modificazione del contratto sopravanzante la classica idea di una funzione eminentemente completiva dello *ius dispositivum*, ma col significativo distinguo dell'antefatto. Ad integrarlo provvedono invero *due nullità*, epperò la prima causata da circostanze esterne al contratto, mentre la seconda è tipicamente di fattispecie. E la circostanza che il difetto di forma *basta da sé* trascendendo la condizione complessiva dei contraenti può spiegare come mai, nell'art. 1284, c. 3 c.c., senza il medio di un accertamento giudiziale circostanziato, figurino soltanto dei criteri di sostituzione comandati *imperativamente*, cioè spogli della concorrenza di una *norma casuale*⁶³.

5. C'è ancora un motivo che, nell'economia dell'art. 7, cc. 1 e 2 può rendere ragione di una *geltungserhaltende Reduktion* quale rimedio conformativo che *previene* l'integrazione dispositiva. Un motivo tutt'altro che di complemento visto che, per il tramite di una correzione impediante la sostituzione automatica potrebbe avviarsi al paradosso, ammesso viceversa dai più, di un patto in deroga che, seppur iniquo, per il fatto di non esserlo *gravemente*, dovrebbe per ciò stesso andare esente

⁶⁰ La citazione è tratta da G. D'Amico, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit. p. 353 e p. 364.

⁶¹ Diversamente da quanto si potrebbe essere portati di primo acchito a pensare, la nullità punteggiante la disciplina sui ritardi di pagamento, in quanto crea maggiori oneri alla finanza pubblica e penalizza le PMI frenando per conseguenza la crescita ed i rapporti contrattuali transfrontalieri, è infatti a pieno titolo iscrivibile nel *genus* di quella assoluta. Gli effetti nocivi di un sistema generalizzato di ritardato pagamento sono invero più di uno, quelli testé indicati sono una mera esemplificazione, ma si condensano – in punto di fatto – in una distorsione della concorrenza. Da qui il convincimento che si tratti di una nullità a tutela di un interesse generale. Il che poi implica evidentemente che la si intenda come retta, rispetto a quanto non viene statuito, dal combinato disposto degli artt. 1421 – 1423 c.c. Per una più argomentata e circostanziata dimostrazione di questo assunto sia consentito, tuttavia, il rinvio a S. Pagliantini, *I ritardi di pagamento al tempo della crisi: note sparse*.

⁶² Come si fa notare, «la pluralité des contextes, des émetteurs, de ceux qui son vu reconnaître compétence pour agir en justice, est à l'origine de ce processus de dissipation»: v. G. Chantepie – G. Pignarre, *Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel)?*, in *Rev. des contrats*, 2013, p. 251 ss., spec. p. 265 ss.

⁶³ Rimodellativa – ovviamente – della regola contrattuale. Sul concetto di norma casuale, speculare a quello della norma astratta indeterminata, v. A. Falzea, *La prassi nella realtà del diritto*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, I, p. 353 ss. Ne propone una felice applicazione, *sub art. 1375*, A. Federico, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit. p. 114.

dalla comminatoria di una nullità ex art. 7. Si legge infatti che «la sanzione» non tocca le «pattuizioni derogatorie ai termini legali» le quali, per quanto «inique», saranno destinate a rimanere «lecite se non gravemente tali» per via di un rafforzativo che starebbe così ad indicare una volontà del legislatore di circoscrivere «l'ambito del controllo del giudice», compreso in realtà nel perimetro di fattispecie «in un certo senso residuali»⁶⁴. Il tutto perché degli accordi iniqui sono «normali nella pratica degli affari», non dandosi – questo il convincimento che fa da sfondo alla tesi in esame – un motivo specifico per intendere in modo più stringente un decreto che non decampa in concreto dall'osservanza del «principio generale dell'autonomia contrattuale»⁶⁵.

Quindi, senza uno *squilibrio qualificato* nessuna nullità per l'effetto del patto in deroga, col risultato che, se così fosse, l'intero apparato argomentativo fin qui esposto finirebbe per apparire caduco?

Non esattamente. È vero infatti che l'art. 7 non si presta ad interpretazioni estensive ma nel senso, poc' anzi ricordato⁶⁶, che *ristretto* è l'oggetto dell'intervento sostitutivo/correttivo. Non in un'altra accezione.

Più nel dettaglio.

Intanto i due esempi che più abitualmente si fanno, *a*) un termine di pagamento superiore a quello legale compensato da una maggiorazione del corrispettivo convenuto ovvero *b*) degli interessi moratori inferiori al tasso legale ma col vantaggio per il creditore di un acconto sul prezzo, hanno poco a che spartire con la pretesa irrilevanza di uno *squilibrio c.d. semplice*, se è vero che più banalmente, nelle due fattispecie sunteggiate, è proprio il requisito dell'iniquità – cioè del danno c.d. significativo – a mancare. Né, per inciso, merita un diverso apprezzamento il caso di un patto in deroga, abusivo se inteso separatamente dal tutto, pienamente lecito viceversa se letto unitamente alle clausole, più vantaggiose al creditore, di un contratto collegato o connesso. E, anche senza chiamare in causa quell'art. 34, c. 1 c. cons. che la novella sembra dare idealmente per presupposto, va da sé che l'accertamento della grave iniquità debba svolgersi secondo il canone della totalità – art. 1364 c.c. – del regolamento. Dopo di che niente impedisce di pensare che si potrebbe avere però anche l'ipotesi di una maggiorazione del prezzo – o di una qualche altra utilità per il creditore – che non riesca a controbilanciare la vantaggiosità del termine di pagamento imposto dal debitore, *sicché un accordo gravemente iniquo in realtà sussiste*, e tuttavia si mostri idonea a rilevare diversamente, a guisa – si vuol dire – di un fatto che im-

⁶⁴ È l'opinione di V. Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D. Lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, cit. p. 133 s.

⁶⁵ Così V. Pandolfini, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ V. *supra* § 2, testo e note.

pedisce l'operare della sostituzione automatica in quanto, per via di *cumulare* vantaggio contrattuale e termini di legge, il creditore si troverebbe a lucrare una posizione eccedente il *giusto* equilibrio contrattuale. Si rammenti che la nullità per l'effetto *non può* involgere una *parte* del contratto – leggi il prezzo originariamente convenuto – *diversa* dalla clausola che regge la data del termine di pagamento o le conseguenze del ritardato pagamento. Finanche, giova sottolinearlo, un intervento perequativo su altre determinazioni negoziali apparisse strumentale ad un miglior effetto correttivo. E di qui, al fine di evitare l'imputazione di un *surplus* ingiustificato, ad es. un termine legale che si abbina ad un generoso termine di grazia ovvero una penale irrisoria per il caso di ritardo nella fornitura⁶⁷, l'utilità di ricorrere ad una *geltungserhaltende Reduktion* correttiva della clausola gravemente iniqua fino alla soglia (od alla misura) del non abuso. Niente – come si vede – che tradisca o simuli una vicenda eterointegrativa antagonista all'autonomia privata considerato che l'intervento giudiziale si verrà qui a dipanare secondo l'ordito di quanto le parti avrebbero dovuto convenire *ex fide bona*. Quindi una *geltungserhaltende Reduktion* che mima, in realtà, un'autointegrazione del contratto⁶⁸.

L'alternativa tra una riduzione conservativa, privante di effetti la clausola solo *pro parte*, ed una sostituzione automatica, per il tramite della quale il rapporto è retto da una misura standard di legge, dà corpo – si vuol dire – ad un bilanciamento degli interessi: e questo *balancing test* se per un verso de – tipizza l'apparato dei rimedi, per l'altro meglio asseconda le «esigenze di giustizia del caso concreto»⁶⁹.

6. Quindi, «il controllo sull'equilibrio contrattuale nei contratti d'impresa [non] costituisce [più] una pagina che deve essere ancora scritta»⁷⁰. È piuttosto una compilazione *in progress*: e l'art. 7 potrebbe allora non essere il solo luogo normativo nel quale una giudiziale *geltungserhaltende Reduktion* finisce per tornare utile. *Quid iuris*, per esempio, quando si fa questione di *ius variandi* convenzionale nel caso in cui la *variatio* dovesse risultare esercitata contro buona fede? Viene in particolare da chiedersi, in una prospettiva che per inciso mimerebbe l'idea di un'esecuzione forzata in natura del dovere di buona fede, se non si mostri, al

⁶⁷ V, pur se in una diversa prospettiva, M. C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. p. 154 (la quale, tra i vantaggi del creditore, ricorda pure le clausole addossanti al debitore i c.d. rischi di cambio).

⁶⁸ Il sintagma – notoriamente – si legge in C. Castronovo, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 46 ss.

⁶⁹ Così L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, ora in *Scritti. I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castronovo – Albanese – Nicolussi, Milano, 2011, p. 352 ss.

⁷⁰ Così, eccetto evidentemente che per l'interpolazione, G. De Nova, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 655.

riguardo, inadeguata la lettera di un art. 118, c. 3 t. un. bancario che commina un'inefficacia *tout court* per la modifica praticata slealmente o senza un giustificato motivo. Si potrebbe infatti sostenere, proprio in vista di avvalorare una variazione quantificata nella misura stimata corrispondente all'«*usage loyal de la prérogative*», che più e meglio di una secca inefficacia gioverebbe una correzione conservativa, col giudice che, venendo così a sostituirsi al professionista «*qui n'a pas modéré spontanément ses prétentions*»⁷¹, fissa direttamente la giusta misura della *variatio in peius*. Il che poi significa un'intervento giudiziale a vocazione conformativa primaria e non ancillarmente posposto al fallimento, a cagione di una sua *vacatio*, dell'integrazione dispositiva⁷². La ben nota vicenda della *Tagespreisklausel*⁷³, *reinterpretata* come conforme a buona fede se il prezzo esigibile al momento della consegna non si discosta significativamente dall'indice medio dei prezzi al consumo all'atto della stipula, si presta a fare da paradigma – operativo⁷⁴ – per qualsiasi tecnica di recupero che voglia snodarsi in una logica di equo bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti.

Per la dottrina italiana, non si tratterebbe, per altro, di un'idea nuova. Pur senza denominarla così, rimanda infatti ad una *geltungserhaltende Reduktion* quell'interpretazione che chiama in causa la regola di buona fede per l'ipotesi concorrente di un *ius variandi* convenzionale *ad libitum*, restituendo così l'immagine sofisticata di una clausola (non nulla) ma corretta *ex fide bona*, con una potestà di modifica che non si consuma *ex uno actu*⁷⁵: ovvero, a voler ricordare un'altra formula altrettanto sperimentata⁷⁶, può pensarsi alla forma di un *ius variandi* stretto non più nell'alternativa validità/invalidità ma riguardato nella prospettiva del singolo atto di utilizzo⁷⁷. Per ciò stesso, si prenda nota, legittimo/illegittimo – nel senso di suscettibile di

⁷¹ Così Deshayes, *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles*, in *Revue des contrats*, 2011, p. 735 s. (p. 729 s. per la citazione precedente).

⁷² Come invece vorrebbe A. D'Adda, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, cit. p. 390.

⁷³ V., e vistane la notorietà si dà per presupposto il dibattito, BGH, 1 febbraio 1984, in *NjW*, 1984, p. 1177 ss. Per un quadro complessivo v. Dalbosco, *La Tagespreisklausel nell'esperienza giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 98 ss.

⁷⁴ Prescindendo, cioè, dalla legittimità della valutazione nel *quomodo*. A tacer d'altro, infatti, l'integrazione giudiziale pone poi delicati problemi di arricchimento senza causa (nel caso il cliente abbia già versato la somma) e/o di trasparenza del regolamento contrattuale così come integrato (visto che la variazione di prezzo, in quanto indeterminata all'atto della stipula, comunque vulnera l'affidamento della parte aderente).

⁷⁵ Si allude all'elegante pagina di V. Roppo, *Il contratto*, cit. p. 558.

⁷⁶ Che si deve a C. Granelli, *Modificazioni unilaterali del contratto: il c.d. ius variandi*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 968.

⁷⁷ Ecco perché risulta invece da scartare l'idea di un caducarsi della clausola quale effetto dell'elidersi di un singolo uso sleale della determinazione potestativa: e non solo perché, chi volesse così ragionare, finirebbe per confondere il piano della sufficienza strutturale della clausola con quello della legalità – o ragionevolezza – delle singole vicende modificative che una certa pattuizione può produrre.

una correzione *ope iudicis* – giacché sarebbe la buona fede a fungere da criterio di rettifica (e riequilibrio) di una discrezionalità (valida ma) esercitata abusivamente.

Molte ed intuitive, com'è agevole comprendere, sono le obiezioni che si potrebbero fare⁷⁸.

Senonché, al netto di un qualsiasi apparato critico, inevasa rimane la questione principale: visto che cassare una clausola abusiva o iniqua finisce spesso per regolare, in realtà, soltanto una parte del problema, la nullità non dicendo quale sarà «*le prix qu'il faut appliquer*»⁷⁹. Donde, quanto meno nei contratti d'impresa, la propensione a pensare che la tecnica della riduzione conservativa possa meglio servire le esigenze di necessaria adattabilità del rapporto contrattuale. La lunga durata, infatti, fisiologicamente vale da fatto impediente ad una compiuta prevedibilità originaria dell'insieme dei motivi idonei a fondare una vicenda modificativa legittima.

7. A mo' di chiusa, un quesito: il dualismo integrazione dispositiva – adattamento giudiziale del contratto è, allo stato, prospettabile anche nell'area dei contratti *b2c*?

Nello scritto che si è ricordato in apertura, l'utilizzo della formula *segmentazione dei rimedi* intendeva alludere alla circostanza che non *una* bensì una *pluralità* sono le tecniche preposte all'adattamento di un contratto parzialmente nullo. Una pluralità che scaturisce dalla *diversità* dei tipi di contrattazione diseguale coinvolti e/o dall'individualità dello scopo protettivo perseguito dalle singole norme. Se poi si legge la sentenza *Banesto* – C- 618/10⁸⁰ – nel senso che la Corte di giustizia ha inteso preferire, purgato il contratto della clausola vessatoria, l'amputazione pura, sicché *nulla è dovuto* a titolo di interessi moratori quando questi siano stati convenuti in un importo manifestamente eccessivo (art. 33, c. 2 lett. *ff*), allora il divario tra contratti *b2c* e *b2b* è destinato vieppiù a scavarsi.

Se infatti già l'integrazione dispositiva – nel caso *Banesto* degli interessi moratori al tasso legale – è sospettata di favorire il professionista, che così potrà pronosticare il costo economico di un'eventuale declaratoria di vessatorietà, *a fortiori* mai potrà farsi questione di una *geltungserhaltende Reduktion*, se è vero che una clausola emendata *pro parte*, in quanto comunque peggiorativa rispetto al diritto dispositivo, fa evidentemente mostra di privilegiare troppo il professionista. *Asbeek Brusse c. Jahani*

⁷⁸ Per un catalogo esemplificativo sia consentito il rinvio a S. Pagliantini, *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir., Annali VI*, Milano, 2013, pp. 489 – 532, spec. p. 526 ss.

⁷⁹ Cfr. Deshayes, *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles*, cit. p. 729 s.

⁸⁰ Consultabile, col commento critico di A. D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva ed integrazione del contratto*, cit. p. 22 ss. Per una recente messa a punto del problema v., in ogni caso, G. D'Amico, *L'integrazione (coigente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit. p. 229 ss.

BV (causa C-488/11)⁸¹, l'ultima in ordine di tempo, non lascia poi spazio a dubbi: lo sradicamento della clausola *vince* persino nel caso in cui sia stato il consumatore a domandare la riduzione, in luogo dell'espunzione, di una penale di importo eccessivo. E, pur se ovviamente nel rispetto del limite di un previo interpello al consumatore⁸², per come la Corte sta mostrando ormai di voler ragionare, trattasi di un risultato ermeneutico pressoché scontato. Se infatti la chiave di volta è diventato il principio dell'*effetto utile* (artt. 6 e 7 dir. 93/13), non può invero sorprendere che cadano in non cale tutte le tecniche, *ammorbidenti* la clausola abusiva senza però sopprimerla, potenzialmente idonee per ciò stesso a sminuire l'impatto dissuasivo della lotta all'utilizzo delle clausole abusive: quindi – *recte, a fortiori* – specialmente *quei* rimedi di diritto comune improntati non ad una caducazione integrale bensì al casistico utilizzo di un'equità correttiva (art. 1384 c.c.; art. 6: 94, § 1 BW ed art. 83, l. n. 1/2007 per la Spagna).

Per inciso, prendendo in prestito l'esempio che fa un'acuta dottrina⁸³, se si fosse trattato della clausola che si legge nell'art. 33, c. 2 lett. *i*), un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare una disdetta evitante il rinnovo tacito del vincolo, non è da credere che il discorso sarebbe stato troppo diverso.

Immaginando infatti una disdetta inviata dopo che risulti spirato sia il termine convenzionale che quello legale abusivamente disapplicato, sulla scorta di quanto hanno disposto le sentenze C- 168/10 e C- 488/11, non è che residui troppo margine di discussione: soltanto la *disapplicazione pura e semplice* della clausola giova al consumatore perché una disdetta trasmessa dopo che sia inutilmente decorso anche il termine legale sarebbe priva di effetto, col risultato di produrre comunque un rinnovo del contratto⁸⁴. Dopo di che è senz'altro vero che l'attività di sostituire al termine convenzionale abusivo quello legale non significherebbe nulla di più che assoggettare il consumatore al medesimo effetto legale al quale, in una situazione corrispondente, è tenuto qualsiasi contraente di diritto comune⁸⁵. Epperò, a seguire la trama di *Banesto* ed *Asbeek*, per la Corte di giustizia l'obbiettivo da perseguire non è più semplicemente il ripristinare l'equilibrio tra le parti quanto e piuttosto di rendere *del tutto sconveniente* per il professionista l'adottare delle clausole vessatorie. E,

⁸¹ V. C. giust. UE, 30 maggio 2013, allo stato inedita.

⁸² V., recentemente, C. giust. 21 febbraio 2013, causa C- 472/11, *Banif v. Cipai*

⁸³ Il riferimento è a G. D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit. p. 258 s.

⁸⁴ Il discorso sarebbe lo stesso nel caso il consumatore si trovasse a contestare la clausola, senza aver provveduto a dare disdetta, dopo che il termine legale sia inutilmente decorso.

⁸⁵ Lo si era rilevato, evidenziando tutta una serie di argomenti asseveranti questa idea, in S. Pagliantini, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 192 ss.

non v'è chi non lo veda, nella valutazione comparativa dei costi – benefici, passa una profonda differenza tra il non disporre convenzionalmente, in quanto assicura al professionista almeno il vantaggio di un termine legale di disdetta, ed il confezionare un termine eccessivamente breve, espunto il quale perché nullo, la disdetta sarà possibile senza alcun preavviso fino all'atto della scadenza del contratto⁸⁶.

Dopo di che, già lo si è fatto notare altrove⁸⁷, non c'è dubbio che si integri – *innovando*⁸⁸ – anche *per sottrazione* così come è innegabile che avrebbe il valore di un'asserzione apodittica dire che la riduzione conservativa formalizza una vincolatività attenuata della clausola vessatoria in contrasto con una normativa europea che prescrive la *non vincolatività*. È facile infatti rispondere che il ridurre implica uno scomporre la clausola in più parti⁸⁹, sicché ciò che vincola sarà una pattuizione contenutisticamente *nuova*. Ma il fatto è che, per la Corte, attualmente non è questo ciò che conta.

Insomma, allo stato puro, cioè nella logica di una mera amputazione del regolamento, la nullità di protezione sa essere un rimedio *efficiente*. Ne discendono due corollari.

Il primo.

Un art. 7 della direttiva 93/13, quale norma che *misura* il grado di effettività rimediabile nella politica nazionale di contrasto all'utilizzo di clausole abusive, *seleziona* i rimedi e, in punto di fatto, *armonizza* obliquamente il sistema di protezione consumerista.

Il secondo.

Un *Abschreckungseffekt*, quale fattore che impregna pervasivamente il regime della tutela, *giudizialmente si transustanzia in un limite all'esercizio della libertà contrattuale del professionista*, rappresentando un vero e proprio strumento all'utilizzo parcellizzato di clausole reputate in altri contesti contrattuali assolutamente «lecite dal legislatore»⁹⁰. Il discorso vale per la penale, la caparra confirmatoria e la disdetta,

⁸⁶ Si consideri che la pura espunzione giudiziale della clausola non sottende, in realtà, una *fissazione positiva* di quale dovrebbe essere il termine congruo per inviare la disdetta. Questo infatti è destinato a mutare in ragione delle circostanze e del contesto contrattuale nel quale, di volta in volta, risulterà iscritto.

⁸⁷ V. S. Pagliantini, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, cit. p.

⁸⁸ Sicché il *regolamento ridotto*, in quanto purgato, non lo si può dire ottemperante ai 'medesimi termini' dell'art. 6, § 1 dir. 93/13. Si tratta di un *contratto diverso* alla stessa guisa in cui lo sono uno integrato per legge ovvero adattato per via giudiziale. Quindi la Corte, evocando la rispondenza della nuda espunzione al rispetto del canone dei *medesimi termini*, innegabilmente erra.

⁸⁹ V. *supra* nt. 42.

⁹⁰ Coglie il punto S. Patti, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 638.

progressivamente oramai espunte, se non foggiate nei termini di una proporzionale reciprocità, «dallo strumentario del contraente»⁹¹: sebbene, fuori dell'area del contratto asimmetrico, la clausola penale – tanto per fare un esempio – sia intangibile *ex lege* ove il suo importo risulti sì *eccessivo* ma non *manifestamente*. Non è tanto, si prenda nota, una questione di conio di una *lista nera giurisprudenziale*, sembra qui piuttosto aversi un fine della direttiva fissante le potenzialità della tutela, nel senso di un fine che rileva alla stregua di un *correttivo preventivo finanche alla vincolatività mascherata*⁹² di quel materiale negoziale reputato, in sede europea, causa precipua del prodursi di *market failures*.

Spontaneo, stando così le cose, diventa perciò domandarsi se estranea (a) o ricompresa (in) questa logica rimane la *richtertliche ergänzende Vertragsauslegung*: che il BGB – §§ 157 e 306, Abs. 2 – implicitamente legittima allorché la disciplina dispositiva non soccorre ovvero si mostra inappropriata/inadeguata⁹³.

A stretto rigore infatti l'*ergänzende Auslegung*⁹⁴, quale vicenda interpolativa insistente su di una valorizzazione oggettiva degli interessi delle parti, postula – lo si ripete – la nullità della clausola, senza leggerla *conservativamente*⁹⁵. Sicché, sebbene la correzione giudiziale *finga* una trasparenza iniziale del contratto che invece patti-

⁹¹ Cfr. S. Patti, *op. loc. ult. cit.*

⁹² Il qualificativo vuole indicare che la riduzione conservativa si attegga ad una tecnica arieggiante, pur nella diversità già del presupposto, trattandosi qui di una *clausola* e non del *contratto*, lo schema della conversione ex art. 1424 c.c. Per inciso, l'adattamento giudiziale del contratto conia una clausola *nuova*, totalmente sconosciuta al consumatore all'atto della stipula. Di conseguenza neanche avrebbe un senso ricorrere alla *fiction iuris* dell'art. 1424. Per un accenno più diffuso alla questione sia consentito il rinvio a S. Pagliantini, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, cit. p. 182.

⁹³ V. da ultimo, in luogo di tanti, P. Schlosser, *Todesstoß für ergänzende Vertragsauslegung von AGB-Bestandteilen in Verbraucherverträgen?*, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012, 507 – 515. In quella italiana R. Pardolesi, *Diritto dei consumatori ed eliminazione degli squilibri: verso una riscrittura giudiziale del contenuto dei contratti*, in *Disc. comm.*, 1999, 12.

⁹⁴ Ovviamente qui ripresa nella sua declinazione correttiva perché – probabilmente – il discorso dovrebbe essere diverso ove a profilarsi fosse un caso di integrazione giudiziale equitativa di tipo completivo.

⁹⁵ Conservativa è pure la tecnica dell'interpretazione più favorevole al consumatore di cui all'art. 35, c. 2. Il divario che passa tra le due *prima facie* è netto: l'art. 35, c. 2 opera allorché la clausola è ambigua, l'altra al cospetto di una pattuizione vessatoria. E tuttavia il discorso cambia se, al pari di quanto sperimentato in Germania, per interpretazione più favorevole al consumatore si provvede ad intendere non quella che assicura a costui il significato negozialmente *più vantaggioso*, in virtù di un rischio di plurivocità sopportato dal predisponente (art. 1370), bensì la lettura della clausola che esiti nel rimedio più utile: e, ricorrendo al medio del significato più ostile, va da sé che l'interpretazione *più utile* è quella ablativa della clausola (in quanto vessatoria) perché consente – giustappunto – o la correzione giudiziale o il riespandersi del diritto dispositivo. Su questo sofisticato contrapporsi di una *kundenfeindlichere Auslegung* ad una *kundenfreundlichere*, v. De Cristofaro, *Le modifiche apportate dalla legge comunitaria 1999 al Capo XIV-Bis del titolo II del libro IV del codice civile: ultimo capitolo della tormentata vicenda dell'attuazione della direttiva 93/13/CEE?*, in *Studium iuris*, 2000, p. 395 ss. e, per chi lo voglia, S. Pagliantini, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit. p. 118 ss.

ziamente mai è stata antiveduta⁹⁶, la si dovrebbe dire salva. E tuttavia, nella misura in cui anche l'interpretazione integrativa correttiva pur sempre si sostanzia in una forma di *revisio postuma* del contratto, diventa accidentato sostenere ch'essa, lungi dal rappresentare un fattore di spiccata incertezza nelle negoziazioni⁹⁷, in qualche modo non asseconi la prevedibilità dell'aspettativa di regolamento del professionista, cioè la sua attesa prognostica su *come* il contratto verrà giudizialmente completato. Finisce in realtà, visto che l'attività di *Präzisierung* dell'*ergänzende Auslegung* consta di regole concrete destinate a valere per tutti i casi simili (*Fallgruppen*), per divenire un problema di concretizzazione della norma casuale: essendo di tutta evidenza che il decidere *l'integrazione da farsi* per gruppi di ipotesi isoformi, operativamente dei veri paradigmi per la sussunzione di tutte le fattispecie decidende in contermini, trasforma queste regole concrete in subnorme o sottonorme astratte⁹⁸. E, almeno fin quando il giudice *non innova*, il ripetitivo ovviare alla lacuna sopravvenuta per il tramite di queste sottonorme, non è che riservi al professionista un minor tasso di prevedibilità sul *quomodo* del regolamento contrattuale rettificato.

Non solo: c'è anche dell'altro, in vista di marginalizzare il rischio strisciante – e diffusamente in atto – di una *falsa armonizzazione* della disciplina sulle clausole abusive.

Gli è infatti che, diversamente da una pura e semplice disapplicazione, l'*ergänzende Auslegung* finisce fatalmente per conoscere il limite di una diversificata pre – comprensione municipale nell'attività di concretizzazione della clausola generale di buona fede. Di talché il discorso, *pars* della più complessa *vexata quaestio* sulla legittimazione della Corte di giustizia ad un'opera di *Konkretisierung* delle clausole generali che vincoli i singoli giudici nazionali⁹⁹, è presto fatto: l'*ergänzende Auslegung*,

⁹⁶ Un esempio dovrebbe aiutare a meglio comprendere il senso della notazione testé fatta. Supponiamo che vessatoria sia la clausola su di un termine di disdetta eccessivamente breve (6 mesi prima), rispetto alla durata del contratto (1 anno), allo scopo di evitare il rinnovo tacito del vincolo. Ebbene, se il giudice dovesse orientarsi a ritenere, in luogo di una stringente declaratoria di vessatorietà spazzante via la clausola, che congruo sia un termine di disdetta ridotto a 3 mesi, il consumatore potrebbe sempre opporre il carattere *sorprendente* della suddetta pattuizione in quanto sconosciuta all'atto della stipula. In ogni caso, ove manchi un termine legale di disdetta, non è che l'escludere un adattamento giudiziale renda il contratto *più trasparente*.

⁹⁷ È questo l'argomento, che dovrebbe principalmente ostare alla praticabilità *in concreto* della *richtertliche ergänzende Vertragsauslegung*, che propone G. D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit. 230 ss. Non pare però, almeno dal modo in cui l'adattamento giudiziale del contratto è stato per anni utilmente sperimentato nell'esperienza tedesca e spagnola, che l'attuale ostracismo verso questa tecnica trovi la sua ragion d'essere nel sospetto di un pericoloso impattare del soggettivismo giudiziale nell'ordinato fluire delle negoziazioni.

⁹⁸ Una suggestiva ricostruzione del modo di operare di un decidere per clausole generali può leggersi, da ultimo, in S. Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 267 s.

⁹⁹ Sul tema, vivacissimo da anni nell'esperienza tedesca ed invece soltanto all'inizio nella letteratura italiana, v. le belle pagine di S. Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit. pp. 290 – 293 e, ma in una diversa

orientando per una coloritura domestica il già frastagliatamente mobile statuto normativo europeo sulle clausole abusive, concorre in realtà – *per dei contratti che sono tendenzialmente seriali* – ad accrescere il disordine delle tecniche remediali, inscenando livelli di protezione del consumatore nazionalmente differenti. Ed il proliferare di differenze specifiche *attenta* all'efficienza di un mercato concorrenziale. Per conseguenza, siccome una *Konkretisierung* della Corte rispetto alle modalità connotative del giudizio di abusività (art. 3, § 1) avrebbe come effetto un'armonizzazione massima per via giudiziale, palesemente in violazione di quella discrezionalità degli Stati membri che la direttiva 93/13 assicura¹⁰⁰, è da credere che pure la parabola dell'interpretazione integrativa *correttiva* sia destinata, per una preminente ragione di *policy of law*, ad evolvere a breve in senso discendente.

8. Un'ultima chiosa.

Per effetto della giurisprudenza *Banesto e Asbeek*, l'*Abschreckungseffekt* dell'art. 7 vince anche sull'integrazione dispositiva allorché il contratto può funzionare senza la clausola espunta, tratteggiando così una *fissità* – dalla quale non si può scantonare – *della tutela*. È vero che l'inserzione di una disdetta secondo i termini di legge «non può per definizione essere considerat[a] vessatoria»: ma l'integrazione dispositiva non sempre è annoverabile tra i mezzi efficaci ed idonei a contrastare l'utilizzo di clausole abusive.

Una pratica decisionale in contermini affiora, d'altronde, anche presso le Corti italiane, come si evince da quella giurisprudenza che si va formando a margine dell'art. 33, c. 2 lett. g), quanto alla facoltà del solo professionista recedente di trattene le somme versate per prestazioni non ancora adempiute. Soltanto una *nullità pura* può infatti permettere al consumatore di ottenere il risultato sperato (cioè l'inesigibilità del corrispettivo o dei premi assicurativi maturandi dopo la comunicazione del recesso allorché sia il consumatore ad effettuarlo)¹⁰¹.

prospettiva, di E. Navarretta, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 953 ss.

¹⁰⁰ Che al *verweigerte Dialog* – l'espressione si legge in J. Basedow, *Der europäische Gerichtshof und die Klauselrichtlinie 93/13: der verweigerte Dialog*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010, p. 150 s. – causa di una *abgebrochene Harmonisierung* si possa ovviare mediante dei *Fallgruppen* transnazionali, è l'opinione di E. Navarretta, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit. p. 978 (secondo la quale le singole concretizzazioni giudiziali domestiche del principio di buona fede potrebbero «diventare oggetto di una valutazione di sintesi da parte della Corte di giustizia»). E tuttavia, proprio l'indirizzo inaugurato dalla Corte con la *Freiburger Kommunalbauten* (causa C-237/02) parrebbe deporre nel senso che il suddetto appoggio allo stato può valere alla stregua di un (condivisibile) auspicio.

¹⁰¹ V. Trib. Genova, 4 febbraio 2012, in *Giur. mer.*, 2013, p. 282 ss., con nota di C. Belli, *Condominio "consumatore": nullità di protezione delle clausole vessatorie nei contratti di assicurazione e intervento integrativo del giudice*, che si inserisce in un filone giurisprudenziale, riguardante i contratti di manutenzione degli ascensori condominiali, censurante la prassi di includere nei contratti, per il caso di recesso del consumatore,

Risultato: in un contesto normativo europeo che si non prefigura più diritti soggettivi ad una data prestazione «stabilendo il limite della controprestazione»¹⁰² e tuttavia vincola i singoli Stati alla realizzazione di un *fine prefissato* a livello sovranazionale, quand'è questione di contratti *b2c* la disapplicazione della clausola *vince* sulla sua riscrittura giudiziale perché la tecnica dell'espunzione è qualificata meglio rispondente alla normalità funzionale della tutela consumeristica.

Per altro, la logica del fine dissuasivo – adozione di «mezzi efficaci ed idonei» per impedire l'utilizzo di clausole o prassi abusive, distorcendo la concorrenza – si trova scritta anche nella trama dell'art. 7, § 3 della direttiva 2011/7. Sicché, in luogo dei tanti falsi argomenti che si è cercato in precedenza di contestare, potrebbe semmai radicarsi qui, nella minorità operativa a contrastare il «continuo ricorso» a clausole contrattuali abusive, il motivo di una vocazione (futura?) ad archiviare, anche nel settore dei contratti *b2b*, la tecnica, concorrente a quella di una sostituzione correttiva per via dispositiva, di una correzione giudiziale del contratto vessatorio.

delle penali di importo sproporzionato, solitamente pari all'importo dovuto nel caso di effettivo svolgimento dell'attività manutentiva convenuta. V., nello specifico, Trib. Arezzo, 17 febbraio 2012, n. 125, in *Contratti*, 2012, p. 283.

¹⁰² Così S. Patti, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, cit. p. 638.

Riflessioni in tema di retroversione degli utili

di Paolo Pardolesi

SOMMARIO: 1. Indagine comparativa e profili problematici – 2. “Lebensraum” per lo strumento della retroversione degli utili? – 2.1. La retroversione degli utili ex art. 125 C.P.I. – 2.2. La retroversione degli utili ex art. 158 l.a. – 3. Una novità negletta, o quasi: il danno da svalutazione monetaria ex art. 1224, 2° comma, c.c. – 4. Natura punitivo/sanzionatoria della retroversione degli utili: gli altalenanti orientamenti della Cassazione. – 4.1. Coerenza sistematica e matrice polifunzionale. – 5. Il problema della quantificazione della retroversione degli utili – 6. Considerazioni conclusive.

1. Indagine comparativa e profili problematici

Nelle pieghe della tradizione comparatistica figura, con grande evidenza, la contrapposizione – per ciò che concerne il differente approccio alla quantificazione del danno – tra le soluzioni rimediali domestiche (in cui prevale una natura esclusivamente compensatoria) e quelle adottate in *common law* (dove, campeggiando il principio in forza del quale a nessuno dovrebbe essere concessa la possibilità di trarre giovamento dal compimento di una condotta illecita, l’impiego di strumenti rimediali cui sia ascrivibile una rilevante natura punitivo/sanzionatoria è divenuto irrinunciabile). Non è detto, però, che le certezze di ieri, con tutto il peso della loro autorità, segnino indefettibilmente il solco degli sviluppi odierni, meno ancora di quelli a venire. Pertanto, prendendo le mosse, per un verso, dalla volontà di sottrarsi agli schemi usuali e, per l’altro, dalla considerazione che, su un piano più prettamente pragmatico, è stato il diritto industriale a mostrare una reale propensione verso la ricerca e lo sviluppo di soluzioni giuridiche innovative [mi riferisco, in particolare, al riconoscimento del diritto di cittadinanza in favore di uno strumento rimediale (ossia la cd. ‘retroversione degli utili’) che – sulle orme dei *disgorgement damages* di *common law*¹ – assicuri alla vittima la possibilità di recuperare il profitto

¹ I *disgorgement damages* costituiscono un’articolazione rimediale di *common law* che, rispondendo alla necessità di impedire a chicchessia di trarre profitto dal compimento di una condotta illecita, prevede come diretta conseguenza lo ‘spoglio’ del guadagno realizzato illegittimamente dall’autore dell’illecito. Più nello specifico, sviluppatosi nell’ambito della *law of restitution*, tale rimedio accorda alla vittima uno strumento in grado di ‘colpire’ l’autore dell’illecito in quello che potrebbe rivelarsi il suo tallone d’Achille, poiché l’espone al rischio di dover riversare il guadagno derivante dalla sua attività [per un’analisi approfondita dell’istituto

realizzato dall'autore della condotta illecita piuttosto che la perdita subita], la nostra ricognizione verterà necessariamente sui profili attinenti al rapporto tra violazione della proprietà intellettuale e risarcimento del danno.

A tal fine, assoluto rilievo avranno le rielaborazioni di matrice dottrinale/giurisprudenziale articolate sulle modifiche introdotte con il decreto legislativo del 16 marzo 2006, n. 140 (d'ora innanzi d.lgs. *enforcement*, recante il recepimento della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale) alla cennata nuova prospettiva rimediabile della retroversione degli utili. Più in chiaro: l'azionabilità di tale strumento rimediabile risulta completamente metabolizzata e si pone come passaggio necessario

in oggetto v., orientativamente, S. Thel – P. Siegelman, *You do have to keep your promises: a disgorgement theory of contract remedies*, 52 *Wm. & Mary L. Rev.* 1181 (2011); M.L. Engler – S.B. Heyman, *The missing elements of contract damages*, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1931752>; C.L. Roberts, *Restitutory disgorgement for opportunistic breach of contract and mitigation of damages*, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1152303>; nonché, *Restitutory disgorgement as a moral compass for breach of contract*, 77 *U. Cin. Law. Rev.* 991; Id., *A commonwealth of perspective on restitutory disgorgement for breach of contract*, 65 *Wash. & Lee L. Rev.* 945 (2008); M. A. Eisenberg, *The disgorgement interest in contract law*, 105 *Mich. L. Rev.* 599 (2006); R. R.W. Brooks, *The efficient performance hypothesis*, 116 *Yale L.J.* 568 (2006); M. Siems, *Disgorgement of profits for breach of contract: A comparative analysis*, 7 *Edin. L. Rev.* 27 (2004); E. J. Weinrib, *Punishment and disgorgement as contract remedies*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 *Chi.-Kent. L. Rev.* 55 (2003); J. D. Mc Camus, *Disgorgement for breach of contract: a comparative prospective*, 36 *Loy. L. A. L. Rev.* 943 (2003); J. Edelman, *Gain-based damages. Contract, tort, equity and intellectual property*, Oxford e a., 2002; N. R. Whitty, *Rationality, nationality and taxonomy of unjustified enrichment*, in *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*, a cura di D. Johnston e R. Zimmermann, Cambridge University Press, 2002, 658, 678 ss.; A. Kull, *Disgorgement for breach, the "restitution interest", and the Restatement of contracts*, 79 *Tex. L. Rev.* 2021 (2001); P. Jaffey, *The nature and scope of restitution*, Oxford – Portland, 2000, 363 ss.; L. Smith, *Disgorgement of the profit of breach of contract: Property, contract and efficient breach*, 24 *Can. Bus. L. T.* 121 (1995); S. F. Barkholz, *Insider trading, the contemporaneous trader, and the corporate acquirer: entitlement to profits disgorged by the SEC*, 40 *Emory L. J.* 537 (1991), 540 ss.; E. A. Farnsworth, *Your loss or my gain? The dilemma of the disgorgement principle in breach of contract*, 94 *Yale L. J.* 1339 (1985). Nella letteratura italiana v. P. Pardolesi, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, 55 ss; Id., *Vorrei, ma... Sviluppi in tema di disgorgement*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. Pardolesi, Bari, 2011, 15; Id., *Voce Disgorgement*, *Enciclopedia Giuridica Italiana – Treccani* (sezione Aggiornamenti), vol. XIV, Roma, 2006, 1, Id., *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005; nonché *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 717]. Per questa via, tale istituto rimediabile – imponendosi come 'legal response' alle ipotesi di arricchimento derivante da fatto illecito (su tale concetto v. *infra* quanto menzionato nel paragrafo 2) – tradisce una natura 'quasi-punitiva', a forte valenza sanzionatoria, desumibile dal fatto che la sua commisurazione costituisce un elemento del *punishment* (ossia dello strumento che, rispondendo alla finalità di colpire la violazione di un obbligo, viene quantificato in modo tale da coprire – e talora anche eccedere – l'ammontare di qualsiasi beneficio ricevuto dal *wrongdoer*): "damages awards that give the victim more than he lost or is expected to lose and that take into consideration the seriousness of the wrongful act are likely not purely compensatory but instead influenced by punitive purposes" [V. Bher, *Punitive damages in American and German law – tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 *Chi.-Kent. L. Rev.* 3 (2003), 105, 109 ss. L'espressione 'quasi punitiva' viene utilizzata anche nel paragrafo 7.18 della *Law Commission* (1993)].

dell'elaborazione da compiersi, ad opera del giudice, per la determinazione del *quantum* del risarcimento. Nella 'normale' dinamica dell'apprezzamento del danno emergente e del lucro cessante, alla stregua della regola generale, viene inserita, con riguardo alla seconda voce, una dimensione affatto innovativa, di carattere eccentrico rispetto al passato. Non più soltanto ciò che non è stato possibile guadagnare in ragione dell'altrui attività illecita, ma anche una misura di computo ritagliata sui proventi che quella stessa attività ha schiuso all'autore della condotta *contra legem*.

2. "Lebensraum" per lo strumento della retroversione degli utili?

Di là dalla prima sensazione che nella realtà giuridica italiana non esista nulla di simile al complesso rimediale costruito nel *common law*² (e, in particolare, all'istituto dei *disgorgement damages*), è possibile individuare tracce di quello che potrebbe assumere i contorni di un progressivo mutamento nel sistema giuridico italiano nell'analisi del cd. 'arricchimento da fatto illecito' (individuabile ogniqualvolta il vantaggio economico conseguito da chi abbia agito illecitamente risulti di gran lunga più consistente – in termini di profitto – della perdita subita dal titolare del diritto)³. A ben vedere, infatti, nel sistema giuridico nostrano l'approccio tradizionale alla complessa materia del risarcimento del danno (tanto in materia contrattuale che extra-contrattuale) si fonda sull'idea che l'autore della condotta *contra legem* sia tenuto a risarcire la vittima per il danno arrecatole. Ciò nonostante, tale principio – pur ispirandosi alla *ratio* in forza della quale a nessuno dovrebbe essere concessa la possibilità di incidere negativamente sull'altrui sfera giuridico-patrimoniale senza il consenso del titolare – mostra evidenti incongruenze quando ad essere prese in esame siano proprio le ipotesi di arricchimento da fatto illecito. Non a caso, restando ancorati alla tradizionale impostazione rimediale (in forza della quale si ritie-

² Pur nella piena consapevolezza che il sistema giuridico italiano differisce alquanto dal complesso rimediale di *common law*, alcuni precedenti lavori mi hanno offerto il destro per rilevare come, adottando una prospettiva più elastica, sia possibile individuare almeno due percorsi [1] quello articolato su di un'interpretazione alternativa dell'art. 1223 c.c. e 2) quello concernente gli istituti che governano la 'crisi del contratto'] in grado di prospettare una struttura rimediale per molti versi affine a quella operante nella realtà giuridica anglo-americana (v. P. Pardolesi, *Profitto illecito* cit., 138 ss., nonché, *Rimedi all'inadempimento contrattuale* cit., 748 ss.).

³ Sul concetto di arricchimento da fatto illecito, v. P. Pardolesi, *Responsabilità civile e arricchimento ingiustificato per lesione del diritto d'autore e dei diritti di proprietà industriale*, in *Commentario del codice civile – Dei fatti illeciti* (diretto da E. Gabrielli), a cura di U. Carnevali, Milano, 2013, 11, 13 s.; Id., *Contratto e nuove frontiere rimediali* cit., 129 ss.; P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 104 ss.; P. Pardolesi, *Arricchimento da fatto illecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2006, 523; nonché, *Profitto illecito* cit., *passim*; Id., *Rimedi all'inadempimento contrattuale* cit., 713 ss.; P. Trimarchi, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 1147.

ne sufficiente che l'autore dell'illecito sia tenuto 'soltanto' al risarcimento del danno), si finirebbe per 'premiare' oltremodo l'autore della condotta illecita. Pertanto, vien fatto di chiedersi se non sia più opportuno provvedere alla restituzione, in pro del titolare del diritto, della maggior somma fra il danno e il profitto realizzato in virtù della condotta illecita⁴. Proprio questi profili problematici, accentuati dall' 'assordante' silenzio del legislatore, hanno spinto dottrina⁵ e giurisprudenza⁶ ad interrogarsi circa la necessità di prevedere soluzioni 'alternative' (che non fossero dirette solamente alla reintegrazione del maltolto, ma obbligassero l'autore dell'illecito a corrispondere al titolare del diritto leso il guadagno realizzato in virtù della sua condotta)⁷ e, al contempo, hanno rappresentato la base di cui si è avvalso il legislatore per dare ingresso ad una figura rimediale in grado di garantire il duplice obiettivo di sanzionare l'autore dell'illecito e di dissuadere chicchessia dall'emulare tale condotta illegittima⁸: mi riferisco, in particolare, alla 'retroversione degli utili' di cui

⁴ Sul punto v. F. Floridia, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2012, 5, 7.

⁵ In questo senso si collocano le riflessioni riguardanti gli istituti dell'arricchimento ingiustificato (P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 54; O. Troiano, *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, in *AIDA*, 2000, 207), della gestione d'affari altrui (P. Sirena, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 2000; G. Guglielmetti, *op. cit.*, 174; R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 114 ss.), della restituzione dei frutti (P. Barcellona, *Frutti e profitto d'impresa*, Milano, 1970, 80; G. Gitti, *Il "possesso di beni immateriali" e la riversione dei frutti*, in *AIDA*, 2000, 152) e – versione estrema della precedente – dei modi d'acquisto della proprietà a titolo originario (P. Barcellona, *La lesione della proprietà intellettuale come conflitto non aquiliano*, relazione tenuta a Palermo, il giorno 7 febbraio 2002, nell'ambito del corso di diritto privato generale).

⁶ Per una analisi della quale v., orientativamente, M. Guerinelli, *La retroversione degli utili fra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 213; P. Pardolesi, *Arricchimento da fatto illecito cit.*, 523.

⁷ Per una recente ricognizione sul fenomeno di convergenza tra i formanti dottrinale e giurisprudenziale volto a fronteggiare le problematiche individuabili nelle pieghe dell'arricchimento da fatto illecito si rinvia, orientativamente, a P. Pardolesi, *Contratto e nuove frontiere rimediali cit.*, 132 ss.

⁸ A tale proposito mette conto porre l'accento su quegli indici normativi che – spingendosi oltre la mera dimensione compensativa – presentano interessanti analogie con i *disgorgement damages* (nonché con il nuovo rimedio della retroversione degli utili) testimoniando come l'idea di uno strumento rimediale dalla marcata valenza punitivo/sanzionatoria non sia estranea al sistema giuridico nostrano: I) in primo luogo, la riparazione pecuniaria ex art. 12 legge 8 febbraio 1948, n. 47 (sul punto v., orientativamente, P. Pardolesi, *Contratto e nuove frontiere rimediali cit.*, 140 ss.; V. D'Acri, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Roma, 2005, 143 ss.; M. G. Baratella, *La riparazione pecuniaria*, in *Resp. comunicazione e impresa*, 2001, 287 ss.; V. Zeno Zencovich, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ.*, 1983, 40); II) il risarcimento del danno ambientale ex art. 18 della legge 8 luglio 1986 n. 349 (per una ricognizione del quale si rinvia a P. Pardolesi, *Contratto e nuove frontiere rimediali cit.*, 143 ss.; P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 160; R. Cendon-P. Ziviz, *L'art. 18 della legge 349/86 nel sistema della responsabilità civile*, in *RCDP*, 1987, 545; L. Bigliazzi Geri, *Quale futuro dell'art. 18 legge 8 luglio 1986, 349, ibidem*, 686; F. D. Busnelli, *La parabola della responsabilità*

agli artt. 125 C.P.I. (Codice di Proprietà Industriale) e 158 l.a. (legge sul diritto d'autore) come novellato dall'art. 5 del d.lgs. *enforcement*.

2.1. *La retroversione degli utili ex art. 125 C.P.I.*

L'opportunità per il tanto invocato cambio di rotta (anche e, soprattutto, a livello legislativo) si è concretizzata quando – in virtù della delega prevista dall'art. 15 della legge 12 dicembre 2002 n. 273 – il Governo affidò ad una apposita commissione interministeriale il compito di redigere il nuovo Codice di Proprietà Industriale. L'obiettivo dichiarato era quello di semplificare e riordinare le molte leggi in vigore (di derivazione nazionale, internazionale e comunitaria), divenute di interpretazione sempre più complicata non solo per la diversità dei linguaggi adoperati, ma soprattutto a causa dello sfilacciamento dei nessi sistematici e della necessaria coerenza delle singole disposizioni⁹. Nell'ambito di tale nuova codificazione, una delle disposizioni più stimolanti e, al contempo, tormentate, almeno per la parte in cui affronta la complessa problematica del risarcimento del danno al cospetto di ipotesi di arricchimento da fatto illecito, è rappresentata dall'art. 125¹⁰. Con questa norma, infatti, la Commissione ministeriale – rispondendo alla diffusa denuncia circa l'insufficienza o, meglio, l'inadeguatezza del sistema rimediabile italiano a fronteggiare le ipotesi di arricchimento da fatto illecito – ha introdotto una soluzione rimediabile nuova, che parametrizza il risarcimento agli utili conseguiti dal contraffattore in violazione del diritto.

A ben vedere, di là dalle suoi continui *restyling*¹¹, la disposizione in commento vide la sua stesura (pressoché) definitiva con l'avvento del d. lgs 10 febbraio 2005,

civile, id., 1988, 667. Tra le voci fuori dal coro v. S. Patti, «Pena Privata», in *D. I.*, V, Torino, 1995, 335, secondo cui il legislatore, malgrado il riferimento alla gravità della colpa individuale, “non sembra avere introdotto un'ipotesi di pena privata o di danni punitivi poiché il parametro in esame costituisce soltanto uno dei parametri previsti per liquidare in via equitativa il danno, del quale non è possibile determinare l'esatto ammontare” e, infine, III) le misure sanzionatorie di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. [nel senso di valorizzare la funzione punitiva/sanzionatoria del risarcimento del danno *ex art. 709 ter* c.p.c. v., orientativamente, P. Pardolesi, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2013, 409; A. D'Angelo, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, 1048. Tuttavia, occorre rimarcare come accanto a questa opzione interpretativa sia possibile individuare altri due differenti orientamenti: 1) il primo volto a rilevare la preminenza di una logica compensativa (sul punto v. A. Greco, *Affido condiviso, (l. 54/2006) e ipotesi di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1199); 2) il secondo, invece, che – adottando una posizione intermedia – riconosce non solo la funzione riparatoria del risarcimento ma al contempo non nega una finalità sanzionatoria dello stesso [v. Trib. Reggio Emilia 5 novembre 2007 n. 1435, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 74].

⁹ Per un'attenta analisi degli artt. 5-18 della legge 273/2002 si rinvia a G. Floridia, *Il riordino della proprietà industriale (Legge 12 dicembre 2002, n. 273)*, in *Dir. ind.*, 2003, 22 ss.

¹⁰ Per un'incisiva ricognizione sulla genesi e sull'evoluzione della norma in oggetto alla luce del suo inquadramento dogmatico nel rapporto fra il diritto generale delle obbligazioni ed il diritto speciale della concorrenza v. F. Floridia, *Risarcimento del danno e reversione degli utili cit.*, 5 ss.

¹¹ A tale proposito, occorre rimarcare come nella iniziale stesura (ovvero quella completata il 22 luglio 2003),

n. 30¹². Rispetto alle versioni precedenti, il legislatore delegato – dopo aver disposto che il mancato guadagno venga determinato dal giudice tenendo conto anche degli utili realizzati in violazione del diritto – specifica come tale voce debba prevedere anche il cd. prezzo del consenso: quanto dire che il profitto conseguito dall'autore dell'illecito dovrà essere calcolato avvalendosi dei guadagni ottenuti illecitamente e, sia pure in via virtuale, dei costi 'schivati' in virtù di quella specifica condotta. Tuttavia, tale stesura non è riuscita a schivare critiche pungenti. Prova ne sia che, per un verso, la commissione ministeriale ha evidenziato come attraverso tale formulazione ci si allontanasse notevolmente dall'obiettivo di colmare la vistosa lacuna legislativa in tema di arricchimento da fatto illecito e, per l'altro, un'attenta dottrina ha opinato che il legislatore interno, operando in tal guisa, finisce per scartare lo strumento della 'retroversione degli utili', limitandosi a costruire "una misura funzionale al recupero degli utili ma congegnata in termini risarcitori (...) piuttosto che una misura 'oggettiva' sul modello dei Trips"¹³. In altre parole, secondo la stessa voce dottrinale, si tratterebbe di un'occasione persa: il legislatore delegato, piuttosto che recepire uno strumento autonomo (la retroversione degli utili) che –seguendo le

il testo provvisorio del C.P.I. dedicava alla disciplina del risarcimento del danno l'art. 134 ("il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze. Il titolare del diritto può altresì chiedere che gli vengano attribuiti gli utili realizzati dal contraffattore"). Con tale disposizione il legislatore delegato perseguiva un duplice scopo. Per un verso, garantiva una imprescindibile continuità con i principi guida in materia di risarcimento dei danni (*ex artt. 1223, 1226, 1227 c.c.*). Per l'altro, facendo tesoro delle tante istanze di denuncia (nonché delle richieste di adeguamento e modernizzazione avanzate da dottrina e giurisprudenza), dischiudeva al titolare del diritto di proprietà industriale la concreta possibilità di chiedere "altresì" che gli venissero attribuiti gli utili realizzati dal contraffattore. Siffatto intervento legislativo, però, costituiva solo il primo di una serie di passaggi che avrebbero caratterizzato l'introduzione dello strumento della retroversione degli utili nell'apparato rimediabile italiano. Già nel dicembre dello stesso anno, il legislatore mise nuovamente mano alla norma in questione (nel frattempo rinumerata come art. 125), prevedendo tanto una modifica di carattere formale (in forza della quale l'espressione "utili realizzati dal contraffattore", nel secondo comma dell'art. 125, veniva sostituito dalla formulazione "utili realizzati in violazione del diritto") quanto la novità di un terzo comma (di minore rilievo ai fini della nostra riflessione) nel quale veniva introdotta una sanzione pecuniaria. Un'effettiva riformulazione dell'articolo in questione si ebbe solo a seguito della terza stesura provvisoria del Codice (datata 10 settembre 2004), che – dando luogo ad un vero e proprio compattamento della chiusa del primo comma e del secondo comma dell'originario art. 125 – ha prodotto il seguente risultato: all'originaria impostazione (secondo cui "il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile") si è aggiunta la direttiva che il lucro cessante sia valutato dal giudice "anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto".

¹² Così la lettera dell'art. 125 nella versione prevista nel d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30: "Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice anche tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto e dei compensi che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare qualora avesse ottenuto licenza dal titolare del diritto".

¹³ A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, 144 s.

orme della normativa internazionale (art. 45 TRIPs)¹⁴ e della più claudicante normativa comunitaria (art. 13 della direttiva 2004/48/CE)¹⁵ – sia in grado di prescindere dall'elemento soggettivo, avrebbe preferito annoverarlo tra le possibili voci del risarcimento del danno.

L'ultimo atto della travagliata 'avventura' dell'art. 125 è andato in scena (almeno per il momento, visto la necessità "che la legge [venga] resa meno insicura, con qualche piccola aggiunta)¹⁶ con il d.lgs. *enforcement* che ha introdotto tre novità di non poco momento¹⁷: 1) in primo luogo, si preannuncia – già nella rubrica dell'articolo

¹⁴ Per il testo dell'art. 45 TRIPs v., *infra*, nota 22.

¹⁵ Così l'art. 13 della direttiva 2004/48/CE: "1. Gli Stati Membri assicurano che, su richiesta della parte lesa, le competenti autorità giudiziarie ordinino all'autore della violazione, implicato consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole in un'attività di violazione, di risarcire al titolare del diritto danni adeguati al pregiudizio effettivo da questo subito a causa della violazione. Allorché l'autorità giudiziaria fissa i danni: a) tiene conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno subito dalla parte lesa, i benefici realizzati illegalmente dall'autore della violazione, e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione; b) oppure in alternativa alla lettera a) può fissare, nei casi appropriati, una somma forfettaria in base ad elementi quali, per lo meno, l'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti qualora l'autore della violazione avesse richiesto l'autorizzazione per l'uso del diritto di proprietà intellettuale in questione. 2. Nei casi in cui l'autore della violazione è stato implicato in un'attività di violazione senza saperlo, o senza avere motivi ragionevoli per saperlo, gli Stati Membri possono prevedere la possibilità che l'autorità giudiziaria disponga il recupero dei profitti o il pagamento dei danni che possono essere predeterminati".

¹⁶ A. Vanzetti, *La "restituzione degli utili di cui all'art. 125 n. 3, C.P.I. nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*, 2006, 323, 325. Del resto, sino dalla sua entrata in vigore, sono state prospettate due differenti soluzioni interpretative: I) la prima, – in virtù della congiunta del primo e del terzo comma dell'articolo in commento ed inserendosi in un'ottica risolutamente risarcitoria – sembrerebbe implementare nel nostro sistema rimediatale una figura giuridica marcatamente punitivo/sanzionatorio; II) la seconda, invece, – tenendo conto della modifica della rubrica, delle indicazioni dei *consideranda* del decreto *enforcement* e della locuzione "in ogni caso" posta all'*incipit* del terzo comma dell'art. 125 – parrebbe aprire ad una nuova azione (il cui ambito di applicazione dovrebbe essere 'paradossalmente' limitato alle sole ipotesi di 'contraffazione incolpevole' escludendo di fatto l'applicazione delle norme in tema di risarcimento dei danni), le cui incongruenze concettuali necessitano di un ulteriore intervento chiarificatorio da parte del nostro legislatore. Per un approfondimento delle problematiche innescate dalle modifiche apportate all'art. 125 C.P.I. dal decreto *enforcement* si rinvia a P. Pardolesi, *Responsabilità civile e arricchimento ingiustificato* cit., 23 ss.; F. Floridia, *Risarcimento del danno e reversione degli utili* cit., 9 ss.; G. Colangelo, *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, 2011, 274 ss.; L. Albertini, *Restituzione e trasferimento dei profitti nella tutela della proprietà industriale (con un cenno al diritto d'autore)*, in *Contratto e impr.*, 2010, 1149; E. Di Sabatino, *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto*, in *Resp. civ.*, 2009, 442; M. Barbutto, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili* in *Riv. dir. ind.*, 2007, 172; G. Savorani, *Rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, 500. G. Bonelli, *L'attuazione della direttiva enforcement nel diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2007, 195; C.E. Menzetti, *Il risarcimento del danno fra vecchio e «nuovo» diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici e meriti come rimedi di liquidazione*, in *Giur. it.*, 2006, 1881; P. Pardolesi, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125*, in *Corriere giur.*, 2006, 1605.

¹⁷ Questo il testo dell'art. 125, come modificato dall'art. 17 d. lgs. *enforcement*: "1. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto

in questione – una decisa separazione degli strumenti rimediali del “risarcimento del danno” e della “restituzione dei profitti”; 2) in seconda battuta, si prevede un limite minimo alla liquidazione globale corrispondente al prezzo del consenso allo sfruttamento della creazione intellettuale protetta; e, infine, 3) si configura la possibilità che la restituzione degli utili realizzati dall’autore della violazione possa essere chiesta in alternativa rispetto al risarcimento del danno oppure – solo qualora gli utili da restituire eccedano la somma dovuta a titolo di risarcimento – in cumulo con i *lost profits*.

2.2. La retroversione degli utili ex art. 158 l.a.

La seconda disposizione normativa su cui, come cennato *supra*, appare doveroso porre l’accento concerne il novellato art. 158 della legge sul diritto d’autore¹⁸ nelle pieghe del quale – accanto al rinvio alle tradizionali disposizioni in tema di liquidazione del danno (ossia gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.) – viene statuito che il giudice, nel procedere alla liquidazione del lucro cessante, debba anche tener conto degli “utili realizzati in violazione del diritto”¹⁹.

conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall’autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto della violazione. 2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l’autore della violazione avrebbe dovuto pagare qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. 3. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall’autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento”. Per una ricognizione densa di spunti di riflessione sulle novità apportate all’art. 125 dal decreto *enforcement v. F. Florida, Risarcimento del danno e reversione degli utili cit.*, 9 ss.

¹⁸ Nella stesura precedente le modifiche introdotte con l’art. 5 del decreto *enforcement*, l’art. 158 l.a. disponeva che “chi venga leso nell’esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere che sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione o per ottenere il risarcimento dei danni”.

¹⁹ Così la lettera del ‘nuovo’ art. 158: “1. Chi venga leso nell’esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell’autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione. 2. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell’art. 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell’importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l’autore della violazione avesse chiesto al titolare l’autorizzazione per l’utilizzazione del diritto. 3. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell’art. 2059 del codice civile”. Sulle questioni individuabili nelle pieghe dell’art. 158 l.a. v., orientativamente, P. Pardolesi, *Responsabilità civile e arricchimento ingiustificato cit.*, 40 ss; G. Colangelo, *op. cit.*, 93 ss.; G. Casaburi, *op. cit.*, 1194; E. Di Sabatino, *op. cit.*, 442; C. E. Menzetti, *op. cit.*, 1881.

Anche in questa disposizione, di là dalla considerazione della contiguità dell'articolo in oggetto con la stesura dell'art. 125 C.P.I. introdotta con il d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30²⁰ (probabilmente favorita dalla decisione – assai poco razionale – di non includere il diritto d'autore nell'ambito della proprietà industriale)²¹, appare evidente la scelta del legislatore di assicurare la continuità con la tradizione del nostro apparato rimediabile (attraverso il richiamo ai principi del lucro cessante, del danno emergente, della valutazione equitativa del danno, nonché al concorso del fatto colposo del creditore) nonché di aprire ad una 'innovativa' soluzione rimediabile che, in virtù della sua duplice inclinazione funzionale (ossia quella punitivo/sanzionatoria e quella preventivo/deterrente), fosse in grado di soddisfare al contempo le molteplici necessità funzionali scaturenti dalla lesione del diritto d'autore. Più in chiaro: il lucro cessante potrà essere quantificato in due modi. In primo luogo, attraverso una liquidazione equitativa, frutto dell'equo apprezzamento delle circostanze del caso (art. 2056 c.c.), tra le quali anche gli utili realizzati dal contraffattore. Per questa via, quindi, il giudice 'deve' immettere nel circuito logico di quantificazione del danno la voce corrispondente agli utili del contraffattore. Diversamente da quanto accade nell'art. 45 dell'Accordo TRIPs (dove il legislatore convenzionale, riconosce agli stati membri – “in appropriate cases” – la facoltà di “autorizzare le autorità giudiziarie a ordinare il recupero degli utili e/o il pagamento di somme prestabilite” anche in assenza di colpa)²², il legislatore nazionale sembra propendere per una completa 'metabolizzazione' della nuova prospettiva rimediabile. A veder bene, l'impiego dell'espressione “anche tenuto conto degli utili realizzati”, superando la plateale limitazione che nell'art. 45 dell'Accordo viene sancita dalla locuzione verbale “in appropriate cases” (solo in presenza dei quali parrebbe possibile avvalersi della risorsa rimediabile della retroversione degli utili), sembrerebbe assicurare un più ampio ventaglio di soluzioni rimediali o, meglio ancora, un maggior margine di movimento nella realtà rimediabile italiana. In altre parole, nella 'normale' dinamica dell'apprezzamento del danno emergente e del lucro cessante, alla stregua della regola generale, viene inserita, con riguardo alla seconda voce, una dimensione affatto innovativa, di carattere rivoluzionario rispetto al modello di riferimento. Non più soltanto ciò che non è

²⁰ Per il testo del quale si rinvia alla nota 12.

²¹ Sul punto v. G. Casaburi, *Il risarcimento del danno nel diritto d'autore*, in *Giur. merito*, 2010, 1194.

²² Così il testo dell'art. 45 TRIPs: “the judicial authorities shall have the authority to order the infringer to pay the right holder damages adequate to compensate for the injury the right holder has suffered because of an infringement of that person's intellectual property right by an infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in infringing activity. The judicial authorities shall also have the authority to order the infringer to pay the right holder expenses, which may include appropriate attorney's fees. In appropriate cases, Members may authorize the judicial authorities to order recovery of profits and/or payment of pre-established damages even where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity”.

stato possibile guadagnare in ragione dell'altrui attività illecita, ma anche una misura di computazione ritagliata sui proventi che quella stessa attività ha schiuso al contraffattore.

In seconda battuta, come alternativa rispetto al "criterio ordinario", l'art. 158 l.a. prevede che il lucro cessante possa essere quantificato mediante una liquidazione forfetaria posta in essere sulla base quantomeno dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione di quel diritto (cd. prezzo del consenso)²³. Sicché, il risarcimento del danno verrà determinato "quantificando il compenso usualmente richiesto sul mercato per quella determinata forma di utilizzazione dell'opera" (ovvero, commisurandolo "al valore obiettivo o di mercato dell'opera medesima")²⁴.

Ora, sebbene siano molti i punti di contiguità sottesi agli articoli in commento, appare possibile individuare più di un elemento di sostanziale differenziazione. A ben vedere, infatti, un primo elemento di discrepanza si riscontra nell'assenza di un sistema di pubblicità legale nel diritto d'autore. In altre parole, venendo meno l'imposizione di un preventivo onere informativo, si lascia ampio spazio ad ipotesi di violazione incolpevole tali da giustificare l'onere a carico del danneggiato di provare non soltanto che il violatore abbia goduto di utili, ma pure che la violazione sia stata colposa o dolosa. Del resto, "mentre per brevetti, marchi, ecc. la privativa sorge attraverso formalità costitutive e vi è un sistema di pubblicità legale (...), non è così per il diritto d'autore. Nel caso dei primi, quindi, l'autore della violazione difficilmente potrà dirsi del tutto scevro da colpa, essendo comunque esigibile un onere informativo; e così, anche se non sia data la concreta prova del suo dolo o colpa, non è iniquo che sia tenuto al risarcimento del danno commisurato all'incremento economico che ha ottenuto. Nel secondo caso, invece, può ben darsi una violazione totalmente inconsapevole (...), e mancando un sistema di pubblicità non è neppure esigibile che il violatore si informi preventivamente dell'esistenza di precedenti diritti con cui interferisca la sua attività". Sicché, la stessa voce dottrinale osserva come, incrociando l'assenza di formalità costitutive e di pubblicità con la sostanziale differenza di trattamento tra creazione originaria e creazione derivata che contraddistingue il diritto d'autore e, in particolare, il brevetto, "nel diritto d'autore la violazione incolpevole non solo esista, ma (i) sia tutt'altro che improbabile, (ii) possa implicare un autonomo «investimento» sia in termini di creatività che sotto il profilo della «disseminazione» dell'opera; (iii) possa rivestire carattere di meritevolezza, portando sul mercato un prodotto magari non assolutamente nuo-

²³ "Si tratta di un criterio – almeno in linea di principio (...) – residuale rispetto a quello della riverzione degli utili, ed essenzialmente equitativo": G. Casaburi, *op. cit.*, 1208. Sul punto v., anche, C. E. Menzetti, *op. cit.*, 1883.

²⁴ Così G. Casaburi, *op. cit.*, 1208.

vo, ma che comunque contribuisce al progresso culturale, alla massa di informazioni disponibili, all'offerta di intrattenimento, ecc. L'assenza di un obbligo risarcitorio (o restitutorio) in capo all'«elaborando» incolpevole appare quindi efficiente dal punto di vista dell'interesse generale alla diffusione delle opere creative²⁵.

Un ulteriore elemento di difformità si rinviene nella determinazione del lucro cessante. A ben vedere, infatti, l'art. 125 C.P.I. – seguendo le indicazioni provenienti rispettivamente dall'art. 45 TRIPs e dall'art. 13 della direttiva 2004/48/CE – richiama (in caso di violazione colpevole) il più ampio concetto dei “benefici realizzati dall'autore della violazione” come elemento valutativo autonomo evidenziato dalla giustapposizione con il mancato guadagno²⁶. Nell'art. 158, invece, non dandosi corso alla previsione facoltativa della direttiva 2004/48/CE concernente la retroversione degli utili, si impiega il riferimento al più ristretto concetto degli “utili realizzati in violazione del diritto” come criterio di liquidazione equitativa (cui, come precedentemente evidenziato, il giudice è obbligato a tenere conto in sede di valutazione del lucro cessante) da utilizzarsi nei confronti del contraffattore colpevole.

Ne consegue che la retroversione degli utili rappresenta senz'altro “la via maestra, ma l'assetto che ne risulta appare più mite: scompare la graduazione di «sanzione» tra chi ha violato la privativa con colpa o dolo, e chi invece l'ha fatto incolpevolmente. Il primo sarà tenuto a restituire soltanto gli utili, il secondo sembra andare esente da un obbligo risarcitorio²⁷.”

3. Una novità negletta, o quasi: il danno da svalutazione monetaria ex art. 1224, 2° comma, c.c.

Di là dall'analisi delle due disposizioni normative che in materia di diritto industriale hanno aperto ad una soluzione rimediata innovativa (quale la retroversione degli utili), vien fatto di chiedersi quali margini vi siano affinché uno strumento di tal fatta possa trovare applicazione anche in altri settori del diritto. In tal senso, un prezioso stimolo ci perviene da una recente decisione presa dalla Corte di Cassazione (nella sua articolazione più autorevole, le sezioni unite) nelle pieghe della quale parrebbe possibile prospettare l'applicabilità dello strumento rimediato della retroversione degli utili in materia contrattuale²⁸. In particolare, nella decisione in oggetto la Suprema corte – sebbene fosse stata chiamata a pronunciarsi non già sulla misura del

²⁵ C. E. Menzetti, *op. cit.*, 1884 s.

²⁶ G. Casaburi, *op. cit.*, 1199.

²⁷ C. E. Menzetti, *op. cit.*, 1884.

²⁸ Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499, in *Foro it.*, 2008, I, 2786 [con nota di R. Pardolesi, *Debiti di valuta, «danno da svalutazione» (e il «disgorgement» che non r'aspetti)*].

ristoro, quanto sull'onere probatorio da integrare per farne richiesta – razionalizza in maniera radicale i criteri inerenti la determinazione del maggior danno da svalutazione monetaria (*ex art. 1224, 2° comma, c.c.*). Sovvertendo due celebri pronunce del passato²⁹, le sezioni unite scelgono di riscrivere l'intera disciplina dell'inadempimento dei crediti di valuta facendo implodere il regime che – con non poche difficoltà³⁰ – aveva tenuto banco per un quarto di secolo.

Più nello specifico, muovendo dalla constatazione che gli orientamenti operazionali sviluppatasi a seguito delle due risalenti pronunce risultano disallineati rispetto all'intendimento originario, le sezioni unite aggiornano il quadro dei dati finanziari rilevanti: “è vero, infatti, che, a partire dal raddoppio del tasso legale, nel 1990, e dalla successiva introduzione di una metodica di fissazione imperniata sulla flessibilità, a partire dal 1° gennaio 1997, il suo livello è sempre stato superiore al tasso ufficiale di aumento dei prezzi al consumo (con l'eccezione del 2000 e quella che va a prefigurarsi per l'anno in corso). Ma è altrettanto evidente che il rendimento lordo delle più comuni forme d'investimento – esemplificate dal rendimento medio lordo dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi – è risultato costantemente più elevato del tasso legale (con l'isolata eccezione del 1994)³¹. Ecco allora prospettarsi il concreto pericolo che, per il debitore, continui a risultare proficua la scelta di differire per quanto possibile l'adempimento. Contro questo incentivo perverso le Sezioni unite riscoprono il valore deterrente della responsabilità contrattuale: al creditore insoddisfatto va riconosciuto “un maggior importo corrispondente quanto meno all'utile economico minimo che il debitore ha tratto o avrebbe potuto trarre dalla conservazione, *medio tempore*, del denaro che doveva dare e che non ha dato”³². Utile minimo che, sulla base del testo novellato dell'art. 1284 c.c., viene per l'appunto rapportato al rendimento annuo netto (dedotta l'imposta) dei titoli di Stato (parametro che il ministro del tesoro deve utilizzare, tenendo altresì conto del tasso inflazionistico, per determinare il tasso legale). Sempre che – precisa la motivazione senza che la specificazione rimbalzi nel dispositivo

²⁹ Mi riferisco a Cass., sez. un., 4 luglio 1979, n. 3776, in *Foro it.*, 1979, I, 1668 (con nota di R. Pardolesi, *Interessi moratori e maggior danno da svalutazione: appunti di analisi economica del diritto*) e a Cass., sez. un., 5 aprile 1986, n. 2368, in *Foro it.*, 1986, I, 1265 [con nota di R. Pardolesi, *Le sezioni unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*] con cui il Supremo collegio italiano – cercando, per un verso, di porre fine ad un acceso scontro dialettico e, per l'altro, di riassorbire l'evidente imbarazzo della giurisprudenza di merito rispetto ad un orientamento che, improntato al rigore probatorio a carico del creditore deluso, finiva con il togliere dal giro il danno da svalutazione – aveva dettato le condizioni di esercizio del «maggior danno» di cui al 2° dell'art. 1224 c.c., per il caso di svilimento del potere di acquisto della moneta.

³⁰ Per un'incisiva analisi delle quali si rinvia, ancora una volta, a R. Pardolesi, *Debiti di valuta cit.*, 2789 ss.

³¹ R. Pardolesi, *Debiti di valuta cit.*, 155 ss.

³² Cass. 19499/2008 cit., 155.

– il tasso d’inflazione non risulti superiore, come avvenuto nel solo 1994, caso in cui si dovrà aver riguardo a quest’ultimo parametro. In breve – superando la tradizionale impostazione in forza della quale il risarcimento da inadempienza contrattuale mira a porre il promissario deluso nella stessa curva d’indifferenza in cui si sarebbe collocato se l’impegno fosse stato puntualmente rispettato –, le sezioni unite invitano, invece, con la mediazione tardiva del richiamo alla valutazione equitativa *ex art. 1226 c.c.*, “ad assumere come termine di riferimento del ristoro dovuto l’utile che l’autore dell’illecito ha ritratto (o avrebbe, secondo normalità minimale, dovuto ritrarre) dalla sua scelta di dilazionare l’adempimento e trattenerne per sé la somma dovuta”³³.

L’impatto di una decisione di tal fatta è di tutta evidenza: i *disgorgement damages* (o, meglio ancora, lo strumento rimediabile della retroversione degli utili) in materia contrattuale non sono più un miraggio; anzi, per questa via, l’idea, che l’arco dei rimedi disponibili in materia possa estendersi, sulla scorta delle suggestioni provenienti dall’esperienza di *common law*, sino a ricomprendere la retroversione del profitto illecito viene avallata senza esitazioni dal supremo organo giudiziario italiano.

4. Natura punitivo/sanzionatoria della retroversione degli utili: gli altalenanti orientamenti della Cassazione

Alla luce della ricognizione condotta nei precedenti paragrafi (nonché facendo tesoro della sostanziale convergenza dei formanti dottrinale, legislativo e giurisprudenziale nella direzione di dare ingresso a strumenti rimediali in grado di svolgere una funzione punitivo/sanzionatoria), occorre spostare l’attenzione sulle problematiche che il sistema rimediabile italiano incontra nel riconoscere una funzione differente da quella di matrice meramente riparatorio/compensativa. Non a caso, tale ‘complicazione’ ha trovato puntuale conferma nell’alternarsi di alcune recentissime decisioni della Corte di Cassazione che, dopo un’iniziale battuta d’arresto, sembrerebbero aprire ad un perentorio cambiamento del modo di ‘pensare’ la natura funzionale ascrivibile al sistema rimediabile italiano.

Nel 2007, la Suprema corte, con una decisione fortemente criticata dalla dottrina³⁴, aveva negato la delibazione di una sentenza pronunciata dalla Corte distrettuale della contea di Jefferson nella quale veniva richiesto un risarcimento per danni puntivi di un milione di dollari nei confronti del produttore italiano del casco pro-

³³ R. Pardolesi, *Debiti di valuta* cit., 2793.

³⁴ Una critica serrata nei confronti di Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183, *Foro it.*, 2007, I, 1460, si rinviene in G. Ponzanelli, *Danni punitivi: no grazie, ibid.*, 1461.

Per un’analisi d’insieme del vigoroso dibattito intorno ai *punitive damages* mi permetto di rinviare riassuntivamente al mio *I punitive damages nell’ordinamento italiano*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. Pardolesi, Bari, 2011, 59 ss.

tettivo che nel momento della collisione, per un difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura, si era staccato dal capo della vittima. In altre parole, il Supremo collegio, contravvenendo alla volontà del legislatore di aprire a soluzioni rimediali di chiara vocazione punitiva/sanzionatoria (prova ne siano gli indici normativi *supra* scrutinati)³⁵, statuiva in maniera perentorea che la matrice *punitiva* di un siffatto risarcimento fosse da considerarsi in palese contrasto con l'ordine pubblico (posto che i principi regolatori del nostro sistema civilistico in tema di responsabilità civile da illecito extracontrattuale configurano il risarcimento dovuto al danneggiante quale riparazione del pregiudizio arrecato al danneggiato)³⁶.

Tuttavia, quantunque tutto sembrasse avallare il *trend* della 'cristallizzazione' della nostra responsabilità civile su posizioni esclusivamente compensative, il giudice di legittimità, con due decisioni ravvicinate nel tempo (la prima in tema di illecito sfruttamento del diritto d'immagine³⁷ e la seconda concernente la violazione del diritto d'autore³⁸), si è reso protagonista di un inaspettato cambio di rotta.

Con la prima decisione, la Cassazione stabilì che, in caso di risarcimento del danno da illecito sfruttamento dell'immagine di un giovane e sconosciuto ballerino (posto in essere a scopo di lucro dalla scuola di ballo presso cui era stato allievo per alcuni anni), la liquidazione avrebbe potuto essere determinata "con riferimento agli utili presumibilmente conseguiti dall'autore dell'illecito"³⁹. Su questa base, la corte ha optato per l'applicazione dello strumento della retroversione degli utili in un'accezione parasanzionatoria in grado di ricalcare le orme dello strumento '*quasi punitiva*' dei *disgorgement damages*. Sicché, facendo tesoro delle modifiche introdotte dall'art. 5 del decreto *enforcement* all'art. 158 l.a., la Corte di legittimità ha statuito che alla vittima della condotta illecita, di là dalle tradizionali tecniche di quantificazione (quali il prezzo del consenso, la *dilution* dell'immagine e i danni morali), poteva essere offerta

³⁵ Per un'analisi dei quali v., *supra*, quanto menzionato nei paragrafi 2.1., 2.2. e 3 (nonché quelli succintamente menzionati nella nota 8).

³⁶ "[N]el vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi *in re ipsa*": Cass. 1183/2007 cit., 1460.

³⁷ Cass. 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, 540 (con nota di P. Pardolesi, *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni punitivi*).

³⁸ Cass. 15 aprile 2011 n. 8730, in *Foro it.*, 2011, I, 3073 (con nota di P. Pardolesi, *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*).

³⁹ Cass. 11353/2010 cit., 540.

l'opportunità di ottenere un risarcimento idoneo ad assicurare, da un lato, una semplificazione delle criticità connesse alla determinazione del ristoro e, dall'altro, il superamento dei rischi sottesi all'idea tradizionale in forza del quale l'autore dell'illecito è obbligato esclusivamente a compensare la vittima per il danno arrecatole.

Come cennato in precedenza, a distanza di pochi mesi, il Supremo collegio – fronteggiando una controversia in tema di quantificazione del danno da violazione del diritto d'autore⁴⁰ – è tornato a pronunciarsi in favore dell'applicabilità della retroversione degli utili (per contrastare le criticità sottese alle cd. ipotesi di arricchimento da fatto illecito)⁴¹. Perseguendo l'obiettivo “di evitare che l'utilizzatore abusivo si possa avvantaggiare del suo comportamento illecito, trattenendone gli utili invece e in luogo di chi avrebbe avuto il legittimo diritto di appropriazione”, la Cassazione sembra aver sancito un deciso recupero in senso polifunzionale del sistema rimediabile (prospettiva, questa, troppo spesso sacrificata sull'altare della coerenza sistematica garantita dalla più sobria funzione compensativa) “piegando l'istituto del risarcimento dei danni ad una funzione in parte sanzionatoria, (...) più che ripristinatoria di effettive perdite patrimoniali”⁴².

4.1. Coerenza sistematica e matrice polifunzionale

In questa prospettiva – sebbene con una recentissima decisione si sia assistito ad un 'controintuitivo' dietrofront del nostro Supremo collegio [adito per negare l'*exequatur* di una sentenza pronunciata dalla Corte Suprema del Massachusetts (nella quale veniva richiesto un risarcimento di cinque milioni di dollari, lievitato fin oltre gli otto milioni di dollari in virtù di un tasso di interesse assai elevato, nei confronti di una società italiana produttrice di un macchinario difettoso per i danni arrecati ad un lavoratore) che aveva trovato il parere favorevole della Corte di Appello di Torino]⁴³ –, la novità risulta assolutamente rimarchevole: l'idea, prima semplice-

⁴⁰ Nello specifico, la controversia in oggetto consisteva nell'abusiva diffusione di una serie televisiva posta in essere dalle società convenute a scapito della parte attrice che ne aveva acquistato i diritti di utilizzazione economica esclusiva sull'intero territorio nazionale (v. Cass. 8730/2011 cit., 3073).

⁴¹ Sul concetto di arricchimento da fatto illecito si rinvia a quanto menzionato nel paragrafo 2.

⁴² Cass. 8730/2011 cit., 3073.

⁴³ Cass. 17 febbraio 2012 n. 1781, in *Corriere giur.*, 2012, 1068 (con nota di P. Pardolesi, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il trinagolo no!*). Più nello specifico, a sollevare non poche perplessità, risultano le motivazioni in forza delle quali la Corte di cassazione nega l'*exequatur*: a ben vedere, infatti, a prescindere dalla mancanza di qualunque riferimento alla figura dei danni punitivi, la concessione di una somma così elevata parrebbe tradire in ogni caso un'inclinazione punitiva estranea all'ordinamento giuridico italiano (senza trascurare, inoltre, che l'assenza di ogni indicazione circa i criteri adottati per raggiungere il risarcimento concesso nella decisione nordamericana impediva di verificare se la sentenza desse, o non, ingresso a voci di danno non ammesse dal sistema italiano). Per un'incisiva ricognizione dei profili critici della sentenza in oggetto v. G. Ponzanelli, *La Cassazione bloccata da un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e resp.*, 2012, 609, 613.

mente prospettata in dottrina (e, successivamente, avallata, sia pure di scorcio, dal legislatore), che l'arco dei rimedi disponibili in materia possa estendersi, sulla base delle suggestioni provenienti dall'esperienza di *common law*, sino a ricomprendere la retroversione del profitto illecito parrebbe essere avallata dal Supremo collegio. In altre parole, un risarcimento in chiave punitivo/sanzionatorio non appare più una lontana illusione⁴⁴. Naturalmente, in un'ottica critica, si potrà replicare che il riferimento ai profitti dell'autore dell'illecito rappresenta una mera *proxy* a supporto di un pregiudizio di definizione problematica. Fatto sta che, di fronte ad un danno impalpabile o di dimensioni contenute, si va a misurare il più consistente vantaggio di chi ha violato il diritto: di là dai contorsionismi interpretativi, questa è esattamente la logica sottesa ai '*disgorgement damages*'.

Ciò nonostante, l'esigenza di assicurare una coerenza sistematica richiede un drastico cambiamento del modo di 'pensare' la materia del risarcimento del danno valorizzandone l'indole polifunzionale, da sempre radicata nel suo DNA ma, nell'ultimo mezzo secolo, sacrificata in nome della compensazione.

5. Il problema della quantificazione della retroversione degli utili

Un ulteriore profilo problematico sotteso all'effettivo impiego dello strumento rimediabile in oggetto concerne la sua quantificazione. In particolare – nonostante sia opportuno evidenziare come attualmente non sussista una vasta casistica rispetto alla quale individuare il *modus operandi* delle corti italiane nel quantificare la retroversione degli utili –, un prezioso impulso ci perviene attraverso una recente decisione posta in essere dal Tribunale di Genova. Più nello specifico: il giudice di primo grado, pronunciandosi sul tema dell'uso indebito di marchio registrato, si è interrogato sulla concreta praticabilità di siffatta soluzione rimediabile (*ex art. 125 C.P.I.*), nonché sulle difficoltà sottese alla sua commisurazione. A dispetto dell'apparente linearità concettuale, proprio la quantificazione della retroversione degli utili rappresenta una tematica alquanto controversa: "i profitti devono essere restituiti, ma non certo necessariamente nell'entità che risulta dai registri dell'autore della violazione perché il risultato contabile può porsi in considerazione non soltanto con il vantaggio competitivo derivante dal diritto esclusivo violato bensì anche con molti o pochi altri fattori che non hanno nulla a che vedere con il vantaggio competitivo suddetto"⁴⁵. La traiettoria si fa, per conseguenza, assai complessa.

⁴⁴ Del resto, come osservato *supra* nel paragrafo 3, di recente non solo la dottrina, ma anche la Suprema corte (cfr. Cass. 19499/2008 cit., 2786) si sono spinti a prospettare l'applicabilità dello strumento della retroversione del profitto anche in materia contrattuale.

⁴⁵ Così, G. Floridia, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili* cit., 10.

Va messo nel conto, innanzi tutto, che qualsivoglia forma di commisurazione innesca criticità assai delicate; nel caso di specie, oltre alle difficoltà probatorie per ciò che concerne le voci del risarcimento del danno⁴⁶, l'applicabilità della retroversione degli utili viene esclusa dall'organo giudicante sulla scorta della mancanza di due presupposti imprescindibili: 1) "l'accertamento degli utili conseguiti" e 2) la "necessaria relazione causale tra la violazione e il profitto conseguito"⁴⁷. Inoltre, occorre chiarire che cosa debba intendersi (e quali siano, dunque, i profili strutturali da prendere in considerazione) per profitto realizzato dall'autore della violazione, onde evitare il rischio di un preoccupante *overpunishment* nei confronti del contraffattore. Non a caso, come rimarcato da attenta dottrina, mentre "la contraffazione di un brevetto che abbia per oggetto un farmaco unico ed insostituibile ai fini della terapia, dà luogo a profitti interamente restituibili proprio perché sono tutti espressione del vantaggio competitivo indebitamente sfruttato dal contraffattore", la vicenda si fa limacciosa quando "la violazione abbia per oggetto il diritto di marchio e non sia costituita dall'abusiva apposizione del marchio sugli stessi prodotti commercializzati dal titolare bensì dall'utilizzazione del marchio stesso su prodotti affini; oppure quando il marchio contraffatto goda di rinomanza e sia abusivamente utilizzato in un'operazione di *merchandising*, di guisa che non vi sia neppure una relazione di affinità fra i prodotti contraddistinti dal contraffattore e quelli del titolare"⁴⁸.

Tirando le fila del discorso, appare evidente che all'efficacia dello strumento parasanzionatorio della retroversione degli utili (che si raccomanda come provvida per fronteggiare le ipotesi di arricchimento da fatto illecito) possono fare da contraltare eventuali difficoltà di commisurazione del ristoro in relazione alle peculiarità del caso di specie. Come osservato in precedenza, un conto è individuare i profitti al cospetto di un brevetto unico ed insostituibile; altra cosa, invece, seguire questa traiettoria quando – come nella circostanza in esame – la violazione abbia per oggetto il diritto di marchio e, più nello specifico, la sua abusiva apposizione a prodotti affini. In buona sostanza, il gioco potrebbe non valere la celebre candela.

Ancora una volta, un prezioso suggerimento potrebbe rinvenire dall'esperienza di *common law*, ove le corti sono messe nelle condizioni di adottare una fra le tecniche disponibili di quantificazione del danno (*restitutory*, *reliance*, *expectation* e *disgorge-*

⁴⁶ Prova ne sia il fatto che l'organo giudicante rimarca con vigore come gli effetti del danno derivanti dall'uso illegittimo di un marchio registrato (ossia "la perdita di quote di mercato, sotto il profilo della diminuzione del fatturato o di un suo minore incremento", nonché il "discredito cagionato dalla commercializzazione – con il marchio contraffatto– di prodotti di qualità scadente") debbano essere "allegati e provati dal titolare del diritto leso" (così Trib. Genova 23 febbraio 2011, in *Danno e resp.*, 2012, 788, con nota di P. Pardolesi, *Retroversione degli utili da uso illecito di marchio registrato: come si applica, come si quantifica*).

⁴⁷ Trib. Genova 23 febbraio 2011 cit., 788.

⁴⁸ G. Florida, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili* cit., 10.

ment damages), scegliendo di volta in volta quella che ritengono più appropriata alla luce delle circostanze, della convenienza e delle oggettive difficoltà di calcolo. Più in chiaro, in presenza di grave rischio di *undercompensation* per la vittima della violazione (dovuto, supponiamo, ad un *abuse of contract* in cui l'*injured party* venga lasciata con una prestazione difettosa, senza possibilità alcuna di recuperare i danni basati sulla perdita effettivamente subita)⁴⁹, il risarcimento verrà articolato sulla scorta di uno strumento, i *disgorgement damages*, che consente al promissario deluso di 'recuperare' l'intero utile realizzato dalla parte. Tale soluzione, però, verrebbe completamente sovvertita qualora il danno patito dall'attore (che, mettiamo, corrisponde alla diminuzione del valore di mercato del bene) fosse molto maggiore rispetto ai profitti realizzati dall'autore della condotta illecita: la scelta della vittima cadrebbe sui danni da aspettativa proprio perché, nel contesto ipotizzato, tale strumento garantisce un risarcimento più congruo.

6. Considerazioni conclusive

L'analisi condotta a ridosso dell'esperienza giuridica italiana induce ad una constatazione obbligata: le problematiche sottese alla quantificazione del danno non si prestano ad essere cristallizzate in una scarna disposizione normativa. Pur riconoscendo la sineddoche propria nell'approccio normativo *civilian*, non si può ignorarne l'inidoneità a fronteggiare il ventaglio di ipotesi in cui il rinvio alle voci di danno emergente e lucro cessante non riesce di per sé ad assicurare alla vittima della condotta illecita (sia esso in ambito contrattuale o extra-contrattuale) un effettivo ristoro per il danno subito. Sicché, restando ancorati alla tradizionale impostazione normativa secondo cui l'autore dell'illecito è obbligato a risarcire la vittima nei limiti del danno patito, dovremmo rassegnarci all'infittirsi disperante di situazioni in cui 'il danno c'è ma non si vede (*rectius*, quantifica)⁵⁰.

⁴⁹ Si pensi al caso in cui un costruttore – dopo aver stipulato con un cliente un contratto per la costruzione di un immobile fissando un prezzo elevato in ragione dell'impiego di un materiale di qualità particolarmente pregiata – decida di sostituirlo con uno di qualità assai più scadente (realizzando, perciò, un rilevante risparmio di spesa), senza peraltro ridurre l'ammontare inizialmente pattuito. In un quadro di tal fatta i problemi sorgono quando l'acquirente, all'atto di rivendere l'immobile, venga a sapere che non solo il prezzo di mercato – a causa dell'impiego del materiale alternativo 'furbescamente' scelto dal costruttore – ha subito una sostanziosa riduzione, ma anche che un eventuale ripristino del materiale originario richiederebbe (a causa dei costi necessari per la parziale demolizione e ricostruzione dell'immobile) una somma pari alla metà del valore dello stesso. Ecco che, come prospettato da E.A. Farnsworth, *op. cit.*, 1382, muovendo dal presupposto che l'organo giudicante (con ogni probabilità) provvederà a risarcire la somma corrispondente alla diminuzione del prezzo di mercato subito dall'immobile, l'attore correrebbe il serio rischio di ritrovarsi con una prestazione difettosa e nella pratica impossibilità alcuna di recuperare il pregiudizio.

⁵⁰ In questa tipologia di controversie, la palma dell'attenzione spetta, con ogni probabilità, al celebre caso Meroni (Cass. 26 gennaio 1971 n. 174, *Foro it.*, 1971, I, 342, e. 29 maggio 1978 n.1459, *id.*, 1979, I, 827),

Il confronto con l'esperienza di *common law* risulta, allora, prezioso. A ben vedere, il tema del risarcimento da *breach of contract* si colloca in una realtà giuridica in continua evoluzione, diretta ad assicurare alla vittima dell'inadempimento la miglior forma di risarcimento in relazione alle peculiarità caratterizzanti il singolo caso di specie. L'aver annoverato il *disgorgement interest* all'interno del *contract law* (facendone un interesse meritevole di tutela) testimonia, una volta di più, la propensione ad affrontare senza timori le difficoltà connesse alla delicata materia della quantificazione del danno⁵¹.

Naturalmente, la disponibilità di quell'esperienza ad arricchire il novero di tecniche utili ad apprezzare la consistenza del pregiudizio contribuisce a denunciare il carattere di 'camicia di forza' di indici normativi cristallizzati sul principio di compensazione (quali l'art. 1223 c.c. o l'art. 2043 c.c.). In questa prospettiva, un suggerimento imprescindibile parrebbe quello di superare con decisione tali costrizioni normative (per esempio, in ambito contrattuale, avvalendosi degli spiragli risarcitori collegabili all'impiego più dinamico della voce delle opportunità perdute). Prende infatti corpo l'esigenza di (ri)definire che cosa si abbia ad intendere per risarcimento del danno o, meglio ancora, quali prospettive funzionali esso debba perseguire: col risultato di convogliare l'attenzione sui percorsi logici (in parte già conosciuti dai formanti dottrinale e giurisprudenziale) in forza dei quali le corti potrebbero provvedere alla liquidazione del danno con sfumature variegata a seconda delle particolarità prospettate da ogni singola controversia. Pertanto, sulla scorta del più elastico modello di *common law*, si tocca con mano la possibilità di superare il limite tralati-

che ovviamente attiene al versante della responsabilità extracontrattuale, ma è sintomatico di un più generale disagio. In quella sofferta vicenda si materializzò un duplice risultato: per un verso (sotto il profilo dell'*an*), si affermò e consolidò la possibilità di dare ingesso, nel novero degli interessi tutelati ex art. 2043 c.c., alla tutela aquiliana del credito, mentre, per ciò che concerne il *quantum*, si sortì un totale fallimento. Facendo riferimento alla impostazione tradizionale in tema del danno positivo, il Supremo collegio non riuscì a liquidare alcun tipo di risarcimento: in primo luogo, perché –rispetto all'anno in cui giocava Meroni– gli abbonamenti erano aumentati e, in seconda battuta, poiché il Torino, sostituendo un giocatore famoso (e costoso) quale Meroni con il più modesto Facchin, aveva finito per conseguire addirittura un vantaggio in termini di risparmio sull'ingaggio.

⁵¹ Per un approfondimento di tali profili si rinvia ai due percorsi teorici che – almeno per ciò che concerne il riscontro conseguito – meritano la palma dell'attenzione: ovvero quelli posti in essere, rispettivamente, da Kull intorno alla forzatura del concetto di *restitution* (A. Kull, *op. cit.*, 2021) e da Eisenberg sull'interpretazione estensiva della *section 344* del *Restatement Second of Contracts* (M. A. Eisenberg, *op. cit.*, 599). In seconda battuta, occorre porre l'accento sul piano (più propriamente pragmatico) dell'effettivo recepimento dello strumento dei *disgorgement damages* come rimedio da *breach of contract*: a ben vedere, infatti, nelle pieghe del *Restatement [Third] of Restitution and Unjust Enrichment* (American Law Institute, St. Paul, MN, 2011), trova diritto di cittadinanza la *section 39*, che espressamente prevede la concessione del *bold remedy* dei *disgorgement damages* per fronteggiare le ipotesi in cui si verifichi un "profit derived from opportunistic breach". Per una succinta ricognizione sulla *section* in parola si rinvia a P. Pardolesi, *Contratto e nuove frontiere rimediale* cit., 78 ss.

ziamente rieditato in vista di una finalità esclusivamente compensativa, che lo stesso sistema giuridico italiano pone in discussione là dove mostra di optare risolutamente per una deriva punitiva/sanzionatoria⁵².

Siffatte considerazioni testimoniano (una volta di più) come, nonostante i rilevanti passi in avanti compiuti dal nostro legislatore in materia di risarcimento del danno, la strada da percorrere sia ancora molto lunga.

⁵² Si pensi alla prevedibilità del danno e alla sua irrilevanza quante volte l'inadempimento risulti doloso.

La cooperazione creditoria.

Mora accipiendi e collaborazione del creditore

di Paolo Gentile

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La mora credendi. – 3. La dottrina e la natura della cooperazione. – 4. La teoria dell'abuso del diritto. – 5. La teoria degli obblighi di protezione. – 6. Posizione debitoria e favor debitoris. – 7. Buona fede e cooperazione. – 8. L'intangibilità relativa dell'autonomia della propria sfera giuridica. – 9. Rapporto obbligatorio ed interessi debitori. – 10. Il risarcimento del danno. – 11. Conclusioni finali.

1. Tradizionalmente la dottrina ha interpretato il rapporto obbligatorio con il preconetto che l'obbligazione esista nel solo interesse del creditore.¹ La costruzione del rapporto obbligatorio su un preminente interesse creditorio, si fonda su un'interpretazione restrittiva dell'art. 1174 c.c., che ha portato a perdere di vista la complessità del rapporto. Il *favor creditoris* è considerato fisiologico e l'interesse creditorio è soddisfatto dal dovere di adempiere del debitore.² Facendo dipendere le sorti del vincolo obbligatorio dal solo soggetto attivo, si ingenera la convinzione che in capo al creditore non possa configurarsi un dovere di cooperazione. Nell'ordinamento italiano, non esiste una norma che imponga al creditore l'obbligo di cooperare alla prestazione, dovere presupposto dalla disciplina della *mora credendi* contenuta nell'art. 1206 c.c. Esiste un obbligo di cooperare, qualora la collaborazione sia necessaria affinché il debitore possa liberarsi dal vincolo attraverso l'adempimento. Ma non tutti i rapporti creditorii necessitano della collaborazione del creditore per la loro estinzione.³ Nelle obbligazioni sottoposte a termine essenziale, il diritto di credito ha un limite di esistenza. Qualora il creditore non fruisca della prestazione nei termini, il debitore dovrà intendersi liberato.

Nelle obbligazioni di durata, la mancata cooperazione non incide sulla liberazione, qualora l'adempimento sia possibile senza la collaborazione del creditore, poichè

¹ L'obbligazione è generalmente vista come il vincolo giuridico in forza del quale un soggetto è costretto ad adempiere una data prestazione per soddisfare un interesse creditorio. Cfr.: C.M. Bianca, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1991, *passim*

² M. Giorgianni, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano 1951, p. 58

³ Oltre alle ipotesi in cui sia contrattualmente previsto un diritto di recesso *ad nutum*, si configura un diritto del debitore ad adempiere, solo quando l'adempimento costituisca l'unico mezzo per il debitore di conseguire una liberazione dal vincolo obbligatorio. Cfr.: A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano 1947, p. 44;

il vincolo obbligatorio cessa con la persistenza della *mora credendi*.⁴ Ma la non rilevanza della cooperazione per i rapporti obbligatori isolatamente considerati, non esclude che vi possano essere interessi giuridicamente meritevoli diversi dalla liberazione dal vincolo. In alcune obbligazioni l'interesse del debitore all'adempimento non si esaurisce nell'ottenimento della controprestazione o nella liberazione dal vincolo obbligatorio, essendo l'esecuzione finalizzata al perseguimento di vantaggi ulteriori. Prestazioni artistiche e professionali il cui adempimento si rifletta sulla fama del debitore, non possono essere insindacabilmente rifiutate dal creditore indipendentemente dall'avvenuta corresponsione del pattuito. La decisione di non avvalersi della prestazione professionale del debitore crea un danno alla sua immagine e lede l'interesse ad una maggiore notorietà.⁵ Il recesso *ad nutum* scaturente dalla natura fiduciaria del rapporto non è insindacabile e deve considerarsi illegittimo quando privo di giustificazione.⁶ Il debitore non potrà chiedere l'esecuzione in forma specifica per eseguire coattivamente la prestazione, oggetto del rapporto obbligatorio.

⁴ La prestazione non è intesa unitariamente, ma frazionata in base alle fasi temporali in cui deve essere eseguita. Scaduto il termine le prestazioni dovute e non prestate divengono opera *praeterita*. Cfr.: E. Ghera e F. Liso, *Mora del creditore*, *Dir. lav.*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 977; L. Mengoni, *Note sulla impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, p. 282;

⁵ Nessuna norma tutela l'interesse del debitore all'esecuzione della prestazione, poiché il cliente può recedere dal contratto di prestazione d'opera intellettuale, fatto salvo il rimborso delle spese ed il compenso per l'attività svolta, mentre il prestatore d'opera per recedere legittimamente necessita della giusta causa.

⁶ Principio accolto in giurisprudenza. Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2479. Con cui si considera legittimo il recesso dal rapporto di apertura di credito bancario in presenza di uno scarso grado di solvibilità, poiché è questo il parametro con cui la banca revoca o mantiene gli accrediti concessi. Per i commenti cfr.: M. Caputi, *Sul recesso del rapporto di apertura di credito bancario*, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2479; M. Costanza, *Sulla clausola di recesso della banca dal contratto di apertura di credito*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 509; Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1845, in materia di recesso realtivo all'apertura di credito a tempo determinato presso una banca, considerato valido se effettuato per giusta causa. Il recesso deve avvenire in base alla buona fede valutando il complesso dei rapporti. Per i commenti alla sentenza cfr.: E. Bergamo, *L'abuso del diritto ed il diritto di recesso*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2064; Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *vita not.*, 2010, p. 229, che ribadisce la necessità della giusta causa per recedere dal contratto di cessione di vendita di autoveicoli. In ogni caso sarà necessario valutare la buona fede oggettiva se non si vuole trasformare il recesso in arbitrario esercizio del diritto qualificandolo quale abuso contrario all'ordinamento. Per i commenti alla sentenza cfr.: E. Barcellona, *Recesso ad nutum fra principio di buona fede ed abuso del diritto: solidarietà sociale od inderogabilità del mercato?*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 286; M. Cenini A. Gambaro, *Abuso del diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 109; G. D'Amico, *Recesso ad nutum buona fede ed abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 5; L. Delli Priscoli, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 828; E. Giorgini, *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*, in *Rass. Dir. civ.*, 2010, p. 577; F. Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della cassazione*, in *Dir. Formazione*, 2010, p. 186; A. Mastroianni, *L'abuso del diritto ed il terzo contratto*, in *Danno resp.*, 2010, p. 347; P. Monteleone, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto ed abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 556; C. Nigro, *Brevi note in tema di abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2547; I.L. Nocera, *Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale ed automatismo della risoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 242;

Questione centrale della presente trattazione sarà verificare in concreto se l'obbligo di collaborazione possa tradursi in un obbligo di accettare la prestazione, qualora sia in gioco un interesse ulteriore rispetto a quello di essere liberato dal vincolo.

2. Prima di affrontare la questione relativa alla natura della cooperazione creditoria, è funzionale al presente lavoro trattare, anche se in modo non esaustivo, la disciplina della *mora credendi*.

La *mora accipiendi*, detta anche *credendi*, può assumere due forme, quella del rifiuto dell'esatta prestazione e quella della mancata collaborazione al corretto adempimento.⁷ La *mora credendi* si verifica per effetto dell'offerta formale fatta dal debitore con le modalità previste dall'art. 1206 c.c.⁸ La messa in mora produce gli effetti di cui all'art. 1207 c.c., ma non estingue l'obbligazione.⁹ L'offerta della prestazione può essere reale o per intimazione.

L'offerta reale si ha, quando oggetto della prestazione sia un obbligo di dare o fare e quindi il bene debba essere concretamente consegnato al creditore per la sua intrinseca natura.

L'offerta per intimazione consiste nell'ingiungere al creditore, con la forma solenne dell'art. 1209 c.c., di ricevere la prestazione dovuta. L'offerta con forma solenne è fatta al domicilio del creditore attraverso p.u., notaio od ufficiale giudiziario, e perché sia valida è necessario che si sia verificata la condizione da cui dipende l'obbligazione e che il termine a favore del creditore sia scaduto. L'offerta inoltre deve essere fatta al creditore capace od a chi ha facoltà di ricevere per lui, deve altresì comprendere la totalità delle cose dovute, i frutti, gli interessi e le spese liquide, oltre a contenere una proposta di liquidazione per le non liquide.¹⁰

⁷ In materia di mora del creditore v.: L. Bigliazzi Geri, *Mora del creditore*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura Iudica e Zatti, Milano 1991, p. 416; G. Cattaneo, *Della mora del creditore, art. 1206-1217*, in *Comm. C.c. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1973, p. 90; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 3 Ed., Padova, 1999, p. 954; G. Giacobbe, *Mora del creditore*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, p. 947; A. Ravazzoni, *Mora del creditore*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 901; C. Scuto, *La mora del creditore*, Catania, 1905, passim; G. Visintini, *Mora del creditore*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, Torino, 1984, p. 132;

⁸ Il debitore è in mora quando senza motivo non riceva il pagamento offertogli o non compia quanto necessario per l'esecuzione. Cfr.: M. Cattanei, *Intorno ai rapporti tra mora credendi ed interesse ad agire*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 2336; U. Natoli e L. Bigliazzi Geri, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano 1975, p. 2 ss.; G. Sicchiero, *Offerta reale e deposito delle cose dovute*, in *Dig., disc. prev. Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 23; G. Stella, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Resp. civ. prev.* 2012, p. 377; G. Visintini, *Mora del creditore, Agg.*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 2 Ed., Torino 1999, p. 173 ss.

⁹ U. Natoli L. e Bigliazzi Geri, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit, p. 31;

¹⁰ Sull'argomento cfr.: V. Rizzo, *Commento agli art. 1206-1217*, in *Comm. C.c. a cura Bonilini Confortini Granelli*, 3 Ed., Milano Torino, 2009, p. 2367;

L'offerta va fatta presso il domicilio del creditore, intendendosi il luogo ove il creditore ha interesse alla disponibilità giuridica del bene, trattasi quindi di un domicilio oggettivizzato.¹¹

Un'offerta sprovvista dei requisiti previsti dall'art. 1208 c.c. è non formale, quindi inidonea alla costituzione in mora del creditore ma avrà l'effetto di escludere la costituzione in mora del debitore per inadempimento.

Per escludere l'inadempimento deve essere seria tempestiva e completa, concretizzandosi nel comunicare al creditore l'introduzione dell'oggetto della prestazione nella sua sfera di disponibilità. Per le obbligazioni di *facere*, ai sensi dell'art. 1217 c.c., l'intimazione può essere fatta nelle forme d'uso.¹²

L'offerta per intimazione nelle obbligazioni di fare è aspetto centrale sia del settore giuslavoristico¹³ che di quello dell'appalto.¹⁴

¹¹ Cass. s.u. 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Foro it.*, 2008, p. 503, secondo la quale il rifiuto del pagamento può essere fatto solo per giustificato motivo secondo regole di correttezza e buona fede oggettiva. Per i commenti cfr.: C. Carbone, *Assegni antiriciclaggio e datio in solutum. L'ultima parola?* in *Vita notarile*, 2008, p. 727; R. Catalano, *Il pagamento e mezzo assegno circolare ed i limiti posti dalla correttezza all'esercizio del diritto del creditore pecuniario*, in *Dir. giur.* 2008, p. 232; A. Di Majo, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 500; S. Giovannelli, *Adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante assegno circolare: l'intervento delle sezioni unite*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 685; G. Lemme, *La rivoluzione copernicana della cassazione: la moneta legale, dunque, non coincide con la moneta fisica*, in *Banca borsa*, 2008, p. 553; F. Morcavallo, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valutazione teorico-applicativa di un orientamento evolutivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 751; B. Ronchi, *L'esecuzione di obbligazione pecuniaria attraverso la consegna di assegno circolare*, in *Notariato*, 2008, p. 505; N. Turchini, *Sull'oggetto dell'obbligazione pecuniaria e sul suo adempimento*, in *Riv. notariato*, 2009, p. 202. Cass. s.u. 4 giugno 2010, n. 13658, in *Giur. it.*, 2010, p. 2337, secondo la quale un pagamento con uno strumento diverso dal concordato non legittima il creditore a rifiutare l'adempimento essendo necessario per il rifiuto un legittimo motivo. Per i commenti alla sentenza cfr.: S. Giovannelli, *Limiti di legittimità dell'offerta di pagamento mediante assegno bancario*, in *obbl. contr.*, 2011, p. 338; F. Oliviero, *Pagamento a mezzo assegno bancario*, in *Studium iuris*, 2010, p. 1174; D. Salomone, *Il pagamento mediante assegni*, in *obbl. contr.*, 2011, p. 346;

¹² Non solo le forme d'uso sono espressamente citate nel codice ma non c'è richiamo all'art. 1209 c.c. come avviene per il 1216 c.c. in tema di obblighi di consegna di immobili. Cfr.: G. Cattaneo, *Mora del creditore*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 436; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1990, p. 93 ss.; *Contra*: F. Gazzoni, *Manuale diritto privato*, 8 Ed., Napoli 2000, p. 586;

¹³ Nel settore giuslavoristico si hanno degli adattamenti del regime della *mora accipiendi* necessari per la peculiarità del settore. Cfr.: V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992, p. 107; G. Visintini, *Mora del creditore*, cit. p. 180. Nei rapporti di lavoro esiste una messa in mora automatica qualora il datore di lavoro sospenda per motivi illegittimi ed unilateralmente il rapporto di lavoro, cfr.: T. Bottani, *Sicurezza e igiene del lavoro e mora credendi*, in *Riv. crit. Dir. lav.*, 2001, p. 717; M. Buoncristiano, *Profili vecchi e nuovi della mora accipiendi del datore di lavoro*, in *Foro it.*, 1982, c. 2485; A. Ferrari, *Considerazioni in tema di mora credendi e di obblighi del datore di lavoro nelle more del procedimento amministrativo di ammissione al trattamento di integrazione salariale*, in *Giur. merito*, 1986, p. 1037; G. Mammone, *Il risarcimento del danno causato al lavoratore destinato a mansioni inferiori, tra teoria dell'inadempimento e mora credendi*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 1992, p. 580;

¹⁴ Nel settore degli appalti è frequente la messa in mora per intimazione cfr.: F. Farolfi, *Brevi note in tema di*

L'offerta seguita dal deposito, effettuata secondo gli usi, determina la liberazione del creditore a patto che, sia accettata o dichiarata valida con sentenza passata in giudicato.¹⁵ La mora accipiendi ha la funzione di trasferire sul creditore i costi ulteriori scaturenti dal protrarsi del vincolo obbligatorio, fino alla liberazione del debitore.¹⁶ Unico mezzo per evitare la *mora credendi* è l'esistenza di un motivo legittimo di rifiuto. L'incapacità del creditore impedirebbe la mora, poiché il ritardo non sarebbe senza motivo legittimo.¹⁷ Non si ha motivo legittimo nelle ipotesi di prestazione inesatta, perché in tal caso potrebbe essere rifiutato l'adempimento in base alle norme sull'esecuzione della prestazione.¹⁸ Il legittimo rifiuto riguarda gli obblighi di buona fede, ma non ha nulla a che fare con l'impossibilità di cooperare all'adempimento. I motivi legittimi sono costituiti da ipotesi residuali di condotta scorretta del debitore, che offra una prestazione formalmente regolare, ma con tempistiche, luogo e modalità di esecuzione che ne rendano concretamente difficile il ricevimento. Il creditore può tutelare un proprio interesse, rifiutando una prestazione che lo esponga a rischio non giustificato, potendo sempre rifiutare una prestazione esatta se contraria a buona fede.

3. In dottrina esistono contrasti sulla natura della cooperazione creditoria. In passato la dottrina tradizionale esaltava l'essenzialità dell'interesse creditorio, sostenendo la non configurabilità di un obbligo di collaborazione e rifiutando l'esistenza di un generale diritto all'adempimento.¹⁹ Secondo questa impostazione, il debitore avrebbe il solo diritto ad essere liberato dal vincolo obbligatorio attraverso l'adempimento. Non vi sarebbe un obbligo positivo di cooperazione del creditore, che avrebbe solo l'obbligo negativo di astenersi da ogni condotta turbativa dell'adempimento. La *mora credendi* non è considerata uno strumento per porre in evidenza la lesione

mora credendi nel contratto di appalto di opere pubbliche, in *Riv. trim. appalti*, 2007, p. 497; V. Gabrieli, *La mora accipiendi nell'appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 2006, p. 903;

¹⁵ G. Visalli, *Una riflessione in tema di mora del creditore: l'offerta nelle forme d'uso il campo di applicabilità e gli effetti in rapporto all'offerta solenne*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 555;

¹⁶ Unico mezzo per far venire meno l'obbligo del debitore di custodire l'oggetto della prestazione, è rappresentato dal deposito previsto dall'art. 1210 c.c.

¹⁷ U. Salvestroni, *Sulla mancata cooperazione all'adempimento nel rapporto tra debitore e creditore divenuto incapace*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.* 2001, p. 309;

¹⁸ G. Cattaneo, *Della mora del creditore*, art. 1206-1217, cit., p. 92;

¹⁹ Tra coloro che sostengono questa tesi v.: L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, p. 90; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni. Prolegomeni: funzione economico sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 62; E. Colagrosso, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p. 55; P. D'Onofrio, *Offerta reale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968, p. 767; C. Gangi, *Le obbligazioni, parte generale*, Milano, 1941, p. 50; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, p. 454; G. Palermo, *Onere*, in *Noviss. Dig. It.* Torino, 1965, p. 917; S. Rodotà, *Estromissione*, in *Enc. dir.* Milano, 1966, p. 785; P. Stern, *Obbligazioni*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1939, p. 1232; G. Visintini, *Mora del creditore*, cit., p. 141;

di un obbligo creditorio, ma «lo specchio della lesione del diritto del debitore ad essere liberato dal vincolo».²⁰ Questa impostazione esclude ogni tipo di interesse debitorio interno al rapporto obbligatorio.

Altra parte della dottrina avrebbe riconosciuto l'esistenza di un onere di cooperazione in base al quale, il creditore per soddisfare le proprie ragioni sarebbe tenuto ad un comportamento collaborativo.²¹

Dal momento che quando si parla di onere si intende la situazione giuridica passiva posta nell'interesse del soggetto gravato,²² in capo al creditore potrà configurarsi solo un onere di collaborazione. Utile al perseguimento di un interesse proprio. Nessun interesse rilevante può essere riconosciuto al debitore se tutta la sua attività è rivolta esclusivamente a realizzare le istanze creditorie.

Riconoscere la cooperazione come onere, significa non vincolare il titolare, che è libero di scegliere se esercitare o no la situazione giuridica, strumentale al raggiungimento di un risultato utile alla tutela di un proprio interesse. Questa impostazione mette al centro l'interesse creditorio non considerando l'obbligazione una situazione giuridica complessa, che solo per comodità descrittiva si scinde in situazione attiva e passiva. La violazione dell'onere potrebbe avere come conseguenza, il mancato acquisto di una situazione di vantaggio, ma non un obbligo di risarcire il danno subito dalla controparte in conseguenza del mancato esercizio del diritto cui è collegato. Se la condotta creditoria fosse un mero onere, non si comprende come l'art. 1207 c.c. preveda un obbligo risarcitorio, qualora il creditore ometta la collaborazione necessaria per far sì che il debitore possa adempiere. Alla violazione dell'onere non potrebbe conseguire un risarcimento dei danni ma solo un mancato acquisto di diritti.

Altra parte della dottrina sostiene, in modo condivisibile, che il conflitto tra interessi debitori e creditori si debba ricomporre riconoscendo al debitore il dovere di adempiere, al creditore l'obbligo di cooperare. Si configura in capo al creditore,

²⁰ V.: L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 55;

²¹ Secondo questo filone la cooperazione, volta a soddisfare un interesse del debitore all'esecuzione sarebbe un onere, cfr.: C. M. Bianca, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., p. 378; G. Cattaneo, *Mora del creditore*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 436; Id., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 56; A. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 366; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 81; G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 72; M. Giorgianni, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 68; R. Miccio, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. C.c., libro IV delle obbligazioni*, I, Torino, 3 Ed., 1982, p. 224; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1966, p. 30; Id., *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu Messineo*, XVI, Milano, 1974, p. 48; R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 117;

²² Parte della dottrina ritiene che l'onere sia un atto vincolato v.: S. Pugliatti, *I fatti giuridici*, Messina, 1948, p. 8. Altra parte della dottrina sostiene si tratti di un atto necessario, v.: V. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova 1938, p. 73. Per altri ancora trattasi di obbligo potestativo, v.: P. Perlingeri, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 114 ss., secondo l'A, l'inadempimento dell'onere non incide sulla situazione giuridica altrui poiché lascia libero il titolare di scegliere la condotta da adottare.

l'obbligo di non aggravare la posizione del debitore, a cui non può essere richiesto un sacrificio maggiore di quello necessario a norma di legge.²³ Un singolo autore ritiene inappagante sia il configurarsi di un obbligo che il delinarsi di un onere, ritenendo il dovere di cooperazione del creditore un onere particolare da intendersi come obbligo secondario di collaborazione.²⁴ Il rilievo del motivo legittimo collocerebbe la cooperazione in un'area neutra tra onere ed obbligo.

I sostenitori della teoria dell'onere ritengono che considerare il creditore come soggetto di un'attività vincolata, lo porrebbe in una posizione incompatibile con quella del titolare di un diritto. Ma non c'è contraddizione tra la posizione di potere del soggetto attivo del rapporto obbligatorio e la configurazione in capo allo stesso soggetto, di un obbligo di cooperazione volto a consentire l'adempimento. In un unico rapporto si costituiscono posizioni reciproche, incidenti zone diverse della sfera giuridica dei soggetti coinvolti. Il diritto alla collaborazione del creditore nasce dove ha termine il contegno dovuto dal debitore. Nessun principio logico o giuridico vieta, che la condotta del creditore possa essere vincolata al punto da trasformarsi in dovere. Il diritto del creditore all'adempimento non include il potere di tenere vincolato il debitore oltre i limiti temporali naturali dell'obbligazione. Dal momento che la cooperazione creditoria è attività infungibile, l'obbligo non viene meno in considerazione della mancanza di coercibilità.²⁵

Se si configurasse in capo al debitore un diritto alla liberazione mediante adempimento, si delinerebbe nei fatti un diritto meramente potestativo.²⁶ Autorevole dottrina²⁷ riconosce in capo al debitore un diritto potestativo, cui corrisponde una mera

²³ Questa dottrina rileva a carico del creditore l'obbligo tecnico di cooperazione e la colpa è presupposta dalla messa in mora. V.: M. Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958, p. 483; A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., passim; U. Natoli e L. Bigliuzzi Geri, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 2 ss.; P. Perlingeri, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento art. 1230-1259 c.c.*, in *Comm. C.c. Scialoja e Branca*, Bologna Roma, 1975, p. 44; P. Rescigno, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 115; A. Ravazzoni, *Mora del creditore*, in *Noviss. Dig. It.*; X, Torino, 1964, p. 904; E. Tilocca, *La remissione del debito*, Padova, 1955, p. 98 ed anche p. 119 ss.;

²⁴ Questa teoria dottrinale è in realtà una specificazione della teoria dell'obbligo, v.: G. Romano, *Interessi del debitore ed adempimento*, Napoli, 1995, p. 288 ss. Secondo l'A. la mora accipiendi farebbe sorgere in capo al creditore un vincolo obbligatorio contrapposto ad una situazione attiva che va oltre la mera liberazione dal vincolo. Secondo l'A. il rilievo del motivo legittimo fa sì che l'inesattezza non sia motivo sufficiente per rifiutare la prestazione.

²⁵ R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui, di spozione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione*, Napoli, 1968, p. 172 ss.; l'A. esclude la presenza di un obbligo per la mancanza di coercibilità,

²⁶ P. Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 145;

²⁷ Sarebbe limitativo basarsi esclusivamente sulla obbligazione in astratto. È necessario basarsi sul caso concreto applicando un approccio assiologico sistematico in base alla meritevolezza dell'interesse che si vuole realizzare. L'interprete dovrà bilanciare gli interessi in concreto individuando i limiti della situazione soggettiva. Tra coloro che riconoscono l'esistenza di un diritto potestativo cfr.: M. Andreoli, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, p. 88;

soggezione del creditore. Questa impostazione qualifica il diritto alla cooperazione come mero diritto alla liberazione ma non ad ottenere l'adempimento. Se il rifiuto alla cooperazione rientrasse nel contenuto del diritto di credito, non potrebbe essere paralizzato da un interesse del debitore all'esecuzione, non essendo riscontrabile in un'obbligazione potestativa il rilievo di un interesse alieno. La mancanza di coercibilità dell'obbligo di cooperare, non è difforme dalle ipotesi in cui non possa essere richiesta l'esecuzione coattiva di una prestazione infungibile, ma solo ottenere il risarcimento del danno.²⁸ Qualificando come obbligo il dovere di cooperazione si attribuisce al creditore un diritto. L'equilibrio tra posizione creditoria e debitoria, dovrebbe ricercarsi in concreto secondo il complessivo regolamento negoziale.

4. La cooperazione creditoria è necessaria nella fase anteriore alla scadenza del termine per l'adempimento, per evitare che la collaborazione dovuta al momento di adempiere, divenga materialmente impossibile. Nella fase antecedente l'esecuzione, si devono considerare doverose le condotte la cui omissione renderebbe impossibile l'adempimento e vietate quelle che renderebbero gravosa od impossibile l'esecuzione. Parte della dottrina riconduce la mancata collaborazione creditoria alla figura dell'abuso del diritto.²⁹ La figura dell'abuso consiste nel concreto esercizio di un diritto soggettivo, produttivo d'effetti contrari ai principi dell'ordinamento.³⁰ Il divieto di abuso si evince dal combinato disposto degli artt. 833 c.c. ed 1175 c.c., attraverso i quali si configura una situazione giuridica generale di tipo patrimoniale, consistente nel limitare l'esercizio del diritto.³¹ In materia di obbligazioni si tratta di accertare in concreto, se le norme sulla buona fede possano essere strumenti di controllo dell'esercizio abusivo del diritto di credito.³² La violazione della buona fede si valuta in concreto analizzando la condotta tenuta in relazione ad un rapporto obbligatorio. Obbligo di correttezza è espressione del divieto di abusare d'ogni diritto.³³ La pretesa alla prestazione, espressione del generale dovere di buona fede, è assimilabile al divieto di atti emulativi³⁴ ed integra una ipotesi di esercizio abusivo del diritto.³⁵ Tra obblighi di correttezza e divieto di abuso del diritto non c'è identità.

²⁸ A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 66; G. Sicchiero, *Offerta reale deposito delle cose dovute*, cit., p. 28;

²⁹ F. Prosperi, *La cooperazione del creditore all'adempimento del debitore*, in *Rass. Dir. civ.*, 2011, p. 560;

³⁰ M. Rotondi, *L'abuso del diritto - aemulatio*, Padova, 1979, *passim*; S. Romano, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.* I, Milano, 1958, p. 166; C. Salvi, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.* I, Roma, 1988,

³¹ S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, sole 24 ore, I, 2008, p. 5

³² La giurisprudenza ha sempre dato poco spazio al principio di buona fede allo scopo di preservare la certezza del diritto, in tal senso cfr.: S. Patti, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 84;

³³ A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, p. 350;

³⁴ R. Vitolo, *atti emulativi e solidarietà costituzionale*, 2006, Napoli, *passim*

³⁵ G. Cattaneo, *Buona fede obiettiva ed abuso del diritto*, in *riv. trim. dir. proc. Civ.* 1979, p. 617; U. Natoli, *Note*

Sono espressione dell'esigenza di improntare i rapporti giuridici al rispetto del valore fondamentale di solidarietà costituzionale. Il dovere di correttezza ha un contenuto più ampio rispetto all'abuso del diritto. La correttezza è un principio generale che impone l'obbligo di attivarsi ad un *facere* per salvaguardare l'interesse del debitore, salvo non comporti un apprezzabile sacrificio. L'abuso scaturisce dalla correlazione tra esercizio del potere e le finalità perseguite, ogni volta vi sia sproporzione tra mezzi utilizzati ed utilità conseguite.³⁶ L'abuso è rilevante solo in concreto ed a posteriori attraverso una verifica, che accerti se il diritto soggettivo sia stato esercitato solo per ledere l'interesse altrui. Nell'abuso del diritto non è necessario un *animus nocendi*, è sufficiente la finalità di compiere l'atto emulativo, a cui si aggiunge l'esistenza di una sproporzione tra la propria utilità ed il pregiudizio altrui.³⁷ Il creditore non ha un potere di tenere vincolato il debitore oltre i limiti temporali fisiologicamente necessari per l'adempimento, allo scadere dei quali il debitore ha il diritto di sciogliere il vincolo ed il creditore, l'obbligo di accettare la prestazione. Nella condotta non collaborativa del creditore non è riscontrabile un abuso del diritto, poiché il creditore pone in essere una condotta al di fuori dei poteri che l'ordinamento gli attribuisce.³⁸ È parere dello scrivente che il ricorso all'abuso sia inutile, poiché il caso trova soluzione con l'applicazione delle norme in materia di correttezza. Se la cooperazione si considerasse doverosa, la mancata collaborazione, concretandosi in una condotta omissiva, costituirebbe violazione del dovere di agire. La mancata cooperazione non può considerarsi esercizio abusivo del diritto esteriorizzandosi attraverso un'attività omissiva e non con un comportamento concludente.³⁹

5. Parte della dottrina riconduce il dovere di cooperazione allo schema dell'obbligazione senza prestazione, e quindi al di fuori delle figure del diritto e dell'oneramento.⁴⁰ Si pone la questione se dalla mancata collaborazione, possa scaturire una responsabilità da contatto sociale,⁴¹ per violazione degli obblighi di protezione.

preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1958, p. 18 ss; Id, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, IV, *Appunti delle lezioni*, Milano, 1964, *passim*; P. Rescigno, *L'Abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.; Id, *L'abuso del diritto*, Bologna, 2001, *passim*;

³⁶ P. Perlingeri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. civ.*, 2001, p. 334;

³⁷ S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*; I, Torino, 1987, p. 1

³⁸ L. Bigliazzi Geri, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 194; G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 19 ss.; Negano l'esistenza della categoria dell'abuso del diritto: F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, p. 76 ss.; G. D'amico, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 96;

³⁹ La mancata cooperazione consiste nell'omissione di un comportamento doveroso e non nell'esercizio abusivo di un diritto che per sua natura necessita di un *facere*.

⁴⁰ G. D'amico, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 82; Id, *Liberazione coattiva del debitore*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 1998, p. 506;

⁴¹ Configurato in dottrina per dare una definizione a fattispecie ai confini tra l'area contrattuale e quella

Qualificare l'obbligo di collaborazione come obbligazione senza prestazione sarebbe utile a risolvere la questione della risarcibilità del danno per mancata cooperazione. La responsabilità da contatto nasce nella Germania degli anni quaranta, quando nel tentativo di ricostruire le fonti delle obbligazioni si individuarono i rapporti contrattuali di fatto.⁴² In quest'epoca l'antiindividualismo nazional-socialista credeva di smascherare l'utopia dell'uguaglianza tra le parti contrattuali, considerata uno strumento d'oppressione economica.⁴³ Gli obblighi di protezione sono finalizzati alla conservazione dell'integrità della sfera giuridica di ciascuno, basati sull'affidamento rientrano tra le fonti atipiche introdotte dall'art. 1173 c.c. Il rinvio ai casi previsti dall'ordinamento, permette all'interprete di comprendervi le situazioni scaturenti dal contatto sociale, dando efficacia obbligatoria a rapporti atipici. Questi obblighi sono autonomi rispetto alla prestazione principale e scaturiscono dal principio generale di buona fede e correttezza contenuto nell'art. 1175 c.c., espressione del principio costituzionale di solidarietà sociale. La buona fede consiste in ciò che ci si deve attendere dagli altri a seguito della relazione tra soggetti, quindi l'obbligo scaturisce dal rapporto di fatto indipendentemente da una manifestazione di volontà.⁴⁴ La responsabilità da contatto, scaturente dall'affidamento ingenerato nel terzo, produce un obbligo di protezione solo alla presenza dell'elemento della professionalità, circostanza a cui si ancora l'affidamento.⁴⁵ Così

extracontrattuale, per situazioni meno articolate del rapporto obbligatorio e più complesse del mero obbligo di risarcimento. Cfr.: C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, p. 147; F. D. Busnelli, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. Impr.*, 1991, p. 539;

⁴² Cfr.: G. Haupt, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Torino, 2012; H. Staub, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001;

⁴³ Si voleva evitare che a causa di situazioni socio economiche contingenti le parti fossero obbligate a scegliere una disciplina contrattuale indipendentemente dal loro effettivo volere. Abbiamo, per ragioni politiche, un declino della volontà del consenso quale elemento necessario per la formazione del negozio.

⁴⁴ Cfr.: R. De Rosa, *Obbligazione senza prestazione o prestazione senza obbligazione?*, in *Giur. merito*, 1999, p. 151;

⁴⁵ La responsabilità da contatto consiste nella violazione dell'affidamento riposta in un soggetto professionale tenuto ad obblighi di protezione della sfera giuridica di altri soggetti. In dottrina cfr.: C. Angelici, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur.* Treccani, XXV, Roma, 1991; C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa. dir. priv.*, 2009, p. 679; Id., *La responsabilità da inadempimento da Osti a Mengoni*, ivi, 2008, p. 1; Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore L. Mengoni*, Milano, 1995, p. 197; Id., *L'incerta configurazione di alcune ipotesi di danno*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 177; Id., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 190, p. 8; Id., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1989, p. 540; P. Gentile, *La responsabilità da contatto sociale in una visione comparatistica*, in *Civitas*, 2006, p. 127; S. Failla-ce, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; P. Minetti, *Responsabilità e risarcibilità: la responsabilità da contatto sociale*, in *Comuni d'Italia* 2008, 9, p. 20; F. Rolfi, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. merito*, 2007, p. 555;

come per le relazioni, precontrattuali,⁴⁶ s'instaura un rapporto obbligatorio basato sull'affidamento nella lealtà e correttezza della controparte,⁴⁷ anche per gli obblighi di protezione, in virtù della *eadem ratio*, si applica la disciplina dei rapporti contrattuali.⁴⁸ In caso di violazione degli obblighi di protezione si ha una responsabilità contrattuale che si caratterizza per la preesistenza degli obblighi protettivi. Ma dalla cooperazione creditoria non scaturisce un'obbligazione da contatto sociale. L'attività collaborativa creditoria non avendo ad oggetto una prestazione non può tecnicamente qualificarsi come obbligazione. Non si ha un vero e proprio obbligo giuridico, poiché la cooperazione creditoria non si configura in una condotta obbligatoria predefinita. Quello di cooperazione è un dovere del creditore emergente dall'interesse strumentale del debitore a liberarsi dal vincolo. Dal rapporto obbligatorio sorgono obblighi a carico di entrambe le parti.⁴⁹ Non c'è violazione di un obbligo preesistente, da cui scaturisca l'obbligo di risarcire i danni successivi alla messa in mora. Inoltre l'elemento della professionalità su cui si ingenera l'affidamento non è sempre presente. La risarcibilità è dovuta in base alla violazione del dovere generale di non ostacolare la liberazione dal debito e dal più ampio dovere di rispetto della sfera giuridica altrui. Da ciò scaturirebbe l'obbligo di risarcire i danni conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del dovere di collaborazione nei limiti della loro prevedibilità. Nel caso di specie non si ha un generale dovere di non ledere la sfera giuridica altrui, ma l'interesse giuridico a non subire lesione dell'affidamento che il debitore ripone sulle modalità di estinzione del vincolo assunto. Esiste tra le parti un vincolo obbligatorio preesistente di natura patizia, che va oltre il semplice contatto, in quanto espressione diretta della volontà delle parti di impegnarsi. Il dovere alla collaborazione è un distinto obbligo del creditore scaturente dal rapporto obbligatorio. Non si vede perché ricorrere alla teoria degli obblighi di protezione, quando il medesimo risultato si potrebbe ottenere applicando la disciplina in materia di correttezza nell'esecuzione.

6. Il rapporto obbligatorio è costituito da situazioni giuridiche complesse attive e passive, tra le quali emerge un interesse del debitore all'adempimento. Sbaglia chi vede nell'interesse debitorio un mero interesse ad essere liberato trascurando di

⁴⁶ Cfr.: L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1956, II, p. 370;

⁴⁷ Cfr.: V. Cuffaro, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. giur.*, Torino, XXXIX, p. 1266; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 83;

⁴⁸ Cfr.: L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato ed obbligazione di mezzi*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1953, I, p.185;

⁴⁹ G. Biscontini, *Onerosità corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Milano, 1984, p. 27; L'A. sostiene che tutti i rapporti obbligatori presentano il carattere della bilateralità sia nella fase di formazione che in quella di produzione degli effetti.

individuare nell'adempimento un valore morale e patrimoniale. Conformemente al principio dell'autonomia della propria sfera giuridica, nell'ambito della disciplina obbligatoria è individuata una forma di tutela del debitore, ogni volta sia coinvolto in una situazione posta in essere da altri.⁵⁰ Alcune disposizioni codicistiche mostrano una particolare attenzione alle esigenze debitorie, tanto da poter quasi configurare un *favor debitoris* come caratteristica del rapporto obbligatorio.⁵¹ La *mora credendi* è antecedente tecnico giuridico per lo scioglimento del vincolo, l'interesse protetto è quello alla sopravvivenza dell'obbligazione che permetterà al debitore di procedere al deposito. Attraverso la *mora credendi* si realizza l'interesse del debitore a non vedere aggravata la propria posizione giuridica.⁵² L'interesse che emerge dal deposito è la liberazione dal vincolo, senza dover dipendere dalla volontà del creditore. Le norme sul deposito coattivo sembrano dimostrare solo l'esistenza di un interesse alla liberazione e non l'introduzione di un diritto all'esecuzione.⁵³ Le norme in materia di remissione del debito ed adempimento del terzo sembrano tutelare l'interesse alla liberazione mediante adempimento. Il potere del debitore di rifiutare l'adempimento del terzo riceve una tutela inferiore rispetto all'interesse alla liberazione, ma ha sempre una sua rilevanza. Qualora il debitore accetti l'adempimento del terzo, l'obbligazione, in assenza di surrogazione, si estingue. Il terzo potrà esercitare solo azione sussidiaria di ingiusto arricchimento.⁵⁴

Nel tentativo di delineare un dovere alla cooperazione, parte della dottrina ha equiparato la *mora accipiendi* alla *solvendi*, presumendo il costituirsi in capo a ciascuna parte, di un obbligo corrispondente ad un diritto della controparte. *Mora credendi* e *debendi* si coordinerebbero presiedendo alla tutela di interessi diversi, resi omogenei dalla fonte comune costituita dalla attuazione unilaterale del rapporto.⁵⁵ La

⁵⁰ Secondo questa dottrina le vicende negoziali che incidono sulla sfera giuridica altrui necessitano del consenso dei soggetti coinvolti, cfr.: R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 181; A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. C.c. Scialoja e Branca*, Bologna Roma, 1989, p. 400; G. Giacobbe e M.L. Guida, *Remissione del debito*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 768; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 3;

⁵¹ Cfr.: A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. C.c. Scialoja e Branca*, Bologna Roma, 1989, p. 395;

⁵² Le disposizioni di cui agli artt. 1206 c.c. ss. Sono volte ad evitare l'aggravamento della prestazione dovuta. V.: G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 36;

⁵³ C.M. Bianca, *Diritto civile, IV, l'obbligazione*, cit., p. 375; R. Cicala, *L'adempimento indiretto del diritto altrui. Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione*, Napoli, 1968, p. 169; A. Di Majo, *Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993, p. 24; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1990, p. 81; U. Natoli, *Il comportamento del creditore*, Milano, 1974, p. 46;

⁵⁴ Cfr.: R. Niccolò, *L'adempimento dell'obbligazione altrui*, Napoli, 1936, p. 25; contra: M. Giorgianni, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 230, il quale ritiene che con l'adempimento del terzo si estingua l'obbligazione per il conseguimento dello scopo

⁵⁵ F. Benfatti, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, *passim*, M. Giorgianni, *L'adempimento*, Milano, 1975, p. 87; A. Magazzu, *Mora del debitore*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, p. 934; A. Ravazzoni, *La*

mora *credendi* sarebbe finalizzata alla liberazione del debitore la *solvendi* tenderebbe alla *perpetuatio obligationis*.⁵⁶

Il diritto del debitore di rifiutare la remissione del debito o l'adempimento del terzo, non implica un obbligo del creditore di riceverlo. Le disposizioni di cui agli artt. 1184 c.c. e 1286 c.c. relative ai termini per adempiere ed alla possibilità di scelta nelle obbligazioni alternative, sono mere regole interpretative della fonte del rapporto e non introducono il *favor debitoris* come principio generale.⁵⁷ Conseguentemente a quanto brevemente esposto si deve negare l'esistenza di un *favor debitoris* come principio di natura generale, poiché una simile interpretazione sarebbe frutto di un eccessivo formalismo.

7. Il fondamento della cooperazione è riconducibile al dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza. Una condotta conforme a buona fede è finalizzata a realizzare l'assetto degli interessi sotteso al rapporto cui tende l'operazione economica.⁵⁸ Il principio di buona fede è comprensivo del principio di diligenza regola tecnica consistente nelle modalità di esatto adempimento. Per comodità espositiva i termini «buona fede» e «correttezza» saranno utilizzati come sinonimi,⁵⁹ avendo ben chiaro che, la buona fede attiene alla sfera di costituzione del rapporto e consiste in ciò che ciascuna parte deve attendersi dalle altre, mentre la correttezza attiene all'attuazione del rapporto consistendo nelle modalità di esecuzione dello stesso.⁶⁰ Debitore e creditore sono su un piano di parità ed hanno l'obbligo di lealtà nel salvaguardare la sfera giuridica aliena. Il dovere di buona fede impone a ciascuno quella condotta idonea a preservare, senza sacrificio, gli interessi della controparte.⁶¹ La

costituzione in mora del debitore, Milano, 1957, *passim*; Id, *Mora del debitore*, in *Novis. Dig. It.*, Torino, 1964, p. 904;

⁵⁶ U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, IV, *Appunti delle lezioni*, Milano, 1964, p. 11;

⁵⁷ Le due norme non sono sufficienti a far assurgere il *favor debitoris* a principio generale del rapporto obbligatorio, cfr.: P. Rescigno, *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, p. 133 ss.; Secondo l'A. i lavoratori subordinati vedono all'interno del rapporto di lavoro prevalere la qualifica di creditori per tutte quelle pretese creditorie che possano vantare verso il datore di lavoro, come il diritto alla retribuzione gli oneri previdenziali ed assicurativi, la libertà e dignità individuale nel luogo di lavoro.

⁵⁸ Cfr.: C. Grasseti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, p. 197;

⁵⁹ In materia di uso indifferenziato dei termini cfr.: M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 348; Id, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1972, p. 962;

⁶⁰ Sull'assegnazione di un significato distinto cfr.: L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 508; Id, *Obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi*, cit, p.185; in cui l'A. mette in correlazione gli artt. 1375 e 1218 c.c. ritenendo la buona fede un mezzo per delineare la prestazione dovuta. Cfr.: M. Giorgianni, *Lezioni di diritto civile*, Milano, 1956, p. 181; C. Pasteris, *Correttezza*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 877;

⁶¹ La buona fede è qualificata quale dovere giuridico di porre in essere una condotta diligente espressione del principio di solidarietà sociale contenuto nella costituzione. I doveri di diligenza possono essere limitati

buona fede oggettiva è regola generale di correttezza⁶² avente funzione integrativa del contratto.⁶³ Con essa, non si assegna al negozio un contenuto diverso da quello dato con il regolamento contrattuale, ma si bilanciano le pretese delle parti in sede esecutiva,⁶⁴ delineando il contenuto della prestazione e le modalità di esecuzione.⁶⁵ La buona fede integrativa adegua la disciplina generale alla peculiarità del rapporto, senza derogare all'autonomia delle parti.⁶⁶ Il principio di correttezza è lo strumento per individuare l'impegno doveroso di collaborazione, senza il quale non si genererebbe la *mora accipiendi*. Dal principio generale ed inderogabile di buona fede, scaturisce il dovere di cooperazione il cui contenuto è determinato dalla specificità degli interessi in gioco. La *bona fides* assume rilevanza nelle disposizioni incerte,⁶⁷ qualora attraverso l'applicazione dello *strictum ius* si dovesse pervenire al medesimo risultato, perderebbe ogni funzione connettiva.⁶⁸ Il concetto d'esigibilità applicato alla condotta del creditore fa sì che l'obbligo di correttezza si concreti in una attività di collaborazione, finalizzata a conservare il vincolo obbligatorio.⁶⁹

La prestazione diviene inesigibile, quando a causa di fatti sopravvenuti l'adempimento divenga eccessivamente gravoso al punto da sconvolgere l'equilibrio econo-

dalle parti per il tramite di clausole di esonero da responsabilità, cfr.: V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica Zatti, Milano, 2001, p. 493;

⁶² Sul ruolo centrale della buona fede nell'ambito del rapporto obbligatorio cfr.: M. Bessone A. D'Angelo, *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1; L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ. II*, Torino, 1988, p. 179;

⁶³ A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 95;

⁶⁴ Secondo la giurisprudenza l'utilizzo della clausola di buona fede presuppone la persistenza di un dubbio o la presenza di una lacuna contrattuale o normativa. Cfr.: Cass., 8 gennaio 1979, n. 70, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, p. 36; Cass. 13 dicembre 1978, n. 5939, in *Giur. it.*, 1979, p. 1293.

⁶⁵ L. Mengoni, *Obblighi di risultato ed obbligazioni di mezzi*, cit., p. 193; Il quale riconduceva alla buona fede sia gli obblighi di prestazione che di protezione. Sull'argomento cfr.: F. Benatti, *Osservazioni in tema di dovere di protezione*, in *Riv. trim. e dir. gen. obbl.*, 1960, p. 1342; P. Carusi, *Correttezza*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 710; S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 113;

⁶⁶ Dover agire secondo correttezza è aspetto essenziale espressione del principio di solidarietà sociale contenuto nella carta costituzionale.

⁶⁷ S. Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*, in *foro padano*, 1964, p. 1284, il quale nel ritenere che la buona fede abbia un valore sostanziale cerca di riportarla ad un valore normativo. Vedi anche: G. Stolfi, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm., e dir. gen. obbl.* 1964, p. 163; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca Borsa*, 1961, I, p. 157;

⁶⁸ Qualora attraverso l'applicazione dello *strictum ius* si dovesse pervenire al medesimo risultato la buona fede perderebbe ogni funzione connettiva. Parte della giurisprudenza limita la rilevanza della condotta contraria a buona fede alle ipotesi di violazione di un diritto tutelato da una norma giuridica. Cfr.: Cass., 16 febbraio, 1963, n. 357, in *Mass. Foro it.*, 1963, p. 103; Cass., 20 luglio 1977, n. 3250, in *Cons. Stato*, II, 1977, p. 1107; Cass., 21 maggio 1975, n. 2014, in *Rep. Gen. giur. it.*, II, 1975, c. 3979, (nota n. 12 della voce «vendita»)

⁶⁹ Il concetto di esigibilità della prestazione è stato elaborato in materia di responsabilità debitoria, sull'argomento v.: M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 159; Id, *Eventi prevedibili limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento*, in *Foro it.*, 1978, p. 209; Id, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione*, in *Giur. it.*, 1972, p. 834;

mico del contratto.⁷⁰ Il verificarsi di circostanze imprevedibili,⁷¹ determina la necessità di un riordino della disciplina contrattuale,⁷² attraverso un nuovo accordo, od un intervento giurisdizionale.⁷³ Il giudice dovrà analizzare l'attività economica, individuare il tipo negoziale e quindi delineare i criteri per il riequilibrio dei rapporti. Scopo della cooperazione evitare che il sacrificio di una parte sia superiore a quello previsto e normalmente prevedibile per la tipologia contrattuale scelta.⁷⁴ Una valutazione oggettiva delle circostanze fa sì che una prestazione divenuta eccessivamente onerosa sia contraria alla buona fede.⁷⁵ Non è possibile asserire che il debitore sia in mora, senza analizzare gli obblighi debitori ed a cosa il creditore sia tenuto per realizzare concretamente una attività collaborativa.⁷⁶ Secondo alcuni autori la correttezza si evince dall'economia degli strumenti giuridici, secondo cui è da escludere l'utilizzo di mezzi di tutela che necessitino di un eccessivo sacrificio.⁷⁷ La buona

⁷⁰ M. Bessone, *Impossibilità «economica» della prestazione clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 49; Id, *Mancata previsione di eventi causa e «motivi» del negozio, direttive giurisdizionali di ammissione del rischio contrattuale*, in *Giur. it.*, 1979, I, p. 279; G. Cottino, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 17; L. Mengoni, *Obbligazioni di «risultato» ed obbligazioni di «mezzi»*, cit., p. 185 ed anche 203; G. Veirana, *«Factum principis» e distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. merito*, 1976, p. 239; G. Visintini, *Impossibilità della prestazione e giudizio di buona fede*, in *Dir. Marittimo.*, 1977, p. 3;

⁷¹ In materia di presupposizione cfr.: M. Comporti, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla teoria della presupposizione*, in *Studi senesi*, 1960, p. 455; Id, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 102; L.F. Paolucci, *La presupposizione*, in *I contratti in generale*, XI, Torino, 2000, p. 203; A. Pellicanò, *La presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1976, p. 1636;

⁷² Cfr.: G. Alpa, *Un'ipotesi di «construction» di clausole contrattuali*, in *Dirit. Maritt.*, 1972, p. 482; C. M. Bianca, *L'autonomia dell'interprete a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 478 ss.; A. Torrente, *Il giudice ed il diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1962, p. 1264;

⁷³ Cfr.: M. Bessone, *Presupposizione voraussetzung e contratto, le teorie di Winscheid e di Oertman. Le elaborazioni della giurisprudenza*, in *Nuovi saggi di diritto civile*, Milano 1980, p. 41; M. Cassottana, *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, p. 341; E.P. Pellicanò, *Destinazione dello scambio e presupposizione*, in *Giur. it.* 1977, p. 361;

⁷⁴ Per parte della dottrina l'individuazione della tipologia contrattuale permette di riequilibrare il negozio a seguito del verificarsi di circostanze non previste. Cfr.: M. Bessone, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, p. 1327; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 345; R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipo*, in *Riv. trim dir. proc. Civ.*, 1966, p. 790.

⁷⁵ M. Bessone, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione. In margine al ruolo delle situazioni di diligenza e buona fede*, in *Giu. It.*, 1972, p. 125; Id, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 390; L. Cabella Pisu, *Impossibilità della prestazione e valutazione della buona fede*, in *Giur. merito.*, 1971, I, p. 410; A. Di Majo e A. Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 365; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, cit., I, p. 158 ss.; D. Raffone, *Una applicazione giurisprudenziale del principio di buona fede ex art. 1375 c.c.*, in *Dir. e giurisprudenza.*, 1977, p. 126;

⁷⁶ R. Nicolò, *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 554;

⁷⁷ F. Carusi, *Correttezza*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 710; R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Comm. C.c., Scialoja Branca*, IV, delle obbligazioni, Bologna Roma, 1970, p. 120;

fede, mediando tra gli interessi seleziona quelli connessi all'operazione economica conformando la condotta ad obblighi già contenuti nel rapporto. Ogni volta che la collaborazione sia dovuta per la struttura del negozio, la buona fede sarà lo strumento per determinare il contenuto del contributo collaborativo e valutare l'attività utile alle parti per la realizzazione del fine concreto.⁷⁸ La cooperazione creditoria è collegata alla *mora accipiendi* e consiste nell'adottare la condotta necessaria, a che il debitore possa adempiere.⁷⁹ Nel modellare la condotta in modo da realizzare il fine concreto utile alle parti, regola la discrezionalità in *executivis*, cioè il come dell'obbligazione. Attraverso la buona fede si persegue il programma economico voluto dalle parti funzionalmente ai valori di cui il rapporto obbligatorio è portatore, senza sovrapporsi alla disciplina ricavabile dallo *strictum ius*.

8. Funzionalmente alla presente trattazione si rende necessario verificare in concreto se il principio dell'intangibilità della propria sfera giuridica, debba considerarsi assoluto. Secondo il principio dell'autonomia, la sfera giuridica di ciascuno non può essere alterata, da un soggetto estraneo al negozio,⁸⁰ essendo necessaria una coincidenza tra autore dell'atto e destinatario degli effetti.⁸¹ In base al principio della simmetria, si richiede, per motivi formali, la partecipazione di tutti gli interessati.⁸² L'intangibilità della sfera patrimoniale è valore riconosciuto dall'ordinamento, poiché conformemente all'art. 1372 c.c. gli effetti si producono nella sfera giuridica altrui solo nei casi previsti dalla legge. Nella remissione del debito e nel contratto a favore di terzi l'attribuzione patrimoniale è subordinata alla accettazione da parte del beneficiario degli effetti. Nei contratti con obbligazioni del solo proponente, il rifiuto del beneficiario impedisce all'atto di formarsi, venendo a mancare l'elemento

⁷⁸ G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 60; L. Mengoni, *Obbligazioni di «risultato» ed obbligazioni di «mezzi»*, cit., p. 186 ss.;

⁷⁹ Nell'art. 1206 risiede una tipizzazione del principio di correttezza. Cfr.: G. Cattaneo, *Mora del creditore*, in *Comm. C.c., Scialoja Branca*, Bologna Roma, p. 14; U. Natoli e L. Bigliazzi Geri, *Mora accipiendi e Mora debendi*, cit., p. 23; E. Dell'Aquila, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980, p. 81;

⁸⁰ Questa impostazione risente di una tendenza volontaristica che ritiene necessaria la partecipazione del soggetto titolare della sfera giuridica interessata. Cfr.: F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 236;

⁸¹ Il negozio giuridico come atto di autonomia privata ha forza di legge tra le parti. Cfr.: E. Damiani, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000, *passim*; F. Messineo, *Contratto nei rapporti con il terzo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 196; P. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1959, p. 1515;

⁸² In base al principio della simmetria, la modifica di un precedente negozio richiede un atto con medesima struttura e forma. Questo principio pretende un parallelismo tra fatti costitutivi dell'obbligazione e fatti estintivi della stessa. Cfr.: E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura Vassalli, Torino, 1952, p. 249; M. Lipari, *La forma di negozio risolutorio di contratto preliminare formale*, in *Giust. civ.*, 1989, p. 1185; A. Luminoso, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 328; R. Rascio, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, p. 187; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, art. 1321-1352 c.c., in *Comm. C.c. cit.p.* 447;

costitutivo della volontà del titolare della sfera giuridica.⁸³ A sostegno di questa teoria il fatto che nel negozio a favore di terzi gli effetti si producono con l'accettazione, altrimenti non si capirebbe come mai lo stipulante, possa far venire meno l'acquisto attraverso l'esercizio del diritto di revoca.⁸⁴

La dottrina che sostiene l'intangibilità trova un altro fondamento nell'istituto della remissione del debito,⁸⁵ disciplina che dimostra la necessità del concorso del titolare della sfera giuridica interessata.⁸⁶ La volontà del debitore e del creditore concorrono alla formazione della fattispecie ed alla produzione degli effetti. La remissione estingue il rapporto e si differenzia dalla rinuncia che determina la dismissione della situazione creditoria.⁸⁷

Per un filone dottrinale, qualora il negozio generi effetti favorevoli non rileva il fatto che il beneficiario abbia concorso a produrli. Il negozio unilaterale non può produrre effetti dannosi ed il beneficiario, conserva il potere di rifiutare gli effetti favorevoli non voluti.⁸⁸ Esisterebbe cioè solo la possibilità di modificare in meglio la sfera giuridica aliena con un negozio unilaterale atipico.⁸⁹

⁸³ Secondo parte della dottrina, gli effetti favorevoli per il destinatario si producono senza accettazione per effetto di atto unilaterale. Esisterebbe solo la possibilità di rifiutarli qualora gli effetti siano indesiderati. L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, p. 122; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Napoli, p. 191; R. Cicala, *L'adempimento indiretto del diritto altrui. Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 7; M. Costanza, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 92; F. Gazzoni, *Babbo natale e l'obbligo di dare*, cit., p. 2896; L. V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, in *Comm. C.c., Schlesinger*, Milano, 1997, p. 61;

⁸⁴ E. Damiani, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000, p. 233; O.T. Scozzafava, *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 4;

⁸⁵ U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, IV, Appunti delle lezioni*, cit., p. 64. In materia di adempimento del terzo, cfr.: A. Di Majo, *Obbligazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Milano, 1990, p. 22;

⁸⁶ L'inefficacia della rimessione del debito senza la volontà del destinatario degli effetti, dimostra l'impossibilità di estinguere l'obbligazione senza il consenso del debitore. Non esisterebbe un interesse all'adempimento poiché la permanenza in vita dell'obbligazione a seguito del rifiuto o dell'opposizione del debitore non costituisce garanzia di esatto adempimento. Le norme di cui all'art. 1180 c.c. e 1236 c.c. sono finalizzate a tutelare la sfera giuridica debbitoria. Cfr.: R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 197; A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 400;

⁸⁷ La rinuncia può ricollegarsi all'estinzione come effetto meramente indiretto, cfr.: P. Perlingeri, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. notariato*, 1968, p. 346 ss.;

⁸⁸ Il negozio non può produrre effetti indipendentemente dalla volontà del beneficiario, cfr.: C.M. Bianca, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., p. 13; R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 184;

⁸⁹ G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, *passim*; A. Chianale, *Obbligazioni di dare a trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, *passim*; Id., *Obbligazioni di dare ed atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233; C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, *passim*; F. Gazzoni, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, cit., 1991, p. 2896; G. Gorla, *Il contratto, Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica, I, Lineamenti generali*, Milano, 1955, *passim*; R. Sacco, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di P. Greco*, II, Padova, 1965, *passim*;

Secondo questo filone dottrinale, l'art. 1180 c.c. in materia di adempimento del terzo, è considerato norma eccezionale, potendo derogare al principio di intangibilità delle sfere giuridiche. L'inefficacia dell'opposizione del debitore è espressione della scelta legislativa di sacrificare le ragioni debitorie, presupponendo le creditorie maggiormente meritevoli di tutela.⁹⁰

L'attitudine del negozio unilaterale ad incidere sulla sfera giuridica del terzo è ammessa solo per i negozi tipici, quindi quelli unilaterali devono considerarsi tutti nominati.⁹¹ I negozi unilaterali non possono sostituire il contratto,⁹² che produce effetti solo tra le parti, mentre la sfera patrimoniale di ciascuno non è modificabile da un terzo. Dal negozio unilaterale scaturirebbero solo effetti obbligatori instabili, che divengono definitivi con l'accettazione del beneficiario. L'esistenza di un negozio unilaterale atipico, produttivo di effetti contrattuali, contrasta con l'idea che il negozio non possa incidere sulla sfera giuridica aliena, al di fuori delle ipotesi tipizzate dal legislatore. La produzione degli effetti sarebbe condizionata alla manifestazione della volontà di incidere nella propria sfera giuridica. Secondo altro filone dottrinale le disposizioni in materia remissione e rinuncia testimonierebbero l'interesse del debitore all'adempimento e non all'intangibilità della sfera giuridica.⁹³ L'intangibilità della sfera giuridica debitoria sembra venire meno, ogni volta che il legislatore permetta ad un terzo di intervenire in un rapporto giuridico alieno. Attraverso l'istituto dell'adempimento del terzo è possibile incidere sulla sfera giuridica aliena, senza il consenso del titolare, non essendo l'opposizione debitoria idonea ad arrestare l'adempimento del terzo ma solo a legittimare il creditore a rifiutarlo. Conformemente all'art. 1324 c.c. le norme in materia contrattuale sono applicabili agli atti unilaterali *inter vivos* a contenuto patrimoniale, salvo non sia diversamente disposto.⁹⁴ L'art. 1322 c.c. in materia autonomia contrattuale prevede la conclusione di negozi atipici,⁹⁵ ai quali in base al combinato disposto con l'art. 1173 c.c. è riconosciuta la possibilità di creare vincoli obbligatori.⁹⁶ Mediante una rivalutazione degli interessi in gioco ed applicando il principio di soli-

⁹⁰ P. Perlinger, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 416; Id, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, *passim*;

⁹¹ F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 172;

⁹² Il contratto non potrà essere sostituito da un negozio unilaterale atipico, cfr.: F. Carresi, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 275; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 115; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. C.c. Schlesinger*, Torino, 1980, p. 30; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 40;

⁹³ A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 33; P. Rescigno, *Obbligazioni*, cit., p. 133 ss.;

⁹⁴ Alcuni autori sostengono l'esistenza di una categoria unitaria del negozio giuridico, cfr.: A. Cataudella, *I contratti, Parte generale*, Torino, 2000, p. 6; G.B. Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, p. 23;

⁹⁵ C. Donisi, *Atti unilaterali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 3;

⁹⁶ L'art. 1173 c.c. è una norma aperta delle fonti delle obbligazioni. In materia cfr.: M. Giorgianni, *Appunti sulle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 70; P. Rescigno, *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.* Milano, 1979, p. 149;

darietà ed uguaglianza, si dimostra la relatività dell'autonomia della sfera giuridica, superando la tradizionale concezione che vedeva l'obbligazione incentrata sul solo interesse creditorio. Sarà necessario valutare in concreto se l'offerta del terzo sia idonea a realizzare l'interesse creditorio, anche alla presenza di prestazioni infungibili quali quelle artistiche e professionali.⁹⁷ Classificare una prestazione fungibile in astratto, non permette di valutare concretamente il rapporto obbligatorio. La fungibilità deve essere valutata come peculiarità intrinseca della prestazione in relazione all'assetto degli interessi.⁹⁸ Il pagamento di una somma tradizionalmente fungibile potrebbe essere rifiutato se offerto da imprenditore notoriamente insolvente, poiché il pagamento potrebbe essere assoggettato ad azione revocatoria.⁹⁹ È necessario tenere conto del riordino degli interessi in gioco, in riferimento ad un concreto rapporto obbligatorio, che vede contrapporsi interessi individuali tra loro confligenti. Focalizzando l'attenzione sull'interesse, è possibile effettuare una diversa valutazione del negozio, ponderando quale interesse sia maggiormente meritevole fra quelli perseguiti. Il principio delle autonomie delle sfere giuridiche non è un valore assoluto ed è destinato a soccombere dinanzi ad un interesse meritevole di tutela. Ne consegue che per l'importanza degli interessi in gioco un atto unilaterale possa produrre gli effetti di un atto bilaterale o plurilaterale. In tal modo è superata la correlazione tra struttura del negozio e produzione degli effetti obbligatori. Conformemente con il principio dell'economicità degli atti, se gli stessi effetti possono essere prodotti da un negozio unilaterale, non si vede perché dover ricorrere ad un negozio a struttura complessa.¹⁰⁰

9. È necessario verificare in concreto se l'interesse all'adempimento configuri un diritto soggettivo, oppure possa essere tutelato dall'ordinamento come se lo fosse.¹⁰¹ Il diritto soggettivo è considerato potere giuridico individuale attribuito ad un soggetto dell'ordinamento, il suo contenuto è determinato dalla norma,¹⁰² la sua effettiva attuazione è nella disponibilità del titolare.¹⁰³ Nucleo del diritto soggettivo è

⁹⁷ Cfr.: U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1966, p. 186; R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligazione altrui*, Napoli, 1936, p. 119;

⁹⁸ Una prestazione può divenire fungibile in virtù del concreto assetto degli interessi che caratterizzano l'obbligazione. Cfr.: P. Perlingeri, *Profili del diritto civile*, cit., p. 186;

⁹⁹ Cfr.: C.A. Cannata, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv., P. Rescigno*, Torino, 1999, p. 96;

¹⁰⁰ G. Biscontini, *Assunzione del debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, *passim*; P. Perlingeri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento art. 1230-1259*, cit., p. 20;

¹⁰¹ Cfr.: M. Comperti, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, p. 435;

¹⁰² D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1958, *passim*; F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, *passim*;

¹⁰³ R. Niccolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Napoli, 1936, *passim*. Parte della dottrina considera il diritto soggettivo come una volontà generale, manifestazione della volontà personale del volere, cfr.: A. E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 345; L. Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 166;

l'interesse tutelato, ciò permette di estendere la titolarità di diritti, a soggetti sforniti di una volontà cosciente poiché incapaci di intendere o volere, o privi di una volontà come le persone giuridiche.¹⁰⁴ L'interesse che si realizza attraverso il diritto soggettivo non è assoluto ma soggetto a limitazioni interne nascenti dal diritto stesso, attraverso la coordinazione con le altre norme anche di natura costituzionale.¹⁰⁵ L'interesse come ragione dell'agire, costituisce il fondamento di ogni situazione soggettiva esistente solo alla presenza di una concreta «meritevolezza». Dobbiamo partire dall'interesse per creare il concetto di obbligazione, esso è fondamento giuridico dell'agire. L'interesse come chiave di lettura del rapporto obbligatorio è l'unico capace di ricostruire l'obbligazione secondo l'ordinamento giuridico.¹⁰⁶

Attraverso la valorizzazione dell'interesse può essere valutata la meritevolezza, in altre parole l'idoneità dello strumento privatistico a derogare ai principi di tipicità.¹⁰⁷ Il giudizio di meritevolezza non è scindibile da quello di liceità, fondandosi sul legame tra la causa del negozio l'interesse perseguito e gli effetti che si vogliono produrre.¹⁰⁸ L'interesse come misura del valore giuridico, diviene criterio di conformazione della condotta dovuta nel caso concreto,¹⁰⁹ ed è finalizzato ad individuare l'utilità sociale del negozio. La verifica di meritevolezza va fatta su tutti i negozi indipendentemente dalla loro atipicità, poiché nei tipici la meritevolezza non è presunta, ma deve essere accertata in concreto. Il singolo atto risulta meritevole, quando risponde ad una funzione giuridicamente e socialmente utile, finalizzata alla realizzazione di valori costituzionali.¹¹⁰ Qualora il giudizio di meritevolezza si riducesse ad un giudizio di conformità ai principi generali dell'ordinamento, finirebbe per coincidere con il giudizio di liceità, volto a verificare i contrasti con l'ordine pubblico ed il buon costume. Il giudizio di meritevolezza, valuta in concreto il perseguimento e l'attuazione dei valori contenuti nella nostra carta costituzionale.¹¹¹

L'esistenza di un interesse giuridicamente tutelato non implica la nascita di un diritto soggettivo.¹¹² Dall'interesse del debitore all'esecuzione, non scaturisce auto-

¹⁰⁴ M. Miele, *Potere, diritto soggettivo ed interesse*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1944, p. 114;

¹⁰⁵ P. Perlingeri, *Profili del diritto civile*, cit., p. 108 ss.;

¹⁰⁶ E. Betti, *Interesse*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, p. 838;

¹⁰⁷ Parte della dottrina ritiene la meritevolezza utile ad analizzare gli schemi atipici creati dai privati per regolamentare i loro interessi. Trattasi di una verifica dell'idoneità dello strumento privatistico a derogare ai principi di tipicità. Cfr.: F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo, funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 69;

¹⁰⁸ G. B. Ferri, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1979, p. 1 ss.;

¹⁰⁹ G. Romano, *Interessi del debitore ed adempimento*, Napoli, 1945, p. 44 ss.;

¹¹⁰ P. Perlingeri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 235;

¹¹¹ G. Biscontini, *Assunzione del debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, p. 317;

¹¹² Sui rapporti tra interesse e diritto soggettivo e sull'attribuzione della qualità di diritto soggettivo, cfr.: R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, *passim*; S. Pugliatti, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1938, *passim*;

maticamente un diritto all'adempimento,¹¹³ che emerge solo nelle ipotesi in cui acquisti rilievo un diritto della personalità. L'interesse dell'obbligato all'esecuzione della prestazione deve essere valutato in termini di meritevolezza, in relazione alla realtà concreta.¹¹⁴ La soggettivizzazione dell'interesse consiste nell'individuare l'utilità che il bene ha per un certo soggetto. Uno stesso bene può trovarsi al centro di interessi tra loro confligenti, che possono avere una realizzazione differenziata.¹¹⁵ Attraverso la contrapposizione di situazioni soggettive, si attua una contrapposizione degli interessi in gioco, tra i quali ci sono quelli connessi ad esigenze debitorie non finalizzate alla estinzione dell'obbligazione, ma volte a perseguire un interesse interno al rapporto.¹¹⁶ Conformemente all'art. 1174 c.c. la prestazione è corrispondente ad un interesse creditorio, quindi oggetto del diritto di credito è l'interesse che la prestazione è diretta a soddisfare. L'obbligazione non si costituisce se l'interesse non sussiste o se la prestazione è insuscettibile di soddisfarlo. L'analisi della cooperazione non è svincolabile dal complessivo assetto degli interessi. Il modo in cui il creditore intende soddisfare l'interesse è parte integrante della causa dell'obbligazione, delineando la ragion pratica del negozio.

10. Il risarcimento del danno previsto dal codice, prescinde dall'ipotesi che sia stato cagionato da una condotta lecita o prodotto in conseguenza di una condotta illecita. La dicotomia tra condotta lecita lesiva da cui scaturisce un indennizzo e condotta illecita dannosa da cui scaturisca un obbligo risarcitorio, non è condivisa da parte della dottrina, poiché una responsabilità da fatto lecito non deroga i principi generali della responsabilità civile.¹¹⁷ Essendo il sistema duale della responsabilità civile frutto di una scelta puramente legislativa non dovrebbe differenziarsi eccessivamente la risarcibilità del danno. L'irrilevanza della colpa nella mora credendi sembrerebbe impedire il configurarsi di un obbligo del creditore di cooperare all'adempimento, considerato da alcuni mero onere per soddisfare un proprio interesse. Ma la mancata cooperazione all'adempimento costituisce violazione del principio

¹¹³ Il diritto all'esecuzione emerge palesemente nelle ipotesi di prestazioni artistiche e professionali, v.: A. C. La Rosa, *Il rapporto di lavoro nello spettacolo*, Milano, 1993, *passim*; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1964, p. 162;

¹¹⁴ È necessaria la presenza di un *quid* giuridico che renda rilevante l'interesse in gioco, cfr.: C. Maiorca, *Diritto soggettivo*, in *Enc. giur.*, Milano, 1997, p. 6;

¹¹⁵ F. Santoro Passarelli, *Dottrine giuridiche del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 69;

¹¹⁶ Una efficace risposta dell'ordinamento alla tutela dell'interesse debitorio è offerta dall'istituto della mora credendi. Parte della dottrina ritiene che la disciplina del deposito liberatorio tuteli l'interesse del debitore alla liberazione del vincolo. Cfr.: G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964., p. 34;

¹¹⁷ G. Tucci, *Il problema della responsabilità da atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 247; A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Feola, *La responsabilità civile*, Torino, 2008, *passim*;

generale di correttezza.¹¹⁸ Coloro che negano l'esistenza di un diritto all'adempimento, riconoscono l'esistenza di un diritto al risarcimento, qualora la mancata estinzione del rapporto obbligatorio permanga oltre i limiti naturali.¹¹⁹ La *mora accipiendi* prescinde dalla colpa e si ha un esonero da responsabilità solo alla presenza di un motivo legittimo.¹²⁰ Il danno scaturente dall'ingiustificata sopravvivenza dell'obbligazione è da imputarsi al creditore che non abbia un legittimo motivo per rifiutare l'adempimento. Chi esclude l'applicabilità dell'art. 1463 c.c. per le ipotesi in cui la sopravvenuta impossibilità sia dovuta alla condotta del creditore, ritiene che al debitore siano dovute solo le spese sostenute ed il mancato guadagno.¹²¹ Per parte della dottrina, l'impossibilità sopravvenuta di cooperare si risolve in impossibilità della prestazione medesima con risoluzione automatica del contratto.¹²² La mancata cooperazione incide sul rapporto obbligatorio estinguendolo, qualora determini una impossibilità definitiva ad adempiere. L'estinzione automatica dell'obbligo di eseguire la controprestazione fa decadere anche le garanzie legali di tale obbligo. Essendo necessaria per la messa in mora, l'esistenza in vita del rapporto, l'impossibilità di adempiere determinerebbe l'impossibilità della mora.¹²³ L'impossibilità della sola attività di cooperazione non determina un'impossibilità della prestazione.¹²⁴ Il dovere di correttezza impone al creditore di cooperare per favorire l'adempimento, salvo che non si renda necessario un suo apprezzabile sacrificio. La mancata cooperazione ha natura contrattuale e la responsabilità per eventuali danni si fonda sull'art. 2056 c.c.¹²⁵ Il carattere obbligatorio della cooperazione è confermato dal fatto che al corretto adempimento si subordina la conservazione del diritto alla controprestazione.¹²⁶ Qualora la cooperazione fosse concepita come un onere, la parte

¹¹⁸ Cfr.: G. Romano, *Interessi del debitore ed adempimento*, cit., p. 87;

¹¹⁹ Cfr.: U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 54;

¹²⁰ Gli impedimenti personali del creditore non hanno alcun rilievo. Esistono danni risarcibili conseguenti ad atto lecito come per la rottura della promessa matrimoniale prevista dall'art. 81 c.c. Sulla rilevanza della *culpa credendi* ai fini della costituzione in mora, cfr.: G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 129;

¹²¹ Cfr.: P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2000, p. 327;

¹²² Cfr.: A. Mignoli, *Impossibilità del creditore ed incidenza del fortuito*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1947, II, p. 286; G. Cottino, *L'impossibilità di ricevere e di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 79;

¹²³ Secondo alcuni autori non solo l'impossibilità definitiva ma anche l'impossibilità temporanea è causa di esclusione della mora credendi cfr.: G. Stella, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, p. 277;

¹²⁴ Contra: G. Cottino, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Riv. comm. e dir. gen. obbl.*, 1948, p. 449;

¹²⁵ La presistenza di un rapporto tra debitore e creditore determina l'applicazione della disciplina sulla responsabilità contrattuale, cfr.: L. Bigliazzi Geri, *Mora del creditore*, cit., p. 7;

¹²⁶ Cfr.: R. Miccio, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. C.c. diretto da P. Cendon*, Torino, 1982, p. 683; R. Luzzato, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 432;

pentita del vincolo potrebbe liberarsene unilateralmente, in violazione del principio in base al quale il contratto può essere sciolto solo con il mutuo consenso delle parti.¹²⁷ Per certa dottrina il diritto alla controprestazione viene meno, anche se l'impossibilità sopravvenuta sia dovuta a colpa del creditore, facendo salvo l'obbligo di risarcire i danni.¹²⁸ Se l'impossibilità della prestazione di uno dei contraenti fosse determinata da fatto imputabile all'altra parte contrattuale, si addosserebbe a questa il rischio della controprestazione.

Alcuni ritengono che il risarcimento abbia origine dalle relazioni tra le parti del contratto sinallagmatico.¹²⁹ Il risarcimento si basa sulla violazione dell'obbligo *ex fide bona*. L'obbligo di collaborare per conservare la possibilità di ricevere la prestazione costituisce la *ratio* dell'obbligo di correttezza. Fondamento dell'obbligo di risarcire il danno è l'obbligo di cooperare.

11. In alcune obbligazioni l'interesse del debitore a adempiere non si esaurisce nell'ottenimento della controprestazione, essendo l'esecuzione collegata a vantaggi ulteriori, come per le prestazioni artistiche e professionali, alla cui realizzazione è legata la fama del debitore. L'intangibilità della sfera giuridica debitoria sembra venire meno ogni volta che il legislatore permetta ad un terzo di produrre effetti in un rapporto giuridico alieno. È necessario verificare se esista un diritto debitorio di rifiutare gli effetti favorevoli, alla presenza di un interesse emergente all'adempiere. Tra le situazioni attive che fanno capo al debitore abbiamo l'intangibilità parziale della sfera giuridica patrimoniale, protetta dall'istituto della remissione ma non dall'adempimento del terzo. Nella remissione del debito, come nel contratto a favore di terzo, l'ordinamento subordina l'attribuzione patrimoniale alla mancanza di un rifiuto da parte del beneficiario dell'effetto favorevole. Attraverso l'istituto dell'adempimento del terzo si dà ad un estraneo la possibilità di incidere nella sfera giuridica aliena anche contro la volontà del titolare. L'opposizione del debitore all'adempimento del terzo ha l'effetto di legittimare il creditore a rifiutare l'adempimento, ma non obbliga il creditore ad una particolare condotta, non essendo efficace l'opposizione debitoria nei confronti dell'attività del *solvens*. L'adempimento del terzo è espressione del principio di uguaglianza e solidarietà che attraverso una rivalutazione degli interessi in gioco impone una valutazione elastica del rapporto obbligatorio.

¹²⁷ L'art. 1256 c.c. prevede l'impossibilità non imputabile al debitore e l'art. 1463 prevede la risoluzione automatica del contratto solo per impossibilità della prestazione per fatto dipendente dalle parti, cfr.: A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, Comm. C.c. Scialoja Branca, IV, Delle obbligazioni, Roma, 1990, p. 154;

¹²⁸ L'obbligo di risarcimento è desunto dagli artt. 1672 c.c. e 2228 c.c. V.: L. Mengoni, *In tema di mora credendi nel rapporto di lavoro*, in *Temì*, 1954, p. 578;

¹²⁹ Cfr.: U. Natoli L. e Bigliazzi Geri, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 10;

Ciò dimostra concretamente la relatività del principio d'autonomia delle sfere giuridiche, che non può considerarsi un valore assoluto. Il principio di intangibilità delle sfere giuridiche ha valore relativo ed è destinato a soccombere dinanzi ad un interesse maggiormente meritevole. Non si vede perché il debitore, alla presenza di un interesse personale ad adempiere, non possa manifestare una opposizione con effetti preclusivi dell'adempimento del terzo. Si rende necessario valutare in concreto il prevalere dell'interesse debitorio sul creditorio, quest'ultimo generalmente considerato maggiormente meritevole di tutela. L'adempimento del terzo non va interpretato solo in chiave satisfattiva delle pretese creditorie, poiché il principio di solidarietà ed uguaglianza ha permesso di superare la tradizionale concezione che vedeva l'obbligazione nascere ed estinguersi in funzione dell'interesse creditorio. L'obbligazione si configura come un rapporto di collaborazione tra le parti in cui si realizza una contrapposizione di interessi. Conformemente all'art. 1174 c.c. l'obbligazione ha un interesse creditorio sottostante ed oggetto del diritto di credito è l'interesse che la prestazione si appresta a soddisfare. L'interesse debitorio all'adempimento non è finalizzato alla sola liberazione, ma può fondarsi su un interesse morale e patrimoniale, come si deduce dalla disciplina della *mora accipiendi* che permette la risarcibilità della lesione di un interesse debitorio. La disciplina contenuta nell'art. 1180 c.c. non deve essere considerata norma eccezionale, ma necessita di essere inquadrata nell'ordinamento giuridico inteso come sistema unitario. In base al combinato disposto degli artt. 1180 c.c. e 1208 c.c. in assenza di un interesse creditorio il rifiuto della prestazione è illegittimo. Il diritto di recesso è illegittimo quando del tutto privo di giustificazione, essendo la cooperazione un obbligo inderogabile scaturente dalla buona fede. Il recesso *ad nutum* del creditore, che non voglia più avvalersi della prestazione, crea obblighi che vanno oltre la corresponsione del pattuito. Il sacrificio della sfera debitoria è immotivato, salvo non sia giustificato dalla tutela di un interesse maggiormente meritevole di tutela. L'esistenza di un rapporto fiduciario, permette l'insindacabilità dell'esercizio di tale diritto, ma conformemente alle regole generali il creditore è tenuto a comportarsi correttamente. Fondamento della cooperazione è il dovere generale di conformare la condotta alla buona fede, per realizzare l'assetto degli interessi sottostanti all'operazione economica. La buona fede oggettiva nel determinare il contenuto della prestazione e le modalità di esecuzione, seleziona gli interessi connessi all'operazione economica, conformando la condotta a quella doverosa richiesta dal rapporto obbligatorio. Principio fondante dell'intera disciplina obbligatoria è la solidarietà, che ispira una maggiore attenzione per i soggetti coinvolti. L'interprete deve ponderare la specificità del rapporto, la natura degli interessi ed il livello di correttezza atteso nel settore economico in cui il rapporto è nato. La buona fede integra il contenuto della prestazione ed è mezzo di valutazione dell'esatto adempimento.

Profili sistematici dell'esdebitazione: dalla limitazione di responsabilità dell'imprenditore alla protezione sociale del consumatore

di Giacomo Rojas Elgueta

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. (Segue) Concorsualità ed esdebitazione come momenti autonomi del trattamento dell'insolvenza. – 3. La disciplina dell'effetto esdebitatorio nella legge sul sovraindebitamento. – 4. L'approccio monistico degli Stati Uniti all'istituto della bankruptcy discharge. – 5. La natura polimorfa dell'esdebitazione: la cancellazione dei debiti come limitazione di responsabilità degli imprenditori. – 6. (Segue) L'incoerenza tra la ratio tradizionale dell'esdebitazione e l'attività di consumo. – 7. (Segue) La cancellazione dei debiti come assicurazione sociale dei consumatori. – 8. Il test di meritevolezza della legge sul sovraindebitamento.

1. Con l'approvazione della legge n. 221 del 17 dicembre 2012 (di conversione del decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012) il legislatore ha ampiamente riformato la disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento, già introdotta dalla legge n. 3 del 27 gennaio 2012 che, per prima, aveva disciplinato lo stato di squilibrio finanziario del debitore civile¹.

¹ Come messo in evidenza da F. Macario, *Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori "non fallibili": il completamento della riforma*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2012, 204, l'iter legislativo che ha portato all'attuale disciplina sul sovraindebitamento è «una vicenda complicata e, in ultima analisi, incomprensibile, ai limiti del surreale, per i non addetti ai lavori 'legislativi'». In effetti, poco prima dell'approvazione della l. n. 3 del 27 gennaio 2012 ("Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento", legge c.d. Centaro dal nome del Senatore proponente), il Governo Monti, con una iniziativa autonoma da quella parlamentare, ha approvato il d.l. 22 dicembre 2011 n. 212 ("Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile") dove sul testo Centaro si innestavano una serie di novità fra cui una disciplina particolare per il debitore consumatore non prevista nel disegno di legge parlamentare. Nella fase di conversione, quando ormai la legge Centaro era stata approvata, il d.l. n. 212/2011 è stato oggetto di ulteriori e significative modifiche, in virtù di emendamenti presentati dallo stesso Governo. Tuttavia, dopo il voto favorevole del Senato in data 2 febbraio 2012, la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, a causa di tensioni fra Parlamento e Esecutivo, ha stralciato il testo governativo sul sovraindebitamento dal pacchetto Giustizia contenuto nello stesso d.l. n. 212/2011. Successivamente, in data 9 marzo 2012, il Consiglio dei Ministri ha approvato un nuovo disegno di legge sul sovraindebitamento recante la medesima disciplina stralciata poco prima dal Parlamento, disciplina che è poi

La nuova disciplina sul sovraindebitamento regola, per la prima volta nell'ordinamento italiano, l'insolvenza del debitore civile, ossia del debitore non soggetto alle altre procedure concorsuali (in particolare: il piccolo imprenditore commerciale, l'imprenditore agricolo e il consumatore), attraverso un sistema di norme alternativo a quello del diritto comune, incentrato, da un lato, sulle regole sostanziali della responsabilità personale (art. 1218 c.c.) e dell'universalità della responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.) del debitore e, dall'altro, su quelle processuali dell'esecuzione forzata (art. 2910 c.c. e libro terzo, titolo secondo, c.p.c.)².

In particolare, sul piano sistematico, la riforma si segnala per due fondamentali scelte di politica legislativa: il carattere concorsuale delle procedure di composizione della crisi³, in grado di regolare contemporaneamente ed in modo ordinato tutti i rapporti con i creditori (inclusi quelli privilegiati e quelli dissenzienti) e la possibilità di ottenere l'esdebitazione, ossia la cancellazione di quella parte dei debiti che residua all'esito delle stesse procedure (nella tradizione di *common law* nota come *discharge*)⁴.

La natura concorsuale e il possibile effetto esdebitatorio delle procedure di composizione volte a regolare la crisi del debitore civile si impongono all'attenzione dell'interprete quali essenziali momenti di rottura con la nostra tradizione giuridica.

confluita nel decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012 (c.d. "sviluppo *bis*), poi convertito con la l. n. 221 del 17 dicembre 2012, con cui si è modificata la l. n. 3/2012 nella versione attualmente in vigore.

² La nuova disciplina sull'insolvenza del debitore civile è stata oggetto di una prima riflessione, fra gli altri, da parte di Aa.Vv., *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento in vigore dal 19 dicembre 2012*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2013, 7 ss.; L. Panzani, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, disponibile alla pagina web www.treccani.it/magazine/diritto (consultata l'ultima volta in data 6.1.2014); F. Macario, *La nuova disciplina del sovraindebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in *Contratti*, 2012, 314 ss.; I. Lombardini, *Profili dei nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e liquidazione del patrimonio*, in *Studium iuris*, 2013, 641 ss.; E. Capobianco, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Dir. fall.*, 2013, 186 ss.; E. Pellecchia, *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 427 ss.; Id., *Dall'insolvenza al sovraindebitamento*, Torino, 2012, *passim*; L. Balestra, *Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 593 ss.; S. Pacchi, *Il sovraindebitamento: il regime italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 665 ss.; C. Rinaldini, *Il procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1411 ss.; A. Guiotto, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2012, 1285 ss.

³ Per una definizione di "concorsualità" delle procedure fallimentari, cfr. S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, in *Biblioteca del "Foro Italiano"*, Roma, 1943, 22 s.; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 35. Di recente il rapporto tra insolvenza e concorsualità è stato preso in esame da L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 126 ss. D'altro lato, il rapporto tra concorsualità fallimentare e procedimenti esecutivi ad opera di un gruppo di creditori è stato oggetto d'esame, fra gli altri, da parte di L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, in *Il codice civile – Commentario*, diretto da P. Schlesinger, artt. 2740-2744, 2ª ed., Milano, 2010, 115 ss. (spec. 123 s.).

⁴ In generale, sull'effetto esdebitatorio della procedura concorsuale cfr. Aa.Vv., *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, a cura di G. Presti, L. Stanghellini, F. Vella, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Bologna, 2004, 299 ss.; A. Castagnola, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, *passim*.

Infatti, se da un lato il diritto concorsuale è stato tipicamente inteso come un diritto speciale, applicabile esclusivamente agli imprenditori commerciali medio-grandi⁵, dall'altro, l'istituto dell'esdebitazione non ha avuto un'espressa disciplina nel nostro ordinamento sino alla riforma della legge fallimentare del 2006, dove l'effetto esdebitatorio è stato introdotto con esclusivo riguardo alle persone fisiche soggette a fallimento⁶.

2. Sin da subito, è opportuno mettere in evidenza come il meccanismo concorsuale e il beneficio esdebitatorio siano due opzioni legislative logicamente autonome che, pertanto, non coesistono necessariamente nel trattamento del rischio d'insolvenza. Di ciò si trae puntuale conferma dalle indagini storiche sulla *discharge*, da cui emerge come l'istituto dell'esdebitazione sia solo un possibile attributo di una procedura concorsuale e non, piuttosto, un suo elemento essenziale⁷.

In questo senso è sufficiente ricordare che, nella tradizione di *common law*, il primo *bankruptcy act* risale al 1542⁸, mentre la *discharge* è stata introdotta per la prima volta nel 1705⁹. Ancora più esemplificativi del rapporto d'indipendenza intercorrente fra il diritto concorsuale e l'istituto dell'esdebitazione sono i sistemi giuridici dell'Europa continentale, dove le prime procedure concorsuali sono state introdotte a partire dal XIII secolo¹⁰ mentre il beneficio dell'esdebitazione della persona fisica è un istituto di recente introduzione¹¹.

Preso atto dell'autonomia delle due scelte di politica legislativa intorno a cui è organizzata la nuova disciplina sul sovraindebitamento del debitore civile (concor-

⁵ Sull'attrazione del debitore civile entro la logica delle procedure concorsuali e sul conseguente, almeno parziale, superamento della frattura che dal XIX secolo ha caratterizzato, nel nostro ordinamento, il trattamento dell'insolvenza del debitore civile e di quella commerciale, cfr., volendo, G. Rojas Elgueta, *Allocazione del rischio di credito e insolvenza concorsuale: oltre la distinzione fra debitore civile e commerciale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 465 ss.

⁶ Come è noto, il d.lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006 ha introdotto la disciplina dell'esdebitazione del fallito persona fisica (cfr. artt. 142 ss. l. fall.) e ha coerentemente modificato l'art. 120 l. fall. che nella nuova formulazione dispone: «I creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, salvo quanto previsto dagli articoli 142 e seguenti». Per un'analisi storico-funzionale dell'istituto dell'esdebitazione cfr. G. Rojas Elgueta, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca borsa*, 2012, 310 ss.

⁷ Sul punto cfr. C.J. Tabb, *The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 65 (1991), 325 ss.; Id., *The Scope of the Fresh Start in Bankruptcy: Collateral Conversions and the Dischargeability Debate*, in *George Washington Law Review*, 59 (1990), 56 ss.

⁸ Cfr. C.J. Tabb, *The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge*, cit., 326 ss.

⁹ Cfr. *op. ult. cit.*, 333 ss.; L.E. Levinthal, *The Early History of English Bankruptcy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 67 (1919), 18 ss.

¹⁰ Sull'evoluzione storica del fallimento, cfr. U. Santarelli, *Fallimento (storia del)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., Torino, 1990, V, 366 ss.; Id., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane nell'età intermedia*, Padova, 1964, spec. 81 ss.

¹¹ Con particolare riguardo all'ordinamento italiano cfr. *supra* nota 6.

sualità ed esdebitazione), è conseguente tracciare un piano d'indagine dove, da un lato, si verifichi l'opportunità di estendere la logica concorsuale anche ai debitori civili e, dall'altro, si indaghi se sia sistematicamente più coerente prevedere un'unica disciplina dell'esdebitazione o sottoporne l'applicazione a presupposti distinti per il debitore civile e per quello commerciale¹².

In particolare, questo studio intende concentrarsi sul secondo momento apicale della recente riforma: l'esdebitazione.

Dopo un breve esame della disciplina dell'effetto esdebitatorio nelle diverse procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, quest'indagine si propone, in primo luogo, di mettere in luce la diversa *ratio* dell'esdebitazione dell'imprenditore in crisi rispetto a quella del consumatore sovraindebitato. Tale esame consente di chiarire la natura polimorfa dell'esdebitazione, da intendersi come equivalente funzionale della responsabilità limitata con riguardo all'attività dell'imprenditore commerciale e come equivalente funzionale di un'assicurazione sociale con riguardo al consumatore¹³.

Alla luce della proposta ricostruzione dell'istituto dell'esdebitazione, si vuole verificare, infine, la coerenza sistematica e l'opportunità della scelta del legislatore che ha voluto, con la recente riforma, sottoporre l'esdebitazione del consumatore ad un

¹² Per un'analisi storico-funzionale della concorsualità come tecnica di allocazione del rischio d'insolvenza e sull'opportunità della sua estensione al debitore civile, cfr. G. Rojas Elgueta, *Allocazione del rischio di credito*, cit.

Il carattere concorsuale delle nuove procedure è assicurato, in particolare, attraverso due fondamentali principi: a) il congelamento di tutte le azioni esecutive individuali promosse dai creditori contro il patrimonio del debitore e b), conformemente alla logica concordataria della legge fallimentare, rendendo l'accordo (o il piano del consumatore) vincolante verso tutti i creditori.

Sub a): il c.d. *automatic stay*, ossia la sospensione delle azioni esecutive individuali dei creditori, è disciplinato, con riguardo all'accordo di composizione, dall'art. 10, comma 2, lett. c), l. n. 3/2012 e, con riferimento al piano di composizione del consumatore, dall'art. 12-*bis*, comma 2, l. n. 3/2012. Per la procedura di liquidazione, cfr. art. 14-*quinquies*, comma 2, lett. b), l. n. 3/2012.

Sub b): con il raggiungimento dell'accordo o, alternativamente, con l'approvazione della proposta del consumatore da parte del Tribunale, tutti i creditori (compresi quelli titolari di un diritto di garanzia reale e quelli dissenzienti) sono vincolati dal piano di composizione (cfr. art. 12, comma 3, l. n. 3/2012) e, conseguentemente, si vedranno pagare soltanto una parte del loro credito. In particolare, in forza dell'art. 12, comma 2, della l. n. 3/2012: «Quando uno dei creditori che non ha aderito o che risulta escluso o qualunque altro interessato contesta la convenienza dell'accordo, il giudice lo omologa se ritiene che il credito può essere soddisfatto dall'esecuzione dello stesso in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria disciplinata dalla sezione seconda» (conformi, relativamente al piano del consumatore, gli artt. 12-*ter*, comma 2 e 12-*bis*, comma 4, l. n. 3/2012). Inoltre, l'art. 7, l. n. 3/2012 prevede la possibilità di non pagare integralmente i creditori privilegiati, purché sia loro assicurato quantomeno «il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dagli organismi di composizione della crisi» (meccanismo noto, nel diritto fallimentare statunitense, come *cram down*).

¹³ Sul punto cfr. *infra* paragrafi 5-7.

particolare controllo di meritevolezza che non è previsto né dalla disciplina dell'esdebitazione della legge fallimentare (artt. 142 ss. l. fall.) né relativamente alla procedura di "accordo di composizione della crisi" (artt. 10 ss. l. n. 3/2012)¹⁴.

3. La nuova disciplina sul sovraindebitamento di cui alla l. n. 3/2012 è organizzata intorno a due sezioni: la prima, dedicata alle "procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento" e la seconda, dove si prevede una procedura di "liquidazione del patrimonio" del debitore.

Al debitore non soggetto né assoggettabile alle altre procedure concorsuali previste nel nostro ordinamento è pertanto consentito scegliere fra un doppio binario: da un lato, la ristrutturazione del sovraindebitamento attraverso un piano di composizione dei propri debiti e, dall'altro, una procedura di liquidazione con cui il debitore rinuncia ai propri beni al fine di pagare almeno in parte i creditori¹⁵.

Peraltro, per il debitore sovraindebitato che decida di proporre un piano di composizione della crisi, secondo la disciplina della sezione prima della l. n. 3/2012, la riforma prevede due distinte procedure. Mentre la prima è accessibile a tutti i debitori non fallibili e consiste in un accordo di ristrutturazione dei debiti fra il debitore e i creditori che rappresentino il 60% dei crediti, la seconda è utilizzabile in via esclusiva dal consumatore sovraindebitato, cui è consentito proporre al Tribunale un piano di composizione della crisi a prescindere da un accordo con la classe creditrice¹⁶.

La descritta articolazione tripartita della legge sul sovraindebitamento (accordo con i creditori, piano del consumatore e liquidazione del patrimonio) si riflette in una distinta modulazione dell'effetto esdebitatorio che deve, conseguentemente, essere osservato in modo autonomo per ciascuna delle tre procedure oggetto della disciplina.

Con riguardo alla procedura di "accordo di composizione della crisi", come detto accessibile a tutti i debitori non fallibili¹⁷, l'esdebitazione consegue al corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal piano di ristrutturazione approvato dai creditori. La cancellazione di una parte dei debiti è dunque interamente rimessa

¹⁴ Cfr. *infra* paragrafo 8.

¹⁵ In particolare, per la sezione prima della l. n. 3/2012 cfr. artt. 6 ss. mentre per la sezione seconda cfr. artt. 14-ter ss.

¹⁶ All'accordo di composizione della crisi è dedicato il § 2 della sezione prima della l. n. 3/2012, mentre il piano del consumatore è disciplinato al § 3 (i §§ 1 e 4 prevedono, invece, disposizioni comuni alle due procedure di composizione della crisi). La definizione di consumatore si legge all'art. 6, comma 2, lett. b), l. n. 3/2012.

¹⁷ In forza dell'art. 7, comma 1-bis, l. n. 3/2012: «Fermo il diritto di proporre ai creditori un accordo ai sensi del comma 1, il consumatore in stato di sovraindebitamento può proporre, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi di cui all'articolo 15 [...], un piano contenente le previsioni di cui al comma 1» (enfasi mia).

all'autonomia privata, essendo sottoposta, dapprima, al vaglio positivo dei creditori (almeno di quanti rappresentino il 60% dei crediti) e, in un secondo tempo, all'esatto adempimento da parte del debitore del programma di composizione¹⁸.

In altri termini, in una prospettiva omogenea a quella del concordato preventivo¹⁹, il legislatore ha lasciato il governo dell'effetto esdebitatorio alle dinamiche del mercato ed in particolare ai rapporti interni fra il debitore sovraindebitato e (una parte maggioritaria del)la classe creditrice, escludendo che la cancellazione di una percentuale del debito risulti quale effetto interno alla procedura²⁰.

D'altra parte, con riguardo alla procedura di "piano del consumatore", riservata a coloro che hanno assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta²¹, se da un lato l'effetto esdebitatorio è subordinato, come per la procedura di "accordo", all'esatta esecuzione del piano di composizione, dall'altro, la cancellazione dei debiti residui è del tutto sottratta alla logica negoziale, non essendo previsto, quale elemento della fattispecie, l'accordo con i creditori²².

Infatti, l'accesso al piano di composizione del consumatore è sottoposto alla sola, positiva delibazione del Tribunale, il cui provvedimento di omologazione espone, coattivamente, tutti i creditori alla possibilità di vedere soddisfatta solo una percentuale delle proprie pretese²³.

All'assenza della deliberazione da parte della classe creditrice fa da contrappeso un penetrante e particolare controllo di meritevolezza cui è chiamato il Tribunale il

¹⁸ Sul raggiungimento dell'accordo cfr. l'art. 11 l. n. 3/2012. Sull'esecuzione del piano di composizione cfr., invece, l'art. 13 l. n. 3/2012.

¹⁹ Sul punto cfr., fra gli altri, A. Bonsignori, *Del concordato preventivo*, in *Comm. legge fall. Scialoja-Branca*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1979, 425 ss.

²⁰ Secondo G. Terranova, *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. Macario, F. Di Marzio, G. Terranova, in *Il Civilista*, Milano, 2012, 8, «il debitore, per un verso, non viene assoggettato ad alcuna procedura di carattere esecutivo, ma, per altro verso, non viene neppure liberato, se non quando avrà adempiuto le proprie obbligazioni nei nuovi termini previsti dall'accordo. Con ciò non si vuol negare che il piano di rientro, sottoscritto con i creditori, possa facilitare la sistemazione dei rapporti. Resta il fatto, però, che l'effetto liberatorio sta fuori, non dentro la procedura». F. Macario, *Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori "non fallibili"*, cit., 205, mette in evidenza come il risultato esdebitatorio «non sarebbe "endoprocedurale", ma dipendente dall'adempimento delle obbligazioni assunte con l'accordo».

²¹ Come espressamente previsto dalla definizione di "consumatore" di cui all'art. 6, comma 2, lett. b), l. n. 3/2012.

²² Cfr. artt. 12-*bis* ss. l. n. 3/2012.

²³ Secondo F. Di Marzio, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 13, il piano del consumatore «corrisponde a una particolare figura di concordato rinvenibile nel diritto amministrativo della crisi d'impresa: il c.d. concordato coattivo», che «se costituisce espressione di autonomia privata del proponente non costituisce espressione di autonomia dei creditori. Quest'ultimo carattere è decisivo per la ricostruzione sistematica degli istituti, i quali appaiono ontologicamente diversi dai concordati assoggettati a deliberazione. Mentre questi sono approvati dai creditori, invece quelli sono in effetti approvati, per omologazione, dal tribunale».

quale, ai fini dell'omologazione, non dovrà limitarsi, come per il caso di "accordo"²⁴, a verificare l'idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili ma dovrà altresì escludere «che il consumatore [abbia] assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che [abbia] colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali [...]»²⁵.

Infine, con riguardo alla procedura di "liquidazione del patrimonio", accessibile indistintamente a tutti i debitori non fallibili, l'esdebitazione può essere richiesta con ricorso presentato dal debitore interessato entro l'anno successivo alla chiusura della liquidazione²⁶. La concessione dell'effetto esdebitatorio, che avviene con decreto adottato dal giudice, è sottoposta ad una articolata serie di condizioni fra cui merita segnalare la correttezza del comportamento del debitore sia nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione sia durante lo svolgimento della procedura stessa²⁷.

Inoltre, la dichiarazione di inesigibilità dei crediti non soddisfatti integralmente è esclusa²⁸, in termini simili a quanto previsto per il controllo di meritevolezza del

²⁴ Cfr. art. 12, comma 2, l. n. 3/2012.

²⁵ Cfr. art. 12-bis, comma 3, l. n. 3/2012. Evidentemente, la norma in esame intende escludere dall'accesso alla procedura di composizione e, conseguentemente, dal beneficio dell'esdebitazione, il c.d. sovraindebitamento attivo, ossia derivante da un ricorso al credito al consumo negligente da parte del debitore. Sul punto si tornerà più diffusamente *infra* al paragrafo 8. Sin d'ora, sulla differenza fra indebitamento attivo e passivo, cfr. D. Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Milano, 2012, 10 s. e 17.

²⁶ Cfr. art. 14-terdecies, comma 4, l. n. 3/2012.

²⁷ Cfr., rispettivamente, art. 14-terdecies, comma 2, lett. b), l. n. 3/2012 e art. 14-terdecies, comma 1, lett. a), l. n. 3/2012. Mentre l'esdebitazione delle procedure di composizione di cui alla sezione prima della l. n. 3/2012 costituisce, come si è visto, un effetto connaturale alla composizione prevista nel piano, la cancellazione dei debiti che residuano a conclusione della procedura di liquidazione si traduce, invece, in un effetto meramente accessorio ed eventuale. In termini, con riguardo, da un lato, all'esdebitazione del concordato preventivo e fallimentare e, dall'altro, a quella della procedura fallimentare cfr. A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, 2^a ed., Bologna, 2012, 276 s. Sul punto cfr. anche A. Zanardo, *Sub art. 142*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, III, Milano, 2010, 183 s.

²⁸ Secondo una parte della dottrina, che si è interrogata sulla natura dell'effetto esdebitatorio di cui agli artt. 142 ss. l. fall., l'esdebitazione comporta l'estinzione delle obbligazioni non soddisfatte integralmente in sede fallimentare. In questo senso cfr., fra gli altri, E. Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito*, in Aa.Vv., *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, 1422 ss.; G. Costantino, *L'esdebitazione*, in *Foro italiano*, 2006, V, 209; F. Pasi, *L'esdebitazione*, in Aa.Vv., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di L. Panzani e G. Fauceglia, Torino, 2009, 1264; G. Capo, *L'esdebitazione del fallito*, in *Trattato di diritto fallimentare*, III, diretto da V. Buonocore e A. Bassi, Padova, 2011, 568. Altra parte della dottrina, invece, forte del dato letterale di cui all'art. 142, ult. co., l. fall., in forza del quale «sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso», sostiene che il termine "inesigibili" di cui all'art. 143 l. fall. non debba essere inteso nel senso di ritenere estinti i crediti non soddisfatti bensì quale effetto processuale che impedisce l'esercizio da

consumatore, quando il sovraindebitamento sia imputabile ad un ricorso al credito colposo e sia sproporzionato rispetto alle capacità patrimoniali del debitore²⁹.

Come emerge da questa breve disamina del dato testuale della riforma, il legislatore ha pensato l'istituto dell'esdebitazione entro prismi teorici profondamente distinti: da un lato, con riguardo alla procedura di "accordo", la cancellazione di una parte dei debiti è rimessa al libero dispiegarsi dell'autonomia privata ed in particolare alle capacità del debitore sovraindebitato di convincere i creditori della convenienza di una soluzione concorsuale rispetto alle, alternative, procedure esecutive individuali³⁰. Dall'altro, con riguardo al "piano del consumatore" e alla "liquidazione del patrimonio", la liberazione dai debiti residui è sottratta alla regolazione privata dei rapporti obbligatori e rimessa all'autorità del giudice, chiamato ad un componimento di interessi di carattere pubblicistico, rispettivamente con l'omologazione del piano di composizione e con il decreto di esdebitazione³¹.

parte dei creditori dell'azione per il residuo e che determina il carattere di obbligazione naturale, di cui all'art. 2034 c.c., delle obbligazioni residue. In questo senso cfr., fra gli altri, L. Panzani, *Sub art. 143*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, III, artt. 104-153, Bologna, 2006, 2113 ss.; S. Ambrosini, *Chiusura e riapertura del fallimento*, in *Il fallimento*, a cura di S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, XI, Padova, 2009, 688; A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 277; A. Zanardo, *Sub art. 142*, cit., 209. Per un esame di eventuali profili di incostituzionalità degli artt. 142 ss. l. fall. cfr. A. Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, 401 ss. Sulla natura dell'effetto esdebitatorio con riguardo al concordato preventivo e a quello fallimentare cfr. S. Satta, *Diritto fallimentare*, 3ª ed., Padova, 1996, 393; L. Panzani, *Art. 143*, cit., 2114; A. Bonsignori, *Processi concorsuali minori*, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, XXIII, Padova, 1997, 313; U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, II, 1022.

²⁹ Cfr. art. 14-terdecies, comma 2, lett. a), l. n. 3/2012.

³⁰ In generale, sull'efficienza di una difesa concorsuale dei creditori a fronte di un debitore insolvente cfr. E. Warren, *Bankruptcy Policy*, in *University of Chicago Law Review*, 54 (1987), 785; R.E. Scott, *Through Bankruptcy With the Creditors' Bargain Heuristic*, in *University of Chicago Law Review*, 53 (1986), 700 ss.; T.H. Jackson, R.E. Scott, *On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain*, in *Virginia Law Review*, 75 (1989), 164 ss. Come recentemente affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (n. 1521/2013), con riguardo al giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo (cfr. artt. 160 e 162 l. fall.): «Orbene se non è dubbio che spetti al giudice verificare la fattibilità giuridica del concordato e quindi esprimere un giudizio negativo in ordine all'ammissibilità quando modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili, profili di incertezza viceversa si pongono, laddove entrino in discussione gli aspetti relativi alla fattibilità economica. Questa è infatti legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore rischio per gli interessati. È pertanto ragionevole, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto, che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto».

³¹ F. Di Marzio, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 13 s., con riguardo al ruolo assolto dal Tribunale nella procedura di "piano del consumatore", giustifica la scelta del legislatore in funzione della realizzazione di un interesse (la definizione del sovraindebitamento di coloro che non svolgono un'attività economica) di ordine pubblico economico.

Come anticipato, questo scritto intende verificare se la descritta opzione di modulare l'accesso al beneficio dell'esdebitazione in termini particolari per il debitore-consumatore, trovi un solido fondamento razionale e risponda a stringenti ragioni di opportunità.

4. Al fine di trattare il tema che si è descritto è necessario, in primo luogo, individuare la *ratio* dell'istituto dell'esdebitazione e accertare se questa debba essere ridotta entro una visione monistica, applicabile a tutti i debitori o se, al contrario, debba essere scomposta e ricostruita in termini diversi, secondo la particolare attività che sottende l'assunzione del debito (attività imprenditoriale; attività di consumo).

Opportuno punto d'avvio di questo esame è la tradizione di *common law*, dove l'istituto della *bankruptcy discharge* è stato oggetto di applicazione ed analisi per oltre tre secoli³².

In particolare, negli Stati Uniti, il principale scopo dell'esdebitazione è comunemente individuato nel sollevare il debitore dal peso di un sovraindebitamento eccessivo, così da consentirgli un nuovo inizio, reimmettendolo in un ciclo economico produttivo (c.d. *fresh start*)³³. Tale istituto si poggia dunque su un preciso ragionamento gius-economico, secondo cui è socialmente desiderabile assicurare al debitore il reinserimento nel mercato, evitando l'esclusione sociale di debitori altrimenti gravati, in forma potenzialmente perpetua, dalla loro responsabilità personale (e patrimoniale)³⁴.

³² Cfr. *supra* paragrafo 2 e le note 8 e 9. Si deve sottolineare che l'esdebitazione riflette massimamente il cambio di paradigma della *bankruptcy law* anglo-americana passata, nel XVIII secolo, dall'essere un rimedio esclusivo per la classe creditrice all'essere una misura premiale per il debitore. In questo senso, cfr., fra gli altri, C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy in Consumer Bankruptcy: A Historical Inventory and an Interpretive Theory*, in *University of Richmond Law Review*, 21 (1986-1987), 53 s.

³³ Questo ragionamento lo si trova già nelle pagine di W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, II, 1765-1769, Oxford, England, 471 s., dove si sottolinea il beneficio sociale della cancellazione dei debiti per il mercante fallito così che «by the assistance of his allowance and his own industry, may become a useful member of the commonwealth». Sul punto cfr., fra gli altri, W.O. Douglas, *Some Functional Aspects of Bankruptcy*, in *Yale Law Journal*, 41 (1932), 340; S.A. Riesenfeld, *The Evolution of Modern Bankruptcy Law – A Comparison of the Recent Bankruptcy Acts of Italy and the United States*, in *Minnesota Law Review*, 31 (1947), 406, dove si riportano le parole della sentenza della Corte Suprema americana *Local Loan Co. v. Hunt*, (1933) 292 U.S. 234 ss., in particolare 244: «This purpose of the act has been again and again emphasized by the courts of being of public as well as private interest, in that it gives to the honest but unfortunate debtor who surrenders for distribution the property which he owns at the time of bankruptcy, a new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of preexisting debt» (enfasi nell'originale). Sul punto cfr. anche D.A. Skeel, *Debt's Dominion – A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton e Oxford, 2001, 43; C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy*, cit., 62; T.J. Zywicki *An Economic Analysis of the Consumer Bankruptcy Crisis*, in *Northwestern University Law Review*, 99 (2005), 1471.

³⁴ Per la dottrina italiana cfr. sul punto, fra gli altri, L. Stanghellini, *'Fresh Start': implicazioni di 'policy'*, in *L'insolvenza del debitore civile*, cit., 443; A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 277.

Ciò che, ai fini di questa indagine, merita di essere evidenziato è che, con riguardo al sistema nordamericano, la premessa teorica della *discharge*, pensata originariamente per i mercanti e poi applicata in generale all'attività d'impresa, è stata piegata, senza particolari adattamenti, ed estesa all'attività di consumo, ritenendosi che, in termini aggregati, sia più efficiente un sistema dove i consumatori siano (ri)messi nelle condizioni di essere produttivi e di consumare rispetto ad un sistema che sottoponga i debitori al principio della responsabilità patrimoniale perpetua³⁵.

In altri termini, gli imprenditori e i consumatori sono parimenti sottoposti ad un regime esdebitatorio che opera, in assenza del filtro della deliberazione dei creditori o di quello giudiziario, quale effetto automatico della sola apertura della procedura concorsuale (c.d. *automatic discharge*)³⁶.

Corollario di un impianto teorico, quello nordamericano, che guarda alla *discharge* in una prospettiva *ex post*, tipicamente rimediale, è la pressoché totale omissione della considerazione delle cause che stanno all'origine della situazione di sovraindebitamento³⁷.

Infatti, al di là di casi conclamati di frode ai creditori³⁸, il paradigma del debitore "onesto ma sfortunato", cui è destinato il beneficio dell'esdebitazione, è inteso in un

³⁵ Mette in luce come l'esdebitazione degli imprenditori e dei consumatori sia ricondotta entro il medesimo ragionamento economico, fra gli altri, R.A. Hillman, *Contract Excuse and Bankruptcy Discharge*, in *Stanford Law Review*, 43 (1999), 100. Secondo questo Autore (cfr. p. 111), la premessa teorica della *discharge* è stata rafforzata dalla grave depressione degli anni Trenta che ha favorito il consolidamento, negli Stati Uniti, dell'approccio liberale alla concessione del beneficio esdebitatorio.

³⁶ Secondo C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy*, cit., 68, fra le ragioni che negli Stati Uniti hanno determinato l'assimilazione dei consumatori agli imprenditori, sul punto dell'accesso alla *discharge*, vi è la difficoltà di tracciare delle distinzioni chiare fra le diverse classi di debitori.

³⁷ Secondo parte della dottrina nordamericana, una volta che il problema è impostato nei termini della conservazione della produttività del consumatore, ha poco senso indagare sulle ragioni che stanno all'origine del sovraindebitamento. Così, espressamente, C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy*, cit., 70 s. Anche adottando la diversa prospettiva che guarda alla *discharge* come ad una implicita e irrinunciabile clausola inserita nei contratti di finanziamento, la dottrina ritiene che tale istituto assolva un'utile funzione sociale con riguardo tanto agli imprenditori quanto ai consumatori. In questo senso, la *discharge* è intesa come un'assicurazione obbligatoria contro il rischio d'insolvenza, dove il costo dell'esdebitazione non è effettivamente trasferito in capo ai creditori quanto, più propriamente, distribuito fra tutti i debitori solventi attraverso l'innalzamento dei tassi di interesse. Sul punto cfr. *op. ult. cit.*, 100 ss.; A. Feibelman, *Defining the Social Insurance Function of Consumer Bankruptcy*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, 13 (2005), 130: «bankruptcy relief, especially the discharge of debts, satisfies the basic economic definition of insurance. It transfers risk from a debtor (the insured) to his or her creditor (the insurer), for which the creditor seeks compensation in the form of an increased interest rate». Cfr. anche D.A. Skeel, *Debt's Dominion*, cit., 190. In generale, sulla *discharge* quale equivalente funzionale di un'assicurazione obbligatoria contro il rischio d'insolvenza, cfr. K. Arrow, *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, Chicago, 1971, 139 s.; B.E. Adler, B. Polak, A. Schwartz, *Regulating Consumer Bankruptcy: A Theoretical Inquiry*, in *The Journal of Legal Studies*, 29 (2000), 585 ss., in particolare, 592 s.; M.J. White, *Abuse or Protection? Consumer Bankruptcy Reform Under 'BAPCPA'*, in *Économie Publique*, 18-19 (2006), 2.

³⁸ Cfr. Bankruptcy Code 1978 § 1328(a)(2), dove, dopo la riforma del 2005, si esclude la *discharge* in caso di «false pretenses, false representation and actual fraud».

senso ampio, tale da includere nella nozione di “sfortuna” non solo coloro che siano risultati vittime di eventi esogeni avversi ma altresì quei debitori il cui sovraindebitamento sia risultato da un ricorso al credito negligente, sproporzionato rispetto alle proprie capacità finanziarie³⁹.

In un contesto culturale, quale quello degli Stati Uniti, dove la *libertà* individuale trova la sua massima espressione nell'*opportunità* di iniziativa economica, e dove i fallimenti sono visti come meri costi fisiologici di quella sperimentazione che porta al pieno sfruttamento delle potenzialità economiche, il criterio del comportamento diligente nell'assunzione del debito, e la conseguente imputabilità del sovraindebitamento, sono esclusi dal sistema del diritto fallimentare⁴⁰.

In sintesi, l'esperienza giuridica comparatisticamente più matura con riguardo all'istituto dell'esdebitazione si offre alle altre tradizioni giuridiche come un modello monistico che, da un lato, rifiuta di modulare la disciplina del beneficio esdebitatorio in funzione della natura del credito (all'impresa o al consumo) e, dall'altro,

³⁹ Secondo C.G. Hallinan, *The “Fresh Start” Policy*, cit., 68 s.: «The commercial model had fostered a rhetorical and operational division of the universe of insolvents into the ‘dishonest,’ who were denied relief, and the ‘honest but unfortunate,’ for whom the ‘fresh start’ was readily available. Proposals to afford a narrowed or different discharge for a new class, ‘improvident’ or ‘extravagant’ consumers (who were neither dishonest in the usual sense nor entirely the victims of misfortune), depended on the existence of some workable means for identifying cases in the new class. But the proposals usually classified by paradigmatic example rather than by definition and were in any event almost inevitably premised on controversial value judgments about the acceptability of various consumer behaviors leading to insolvency. Moreover, even when there might be agreement that a particular cause of financial difficulty was properly characterized as ‘improvidence’ (and, indeed, even if there were agreement as to what to do about it), actual cases tended to involve a complex medley of causes, including both ‘improvidence’ and ‘misfortune,’ and the proposals provided few tools for isolating and weighing the various factors to determine which sort of discharge would be appropriate». Nello stesso senso cfr. R.A. Hillman, *Contract Excuse and Bankruptcy Discharge*, cit., 115. Per un tentativo di introdurre una distinzione fra debitore “unfortunate” e debitore “improvident” o “extravagant” cfr. W.O. Douglas, *Wage Earner Bankruptcies – State vs. Federal Control*, in *Yale Law Journal*, 42 (1933), 598 ss. Sulle idee di William Douglas e sulla reazione critica dei suoi stessi allievi, tutti riconducibili alla c.d. scuola *progressive*, cfr. D.A. Skeel, *Vern Countryman and the Path of Progressive (and Populist) Bankruptcy Scholarship*, in *Harvard Law Review*, 113 (2000), 1085.

⁴⁰ Sottolinea come il sistema di *bankruptcy* nordamericano sia privo dell'istituto della colpa, A. Feibelman, *Defining the Social Insurance Function of Consumer Bankruptcy*, cit., 167: «Furthermore, bankruptcy also potentially decreases individuals’ incentives to make the strongest efforts to repay obligations they have incurred once they experience financial troubles. These factors are arguably exacerbated by the fact that bankruptcy is a no-fault regime. Any individual who resides, is domiciled, or has property in the United States can file for bankruptcy under chapter 7. The availability of bankruptcy relief is generally not related to the reasons for an individual’s financial collapse; with few exceptions, it is equally available to the spendthrift as it is to the honest but unfortunate debtor». Secondo R.A. Hillman, *Contract Excuse and Bankruptcy Discharge*, cit., 112, il sistema di *bankruptcy* degli Stati Uniti è privo di norme che regolano l'accesso al beneficio della *discharge* (efficacemente definite “gatekeepers rules”). Sulla c.d. “theory of freedom of opportunity” cfr. W.O. Douglas, *Some Functional Aspects of Bankruptcy*, cit., 340; T.A. Sullivan, E. Warren, J.L. Westbrook, *The Fragile Middle Class – Americans in Debt*, New Haven e Londra, 2000, 258.

omettendo di indagare sulle ragioni all'origine dello stato di crisi, rimuove dal sistema delle procedure concorsuali ogni valutazione soggettiva sul comportamento del debitore diversa dalla condotta dolosa⁴¹.

5. La validità del modello monistico dell'esdebitazione e la tenuta del principio secondo cui la reimmissione nel ciclo economico del debitore sovraindebitato contribuisca, in ogni caso, a massimizzare la ricchezza sociale possono essere meglio appurate inserendo nel ragionamento una prospettiva di analisi *ex ante*, che non guardi all'esdebitazione esclusivamente come rimedio ma si interroghi sugli incentivi che tale istituto contribuisce a determinare sui soggetti del mercato⁴².

Sotto questa diversa angolazione, tuttavia, è indispensabile osservare autonomamente le interferenze fra il beneficio dell'esdebitazione e, rispettivamente, l'attività d'impresa e quella di consumo.

Non vi è dubbio che storicamente l'istituto dell'esdebitazione sia stato pensato con esclusivo riferimento ai fallimenti delle attività economiche, intrinsecamente dipendenti dall'elemento del rischio proprio delle iniziative imprenditoriali⁴³. In quest'ambito, la cancellazione dei debiti residui spiega la sua ragione pratica non solo nell'ottica rimediale di consentire il recupero alle dinamiche del mercato dell'imprenditore fallito ma, ancor prima, come incentivo alla stessa assunzione del rischio d'impresa⁴⁴.

Pertanto, con riguardo alle iniziative imprenditoriali, l'esdebitazione assolve una funzione circolare nel senso che se in un primo momento la prospettiva della cancellazione di una parte dei debiti si pone come incentivo all'assunzione del rischio, in un secondo tempo, a fronte di sopravvenute difficoltà finanziarie, il beneficio esdebitatorio si eleva a rimedio in grado di curare il perdurante stato d'insolvenza dell'imprenditore.

Il funzionamento circolare dell'istituto dell'esdebitazione (al contempo, incentivo e rimedio del rischio d'impresa), insieme con il costo sociale da questo prodotto (il trasferimento su terzi del costo dell'insolvenza), può dirsi pienamente giustificato

⁴¹ Sul punto cfr. C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy*, cit., 65 ss., in particolare 71.

⁴² Il fatto che una seria analisi dei rapporti fra *discharge* e comportamenti dei debitori sia stata trascurata dalla dottrina nordamericana è messo in evidenza da D.A. Skeel, *Vern Countryman*, cit., 1118.

⁴³ Sul punto cfr. G. Rojas Elgueta, *Lesdebitazione del debitore civile*, cit., 316 ss. e nota 24. Sul punto cfr. anche C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy*, cit., 63.

⁴⁴ Secondo C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy*, cit., 64, l'incoraggiamento del rischio è «the chief organizing principle of the bankruptcy "fresh start" policy». Sulla *discharge* come strumento per incentivare l'iniziativa imprenditoriale cfr. R. Efrat, *Global Trends in Personal Bankruptcy*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 76 (2002), 81, dove si legge: «Since entrepreneurs generally face a higher risk of financial failure as compared to wage earners, a broad fresh start policy in bankruptcy provides a necessary cushion to accommodate their increased financial vulnerability».

per l'attività d'impresa, dove la disponibilità del credito influenza in termini direttamente proporzionali la capacità produttiva e il costo aggregato dei fallimenti è ampiamente compensato dai guadagni derivanti dalle attività economiche sane⁴⁵.

L'esigenza di incentivare l'assunzione del rischio e di favorire il ricorso al credito, come momenti necessari all'avviamento delle attività economiche potenzialmente idonee a produrre ricchezza, sembra quindi giustificare un approccio liberale alla concessione dell'esdebitazione che si traduce nell'assenza di un'indagine sulle ragioni pratiche all'origine della crisi dell'impresa e nell'irrilevanza dell'eventuale negligenza dell'imprenditore⁴⁶, i cui errori e la cui imprudenza possono aver contribuito a determinare lo stato d'insolvenza⁴⁷.

⁴⁵ In questo senso cfr. C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy*, cit., 66 s.: «In the commercial or entrepreneurial model, debtors were expected and encouraged to take steps that involved a risk of economic failure corresponding to their prospects for economic success. Thus, when insolvency did occur it was regarded, absent dishonesty, as an acceptable price for the gains capable of being achieved by risk taking. In the entrepreneurial 'fresh start,' there was thus little reason to distinguish between *ex ante* (predefault) incentives to engage in risk taking and *ex post* (postdefault) incentives to return to productive activity. Both were useful and were usefully encouraged by the discharge».

⁴⁶ Come è noto, nell'ordinamento italiano, con la riforma della legge fallimentare del 2006, è stato modificato l'art. 181 l. fall. venendo meno il controllo di meritevolezza a cui era sottoposto il debitore nella procedura di concordato preventivo. Peraltro, si deve ricordare che secondo l'orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza l'indagine sulla meritevolezza del debitore non doveva essere intesa nel senso di un esame sulle qualità morali e sulla pregressa condotta di questi (come pure sostenuto, fra gli altri, da A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973, 24) bensì nel senso dell'idoneità del debitore alla ripresa dell'attività economica (U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, Torino, 1961, 1550). Secondo A. Bonsignori, *Il fallimento*, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, IX, Padova, 1986, 27 s., le legislazioni europee del XX secolo non sono state capaci di cogliere che l'insolvenza è perlopiù il risultato di una serie di concause dipendenti dalla macroeconomia, difficilmente prevedibili e non di una cattiva organizzazione aziendale, di speculazioni arrischiate o peggio di condotta dolosa dell'imprenditore. Da qui, l'Autore (p. 28) sostiene che «[...] il punto focale della questione non sta nell'individuazione della responsabilità del debitore nella causazione dell'insolvenza, il che può avere qualche rilievo solo nell'indagine sulla bancarotta fraudolenta, e neppure consiste nella ricerca delle cause dell'insolvenza [...], bensì nell'economica vitalità dell'impresa, oppure no. In altre parole, non ci si avvide che le crisi congiunturali implicavano un approccio al problema del dissesto dell'azienda ben diverso da quello tradizionale, rispetto al quale sussisteva soltanto il profilo, sia pure meramente negativo, dell'esclusione di qualunque misura a favore del decotto fraudolento, o in genere verso chi avesse approfittato della crisi per trarre benefici personali. Tuttavia più che ragioni di equità, considerazioni di carattere squisitamente commerciale, legate all'importanza economica e politica, sia di singole strutture aziendali, sia di complessi direttamente o indirettamente collegati a queste ultime, esigevano che si indagasse sulla possibilità di superamento della crisi, in un certo periodo di tempo e con gli opportuni interventi di rifinanziamento e di ristrutturazione aziendale».

⁴⁷ La sostanziale irrilevanza della diligenza adottata dagli amministratori nei processi decisionali trova, negli Stati Uniti, un fondamento più generale nel noto principio espresso nella c.d. *business judgment rule*, in forza del quale si presume che gli amministratori di una società di capitali abbiano assunto le loro decisioni in buona fede. Al fine di superare la presunzione relativa della buona fede e, conseguentemente, ritenere gli amministratori personalmente responsabili verso la società, è necessario provare il dolo o la colpa grave (*gross negligence*) non essendo sufficiente la prova della colpa lieve (*simple negligence*). Come è noto, questo prin-

Con una formula di sintesi e fissando un primo approdo di questa analisi si può affermare che l'istituto dell'esdebitazione, con riguardo all'attività d'impresa, deve essere spiegato attraverso il medesimo apparato logico e concettuale con cui è tipicamente giustificato per le società di capitali l'istituto della limitazione di responsabilità⁴⁸, di cui l'effetto esdebitatorio rappresenta un chiaro equivalente funzionale⁴⁹.

6. Spostando ora l'attenzione dall'attività d'impresa a quella di consumo, l'opportunità di plasmare l'istituto dell'esdebitazione in termini liberali e di assegnargli una funzione circolare (*ex ante*, come strumento d'incentivazione del rischio e, *ex post*, come rimedio allo stato di squilibrio finanziario) non sembra essere supportata da un altrettanto solido fondamento teorico.

Infatti, come la recente crisi finanziaria del 2008 ha esemplarmente mostrato, un ricorso eccessivo al credito al consumo e l'incentivazione di scelte finanziarie non coerenti con le proprie capacità patrimoniali determinano, dopo una prima fase di

cipio trova una sua giustificazione nell'esigenza di incentivare gli amministratori all'assunzione di scelte coraggiose seppure rischiose e di evitare che il timore di essere sottoposti ad azioni di responsabilità *ex post* paralizzi *ex ante* quello spirito di iniziativa imprenditoriale (c.d. *risk aversion*) fondamentale per il prosperare dell'economia generale. Sulla c.d. *business judgment rule* cfr., fra gli altri, R.R. Kraakman et. al., *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2004, 52; W.T. Allen, *The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule Under U.S. Corporate Law*, in *Comparative Corporate Governance*, a cura di K.J. Hopt, H. Kanda, M.J. Roe, E. Wymeersch, S. Prigge, Oxford, 1998, 307 ss. Per un esame della *business judgment rule* alla luce dell'ordinamento interno, cfr. A. Tina, *Lesonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, 44 ss.

⁴⁸ Con tutta evidenza, l'istituto dell'esdebitazione non incide direttamente sulla responsabilità patrimoniale bensì sul distinto momento della responsabilità personale del debitore, traducendosi in una limitazione del debito e non della garanzia generica. Tuttavia, è indubbio che, sul piano degli effetti, la liberazione del debitore dai debiti residui rappresenti un'opzione di fondo opposta al principio della responsabilità patrimoniale del debitore con tutti i suoi beni presenti e futuri.

⁴⁹ Infatti, sino ad una generale e diffusa possibilità di costituire una società a responsabilità limitata, nell'Inghilterra del XVIII secolo l'effetto della *discharge* all'interno della procedura di *bankruptcy* era proposto come equivalente funzionale della limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore. Sul punto cfr. G. Rojas Elgueta, *Lesdebitazione del debitore civile*, cit., 318. Che la limitazione della responsabilità patrimoniale sia un incentivo all'iniziativa economica e all'investimento rappresenta un argomento classico dell'analisi economica del diritto. Sul punto cfr. F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, *Limited Liability and the Corporations*, in *University of Chicago Law Review*, 52 (1985), 97; Id., *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge (Mass.), London, 1991, 41 ss.; R.A. Posner, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, in *University of Chicago Law Review*, 43 (1976), 501 ss. La dottrina nordamericana si è ampiamente soffermata sull'equivalenza fra esdebitazione e limitazione di responsabilità. Sul punto, cfr. C.J. Tabb, *The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge*, cit., 335; Id., *The Scope of the Fresh Start in Bankruptcy*, cit., 100; Id., *The Law of Bankruptcy*, Westbury, NY, 1997, 68; J. Cohen, *The History of Imprisonment for Debt and its Relation to the Development of Discharge in Bankruptcy*, in *Journal of Legal History*, 3 (1982), 160 ss.; T.J. Jackson, *The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law*, in *Harvard Law Review*, 98 (1985), 1400; D.G. Baird, T. J. Jackson, *Cases, Problems and Materials on Bankruptcy*, 2^a ed., Boston, 1990, 34.

crescita economica, una riduzione sistemica del potere d'acquisto dei consumatori ed una conseguente recessione della domanda di beni e servizi⁵⁰.

In altri termini, mentre per le attività economiche, volte alla produzione di ricchezza, è coerente introdurre, anche attraverso le norme del diritto privato⁵¹, una struttura di incentivazione al rischio, per l'attività di consumo, volta alla soddisfazione dei bisogni individuali, viene meno la ragione economica di favorire un ricorso al credito eccessivo considerato che, diversamente da quanto accade per le imprese, un maggiore ricorso al credito da parte dei consumatori non si traduce in un incremento della capacità di produrre reddito⁵².

Peraltro, come messo in evidenza dagli studiosi che hanno osservato il fenomeno del credito al consumo attraverso la lente della *behavioral law and economics*, l'eccesso di indebitamento è esasperato dagli errori cognitivi dei consumatori i cui processi decisionali rappresentano una tipica manifestazione della razionalità limitata (c.d. *bounded rationality*) propria dell'uomo "reale" che, diversamente dall'*homo oeconomicus*, non è sempre capace di selezionare il giusto livello di debito. Ne consegue che, anche da questo punto di osservazione, l'esdebitazione, se costruita in termini eccessivamente liberali, può produrre gravi inefficienze, posto che, per effetto della promessa di cancellare una parte dei debiti, i rischi percepiti dai debitori sono minori rispetto a quelli reali e questa "illusione cognitiva" falsa, nella fase pre-negoziabile, l'analisi costi-benefici del finanziamento⁵³.

⁵⁰ Il rapporto fra le teorie economiche neo-liberiste, la crescita esponenziale del ruolo della finanza e l'introduzione di regole volte a sostenere il mercato del credito al consumo è esemplarmente rappresentato da L. Elliot e D. Atkinson, *The Gods that Failed – How Blind Faith in Markets Has Cost Us Our Future*, New York, 2009; D. Harvey, *A Brief History of Neo-Liberalism*, Oxford, 2005. La diffusione nei paesi emergenti del modello di crescita economica basato sull'incentivazione dei consumi delle classi meno abbienti (c.d. "consumer economy") è esemplarmente rappresentato dal caso del Brasile dove fra il 2000 e il 2007 il numero di carte di credito è passato da 119 milioni a 413 milioni. Sul punto cfr. C. Lima-Marques e A.H. Benjamin, *Consumer Overindebtedness in Brazil and the Need for the New Consumer Bankruptcy Legislation*, in *Consumer Credit, Debt & Bankruptcy – Comparative and International Perspectives*, a cura di J. Niemi, I. Ramsay, W.C. Whitford, Oxford and Portland (Oregon), 2009, 55 ss., in particolare 57 e 60 s., dove il primo decennio del nuovo millennio è descritto come «a 'credit hangover' period, a time when these 'new' and poorer consumers cannot afford to pay their own debts, but they are still in the bank and credit card system as solvent clients». Sulla diffusione globale del fenomeno del sovraindebitamento e sul suo rapporto con le "soluzioni organizzative del nuovo capitalismo" cfr. anche D. Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy*, cit., 6 ss.

⁵¹ Sul diritto privato come tecnica di regolazione del mercato cfr. Aa.Vv., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e Andrea Zoppini, Bologna, 2009.

⁵² In questi termini, cfr., esemplarmente, C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy*, cit., 67.

⁵³ Per un'analisi dell'esdebitazione come istituto potenzialmente idoneo a esasperare la tendenza al sovraindebitamento degli individui e per una ricostruzione delle diverse posizioni espresse nella dottrina nordamericana cfr. G. Rojas Elgueta, *Lesdebitazione del debitore civile*, cit., 335 ss. La nozione di *bounded rationality* si deve a H.A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 69 (1955), 99 ss. L'assenza di razionalità nel debitore civile è stata messa in evidenza in particolare da S. Block-Lieb e E.J.

Preso atto che con riguardo all'attività di consumo il tradizionale approccio monistico all'istituto dell'esdebitazione⁵⁴, e con esso la sua struttura circolare, non è supportato da un valido fondamento economico, si impone di ripensare in termini autonomi la *ratio* dell'istituto e, alla luce di ciò, verificare l'opportunità di una disciplina dell'esdebitazione differente per la crisi dell'impresa e per il sovraindebitamento del consumatore⁵⁵.

7. La ricerca del fondamento razionale dell'esdebitazione con riguardo al sovraindebitamento dei consumatori impone dunque di distogliere l'attenzione dal tradizionale piano dell'incentivazione al ricorso al credito e di assumere come dato di particolare momento il fatto che l'attività di consumo sia oggi esposta ad un alto livello di rischio "sistemico", essendo inserita in dinamiche di mercato (ad es., il mercato immobiliare o quello del credito al consumo) che per lo più sfuggono al controllo dei singoli⁵⁶.

Una volta ammesso che il consumatore è inserito in meccanismi negoziali che favoriscono il determinarsi di una sua strutturale debolezza finanziaria⁵⁷, la cancellazione dei debiti residui può assumere un'evidente ragione pratica ogniqualvolta il sovraindebitamento non sia direttamente imputabile ad un suo comportamento negligente, divenendo conseguente interrogarsi se, in questi casi, sia più efficiente allocare il rischio in capo allo stesso debitore (secondo la logica della responsabilità

Janger, *The Myth of the Rational Borrower: Rationality, Behavioralism and the Misguided Reform of Bankruptcy Law*, in *Texas Law Review*, 84 (2006), 1481 ss.

⁵⁴ Cfr. *supra* paragrafo 4.

⁵⁵ C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy*, cit., 69, mette in evidenza come, negli Stati Uniti, la scelta sia stata quella di estendere all'attività di consumo l'istituto dell'esdebitazione negli stessi termini in cui è stato originariamente pensato per l'attività di impresa: «The congressional failure to significantly alter the terms of the discharge meant, of course, that the bankruptcy statute drafted as a regulation of commercial credit continued to operate, but in a significantly different world».

⁵⁶ Secondo D. Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy*, cit., 15 s.: «Un fattore che, negli anni più recenti, ha influenzato la diffusione del sovraindebitamento consiste nei mutamenti delle scelte di accumulazione della ricchezza familiare e di utilizzo della proprietà immobiliare, la quale diventa sempre più 'volatile' e lascia il consumatore esposto ai rischi del mercato; [...] A ciò si deve aggiungere il fattore di instabilità (e intrinseco rischio di depauperamento) che governa i mercati finanziari ai quali, pur in assenza delle sofisticate e necessarie competenze, i consumatori sono chiamati a rivolgersi anche in relazione a valutazioni attinenti alla pianificazione futura della propria assistenza e previdenza, affidate dal legislatore a scelte individuali e progressivamente sottratte al *welfare* nazionale». Sul rapporto fra sovraindebitamento e mercato del credito cfr. anche L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., 3 ss.

⁵⁷ P.J. Wallison, *The Bubble is Back*, in *The New York Times*, 6 gennaio 2014, A19 (disponibile alla pagina web http://www.nytimes.com/2014/01/06/opinion/the-bubble-is-back.html?_r=0, consultata l'ultima volta il 6.1.2014), spiega come i consumatori siano attratti dentro la bolla speculativa immobiliare dai meccanismi del mercato. In particolare, la possibilità di non versare alcun anticipo sul prezzo dei beni immobili determina la tendenza ad acquistare immobili sproporzionati rispetto alle proprie capacità patrimoniali e a assumere un conseguente maggior rischio.

patrimoniale universale di cui all'art. 2740 c.c.) o, piuttosto, trasferirlo in capo a soggetti che possono sopportarlo ad un costo più basso (secondo la logica dell'esdebitazione)⁵⁸.

Seguendo questa prospettiva, l'operazione concettuale proposta si traduce nel recuperare e rimettere al centro della procedura concorsuale il paradigma originario del debitore onesto ma sfortunato, il cui stato d'indebitamento, fisiologico nel momento della sua assunzione, è divenuto patologico a causa di uno shock esogeno (ad es., la perdita del posto di lavoro, la malattia o il divorzio) non imputabile ad una sua condotta colposa⁵⁹.

Sviluppando ulteriormente il ragionamento sino al secondo approdo di questo studio, si può dunque sostenere che l'esdebitazione, con riguardo al debito derivante dall'attività di consumo, si segnala quale equivalente funzionale, di natura privatistica, di un'assicurazione sociale⁶⁰.

In altri termini, in un momento storico in cui i tradizionali ammortizzatori sociali pubblicistici si contraggono a causa dei programmi di austerità imposti per il

⁵⁸ Per una specifica applicazione delle teorie sull'allocatione del rischio al diritto fallimentare, cfr. R.E. Scott, *Through Bankruptcy With the Creditors' Bargain Heuristic*, cit., 700 ss.; T.H. Jackson, R.E. Scott, *On the Nature of Bankruptcy*, cit., 164 ss.; R.E. Scott, *Conflict and Cooperation in Long Term Contracts*, in *California Law Review*, 75 (1987), 2012 ss. In generale, sul tema della distribuzione del rischio, è necessario rinviare ai fondamentali studi di G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts*, in *Yale Law Journal*, 70 (1961), 499 ss. e P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

⁵⁹ In sostanza, una volta individuata la causa efficiente dello stato di insolvenza del debitore civile nel verificarsi di un evento esogeno negativo, l'istituto della *discharge* si propone come rimedio idoneo a rispondere in modo adeguato alle manifestazioni patologiche di sovraindebitamento. Nella letteratura nordamericana si è messo in luce come l'interruzione del reddito, la malattia e il divorzio siano i casi statisticamente più significativi all'origine della *consumer bankruptcy*. In particolare, secondo T.A. Sullivan, E. Warren, J.L. Westbrook, *The Fragile Middle Class*, cit., 75, «Our data suggest that job-related income interruption is by far the most important cause of severe financial distress for middle-class Americans»; a pagina 141 si legge che «Medical science has flowered beyond the wildest dreams of earlier generations, yet sickness and injury remain a major threat to the economic health of every middle-class family. The two components of that threat – either of which can plunge a family from comfortable circumstances to financial collapse in a matter of months – are the spiraling cost of medical care and the loss of income because of accident, illness, or disability»; a pagina 173 si afferma che «both marital problems and financial difficulties may arise from the same sources of trouble. Once financial and marital problems have developed, they are likely to reinforce each other. The interaction is often fatal both to the marriage and to the balance sheet».

⁶⁰ Sulla *bankruptcy discharge* come equivalente funzionale di una *social insurance* cfr., fra gli altri, A. Feibelman, *Defining the Social Insurance Function of Consumer Bankruptcy*, cit., 130 ss., in particolare, nota 2, e pp. 134, 158 e 180; R.M. Hynes, *Non-Procrustean Bankruptcy*, in *University of Illinois Law Review*, 2004, 330; R.A. Hillman, *Contract Excuse and Bankruptcy Discharge*, cit., 122; J.B. Braucher, *Consumer Bankruptcy as Part of the Social Safety Net: Fresh Start or Treadmill?*, in *Santa Clara Law Review*, 44 (2004), 1065 ss., in particolare, 1067, dove si mette in evidenza come la tendenza europea ad introdurre l'esdebitazione negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso debba essere intesa come una reazione alla contrazione dello stato sociale, incapace di fare fronte alla crescita esponenziale del sovraindebitamento delle famiglie. Sul punto, cfr. anche D. Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy*, cit., 90 ss.

controllo del debito pubblico, le norme del diritto privato sono chiamate ad assolvere una funzione di supplenza, offrendo, attraverso il beneficio esdebitatorio, un importante strumento di protezione sociale.

Cercando un criterio orientante del ragionamento svolto, si può dunque sostenere che se con riguardo all'attività d'impresa l'esdebitazione si propone quale equivalente funzionale della responsabilità limitata⁶¹, con riguardo all'attività di consumo essa muta profondamente i propri tratti essenziali, offrendosi al sistema quale equivalente di un'assicurazione sociale.

8. L'aver scomposto la *ratio* dell'esdebitazione in due distinte e autonome ragioni pratiche relative, rispettivamente, alla crisi delle imprese e al sovraindebitamento dei consumatori, consente di verificare la coerenza sistematica della recente legge n. 3/2012 dove, come in precedenza illustrato, l'effetto esdebitatorio ha trovato una sua precipua disciplina con riguardo al debitore consumatore⁶².

In particolare, in forza dell'art. 12-*bis*, comma 3, l. n. 3/2012, al giudice è affidato il compito di verificare che il consumatore non abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere o che non abbia colposamente determinato lo stato di sovraindebitamento per mezzo di un ricorso al credito al consumo non proporzionato rispetto alle proprie capacità patrimoniali.

In sostanza, il legislatore italiano, coerentemente al modello adottato dai paesi scandinavi⁶³, ha voluto escludere l'accesso alla procedura di "piano del consumatore", come visto sottratta al controllo della classe creditrice⁶⁴, a quei consumatori che abbiano contratto obbligazioni che, per il loro ammontare, non potevano ragionevolmente essere adempiute o abbiano contratto, attraverso la somma di diverse obbligazioni, ciascuna di per sé non irragionevole, un livello di debito complessivo squilibrato rispetto al proprio patrimonio.

Con tutta evidenza, attraverso tale opzione legislativa, la legge sul sovraindebitamento, prendendo le distanze dal sistema monistico nordamericano sopra descritto⁶⁵, ha voluto recuperare quale elemento della procedura concorsuale del consumatore la dimensione soggettiva della diligenza e della non imputabilità del sovraindebitamento⁶⁶. Ciò, diversamente da quanto già sostenuto da una parte della dottrina con ri-

⁶¹ Cfr. *supra* paragrafo 5.

⁶² Cfr. *supra* paragrafo 3.

⁶³ Sul punto cfr. G. Rojas Elgueta, *L'esdebitazione del debitore civile*, cit., 345 ss.

⁶⁴ Cfr. *supra* paragrafo 3 e Tribunale Ordinario di Pistoia, 28.2.2014.

⁶⁵ Cfr. *supra* paragrafo 4.

⁶⁶ In altri termini, si potrebbe sostenere che mentre negli Stati Uniti si è estesa al consumatore la logica della *business judgment rule* (cfr. *supra* nota 47), in forza della quale si esclude l'indagine sulla ragionevolezza delle scelte poste in essere dagli amministratori delle società, il nostro ordinamento, nella recente riforma sul sovraindebitamento, ha resistito alla tentazione di introdurre una regola che, nel riconoscere il beneficio

guardo al requisito di meritevolezza di cui all'art. 181 l. fall. pre-riforma⁶⁷, non deve essere spiegato alla luce di un'aspirazione etica dell'ordinamento, ma trova il suo fondamento in un'esigenza di complessiva efficienza del sistema che si coglie riconducendo l'istituto dell'esdebitazione dei consumatori dentro la prospettiva concettuale del diritto assicurativo.

Infatti, una volta escluso che l'esdebitazione sia volta ad incentivare il ricorso al credito al consumo⁶⁸ ed accolta l'idea che essa sia diretta a proteggere i consumatori contro il rischio di un sovraindebitamento determinato da un evento esogeno avverso (c.d. sovraindebitamento passivo)⁶⁹, risponde alla logica complessiva del sistema negare il pagamento di un "capitale assicurato" (la cancellazione dei debiti residui) per il caso in cui lo stesso consumatore abbia concorso, con dolo o colpa grave (cfr. art. 1900 c.c.), alla causazione dell'"evento assicurato" (lo stato di sovraindebitamento)⁷⁰.

Il carattere di assicurazione sociale, contro il sovraindebitamento passivo dei consumatori, dell'effetto esdebitatorio giustifica, infine, la scelta del legislatore italiano di rimettere ad un organo pubblico indipendente, il Tribunale, e non ai creditori, la decisione sulla concessione di un beneficio il cui costo è distribuito sulla collettività⁷¹. Infatti, per le ragioni che si è cercato di esporre in questo studio, la fattispecie

esdebitatorio quale effetto automatico della procedura, si traduce in una sorta di *consuming judgment rule*. Come messo in evidenza da J.B. Braucher, *Consumer Bankruptcy as Part of the Social Safety Net*, cit., 1067: «Europeans typically regard bankruptcy as an occasion for social work to preserve and extend the social welfare system. They tend to believe that debtors in over their heads should learn to live at a subsistence level while repaying debts and avoiding quick reentry into the credit system. By comparison, personal bankruptcy in America recycles debtors back into the consumer credit system almost immediately». Sul rapporto fra inadempimento, inesigibilità della prestazione e teoria generale cfr. la recente ricostruzione di L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., 208 ss.

⁶⁷ Cfr. *supra* nota 46.

⁶⁸ Cfr. *supra* paragrafo 6.

⁶⁹ Cfr. *supra* paragrafo 7. D. Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy*, cit., 10 ss. distingue fra indebitamento c.d. attivo, che comprende i casi in cui il ricorso al credito «risulti frutto di spese affrontate per mero effetto di c.d. condizionamenti ambientali, tipici dei modelli sociali di consumerismo immaturo» e indebitamento c.d. passivo, che risulta determinato da «eventi imprevisi e non voluti».

⁷⁰ C.G. Hallinan, *The "Fresh Start" Policy*, cit., 103 s., mette in evidenza i punti di convergenza fra l'istituto dell'esdebitazione e i meccanismi tipici di una polizza assicurativa. A p. 108 s., l'Autore sottolinea come l'approccio nordamericano alla *discharge* devii significativamente dalla logica assicurativa nella parte in cui non esclude il beneficio esdebitatorio per coloro che hanno concorso a determinare il sovraindebitamento attraverso un comportamento negligente. Nello stesso senso cfr. A. Feibelman, *Defining the Social Insurance Function of Consumer Bankruptcy*, cit., 143, dove si sottolinea come il modello liberale della *discharge*, proprio degli Stati Uniti, non consente di mitigare il c.d. *moral hazard*, problema tipico delle dinamiche assicurative. R.A. Hillman, *Contract Excuse and Bankruptcy Discharge*, cit., 134, tracciando un parallelismo tra non imputabilità dell'inadempimento per impossibilità sopravvenuta ed esdebitazione, sottolinea l'importanza di recuperare la dimensione della colpa nella *consumer bankruptcy*.

⁷¹ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 78, scrive: «i problemi di giustizia sociale vanno risolti all'esterno del mercato, attraverso misure fiscali, offerte di servizi pubblici e politiche economiche». Per una rassegna delle procedure concorsuali c.d. concordate e di quelle c.d. autoritative in altri ordinamenti, cfr. L.

dell'esdebitazione dei consumatori non si risolve nei rapporti interni, di natura obbligatoria, fra il debitore e la classe creditrice ma coinvolge un interesse più alto, di natura pubblicistica, consistente nella protezione sociale dei soggetti onesti ma sfortunati.

Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., 308 ss. La tensione fra interessi privati e interessi pubblici nei procedimenti concorsuali è descritta da A. Bonsignori, *Il fallimento*, cit., 117 ss. Sul punto cfr. anche L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 68 ss. e F. Di Marzio, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, cit., 13.

Difese e decisioni

CORTE APPELLO NAPOLI, sez. I, 24 aprile 2013, n. 57
Presidente dott. Vito Frallicciardi – Estensore dott. Paolo Celentano
Eav Bus s.r.l. in liquidazione c. Curatela del fallimento
della Eav Bus in liquidazione + altri

In difetto di specifici dati normativi, idonei a giustificare la qualificazione delle società in mano pubblica come enti pubblici, esse non possono essere escluse dall'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Diritto – L'art. 1, co. 1, l.f. esclude espressamente gli *enti pubblici*, pur se esercenti un'impresa commerciale (cioè pure i ccdd. *enti pubblici economici*), dall'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo e dunque – stante quanto disposto dall'art. 2 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 – anche da quello delle disposizioni in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Non fornisce però la nozione di ente pubblico cui fa riferimento, così consentendo di ipotizzare che questa possa comprendere anche soggetti che non sono qualificati formalmente come tali dalla legge, se ciò non fosse da un'altra legge espressamente vietato.

Nel trattare la questione – da qualche anno venuta alla ribalta giudiziaria come conseguenza della crisi economico-finanziaria che affligge il Paese – dell'assoggettabilità alle disposizioni concernenti le citate procedure concorsuali delle ormai numerosissime società di capitali o cooperative che presentano un *tasso di pubblicità* elevato (giacché evidentemente quanto meno maggiore di quello dato dalla mera partecipazione al loro capitale sociale di un ente pubblico), la dottrina e la giurisprudenza più recenti spesso invero trascurano di considerare che, proprio per porre un freno all'incontrollata proliferazione di enti pubblici, la legge 20 marzo 1975, n. 70, dispose la soppressione di tutti gli enti pubblici esistenti alla data della sua entrata in vigore, fatte salve le sole eccezioni dalla stessa specificamente indicate, al contempo vietando – con il suo mai, almeno esplicitamente, abrogato art. 4 – l'istituzione o il riconoscimento di nuovi enti pubblici mediante atti non aventi forza di legge (“*nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge*”).

Né, ad avviso di questo Collegio, questo generale e perentorio divieto può ritenersi superato (*rectius*: implicitamente abrogato) dalle non poche disposizioni legislative varate negli ultimi anni, soprattutto sotto la spinta del legislatore comunita-

rio, che hanno accolto, ma chiaramente solo per definire il loro proprio ambito soggettivo di applicazione, una *nozione ampia e sostanzialistica di ente pubblico* (o di organismo di diritto pubblico o di pubblica amministrazione, ecc.), in modo tale da farvi rientrare anche almeno una parte – più o meno ampia a seconda dei casi, a conferma della loro portata settoriale – di quegli enti giuridici che vengono comunemente definiti *società pubbliche*, senza peraltro che vi sia concordia sulla relativa nozione [omissis].

Anzi, a ben vedere, proprio queste disposizioni legislative di carattere settoriale costituiscono la migliore dimostrazione dell'esigenza e dell'intento del legislatore di attrarre solo a determinati effetti nella sfera del diritto pubblico soggetti che generalmente orbitano e che sono dunque destinati, per il resto, a rimanere nella sfera del diritto privato, giacché l'art. 4 della legge n. 70 del 1975 vieta che possano essere qualificati enti pubblici, e dunque, piuttosto che implicare la tacita abrogazione di questo divieto, ne postulano la perdurante vigenza.

[omissis]

Sostanzialmente in linea con queste considerazioni è la giurisprudenza della Corte di cassazione che è [omissis] costante nell'affermare che, in linea generale, una società non muta la sua natura di soggetto di diritto privato sol perché un ente pubblico è titolare di una parte o della totalità del suo capitale e possono in tal modo, indirettamente, influenzarne le scelte organizzative ed operative secondo le regole proprie del diritto societario, pur se sulla base di determinazioni adottate dai loro organi secondo le regole proprie del diritto amministrativo [omissis].

D'altronde, nemmeno sussistono concreti dati normativi che possano autorizzare a ritenere che le società in mano pubblica possano, in tutti od in alcuni casi, essere considerate enti pubblici (anche) ai limitati effetti della loro esclusione dall'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, salvo, ovviamente, il caso in cui non svolgano un'attività commerciale. [omissis]

Al contrario di quanto affermato dalla reclamante, la tesi che vuole escluse dall'ambito soggettivo di applicabilità delle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi le società in mano pubblica, almeno al ricorrere di alcune condizioni da precisare, prima fra tutte quella dello svolgimento da parte di una tale società di un servizio pubblico essenziale, è tutt'altro che consolidata in giurisprudenza, non essendo mai stata chiaramente accolta dalla Corte di cassazione ed essendo difficile dire quanto sia effettivamente diffusa nella giurisprudenza di merito, l'effettiva pubblicità dei suoi arresti essendo purtroppo, com'è noto, ancora assai limitata ed affidata a canali informativi il cui accesso ai dati rilevanti certamente non è improntato ai canoni delle scienze statistiche. [omissis]

La società che svolge un servizio pubblico, essenziale o non, sia o meno in mano pubblica, non ne ha mai la titolarità, che spetta invece sempre ad un ente pubblico, il quale può, nei limiti stabiliti dalla legge, decidere discrezionalmente se svolgere il servizio pubblico di cui è titolare direttamente ovvero indirettamente, affidandolo a soggetti privati o ad una società di cui sia l'unico socio od uno dei soci, che non diviene perciò un ente pubblico, né a tutti gli effetti, né ai limitati fini della sua inassoggettabilità al fallimento, al concordato preventivo ed all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ma semmai, a seconda dei casi, ad altri limitati fini, rimanendo, per il resto, governata dalle regole del diritto privato e, per quel che qui rileva, in particolare di quelle che connotano lo statuto degli imprenditori commerciali privati. [*omissis*]

L'eventuale fallimento della società in mano pubblica che svolge un servizio pubblico essenziale, anche quando di questo sia affidataria esclusiva, non impinge nell'indisponibilità degli interessi pubblici che quel servizio è volto a soddisfare, ma impone, da un canto, all'ente pubblico che di tali interessi è titolare di trovare una soluzione alternativa ai fini della loro soddisfazione e, dall'altro, agli organi del fallimento di procedere alla liquidazione delle attività fallimentari nel rispetto dei limiti generalmente stabiliti dalla legge al fine di assicurare la continuità del servizio pubblico già affidato alla società fallita.

Le società pubbliche possono fallire: principi, regole ed eccezioni (commento a Corte di Appello Napoli, sez. I, 24 aprile 2013, n. 57)

di Luigi Cesaro¹

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. I termini della questione: il regime applicabile alle società pubbliche e la soggezione a fallimento. – 2.1. La posizione della giurisprudenza di legittimità. – 2.2. Il dibattito sulla fallibilità delle società pubbliche: tesi a confronto. – 3. La posizione della Corte di Appello di Napoli. – 4. Argomenti che confermano la tesi della fallibilità delle società pubbliche. – 4.1. Criticità delle tesi favorevoli all'esenzione dal fallimento. – 4.2. La fallibilità delle società pubbliche: punto di equilibrio tra esigenze di coerenza ordinamentale e scelte legislative. – 5. L'eccezione alla regola generale della fallibilità delle società pubbliche. – 6. La tesi dei giudici palermitani sulla non fallibilità delle sole società in house. – 7. Riflessioni conclusive: l'esenzione dal fallimento opera solo per le società in house, sua ratio.

1. Considerazioni preliminari

La sentenza della Corte di Appello di Napoli² affronta il controverso ma attuale tema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica, offrendo nuovi spunti di riflessione che rinvigoriscono il già acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale³.

Più in particolare, la questione di fondo concerne la possibilità di estendere l'esenzione dalle procedure concorsuali prevista per gli enti pubblici dall'art. 1 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, anche alle società da detti enti partecipate.

L'esaminanda pronuncia ha dato una soluzione negativa a tale interrogativo in quanto ha confermato il fallimento di Eav bus s.r.l. ("Eav")⁴, società totalmente partecipata dalla Regione Campania, la quale era affidataria dello svolgimento e

¹ Dottore di ricerca in Istituzioni, diritto ed economia dei servizi pubblici presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".

² Corte Appello Napoli, I sez. civ., 24 aprile 2013, n. 57.

³ Per un quadro dei diversi orientamenti espressi sul tema, sui quali compiutamente ci si soffermerà in seguito, si veda L.E. Fiorani, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 532..

⁴ Fallimento dichiarato dal Tribunale di Napoli con provvedimento n. 308 del 14 novembre 2012.

della gestione dei servizi di trasporto automobilistico e autofilotraviario sul territorio regionale.

Ci si soffermerà più diffusamente in seguito sulle argomentazioni alla base di tale decisione; tuttavia è agevole comprendere come la questione della fallibilità produca rilevanti effetti non soltanto sul piano teorico bensì anche pratico.

Infatti, il fallimento di Eav ha prodotto notevoli conseguenze legate alla necessità di garantire la continuità del servizio pubblico di trasporto e alla difficoltà di risanare il conseguente dissesto economico.

Ora, il caso concreto portato al vaglio della Corte Appello Napoli appare emblematico, ad avviso di chi scrive, dell'anomalia del "sistema Italia", spesso caratterizzato da un abuso nel ricorso al modulo societario da parte degli enti pubblici, rivelatosi fonte di scompensi economici di enorme portata⁵.

Prima di affrontare più da vicino i termini del dibattito, giova premettere che il fenomeno delle società pubbliche costituisce, per usare un'autorevole definizione⁶, una *no man's land*, ossia un territorio dai confini incerti, a cavallo tra diritto privato e diritto pubblico, in cui risulta estremamente difficile orientarsi.

Tale difficoltà è avvertita non solo dagli interpreti ma anche dal Legislatore che ha, infatti, da sempre mostrato un atteggiamento troppo timido nei confronti delle società partecipate dagli enti pubblici, limitandosi a dettare disposizioni frammentarie e occasionali⁷, le quali denotano assoluta mancanza di una visione di insieme del fenomeno.

⁵ A titolo meramente esemplificativo, si consideri che soltanto nel campo del trasporto pubblico locale gli affidamenti diretti a società pubbliche hanno determinato, sin dal 2010, perdite dell'ordine di mezzo miliardo di euro, nonché il fallimento di diverse società pubbliche a causa di bilanci totalmente dissestati, come riportato in numerose occasioni dalla più qualificata stampa di settore, e come certificato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella segnalazione al Governo e al Parlamento del 2 ottobre 2012. L'Autorità ha segnalato che una parte davvero significativa delle società *in house* operanti nei servizi pubblici locali risulta in netta perdita economica: la percentuale di tali società in perdita era pari nel 2005 al 38,69%, nel 2006 al 36,95%, nel 2007 al 37,63% (cfr. Corte dei Conti, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Comuni e Province*, deliberazione n. 14/AUT/2010/RFG del 30 giugno 2010). Ma, quel che più conta, ha osservato l'Autorità, è che solo il 40% dei servizi di gestione dei rifiuti (raccolta e trasporto) e il 51% dei servizi di trasporto pubblico locale risultano affidati all'esito di una procedura ad evidenza pubblica.

⁶ R. Rodorf, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Le società*, 4, 2005, pag. 423.

⁷ Si ricorda che il Legislatore dedica alle società partecipate soltanto due disposizioni del codice civile (artt. 2449 e 2450 c.c.); per il resto la disciplina è contenuta in disposizioni sparse in normative speciali. A titolo meramente esemplificativo si possono citare il Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 26, d.lgs. 163/2006) che impone il rispetto della normativa sugli appalti pubblici a qualsiasi organismo, anche in forma societaria, che risponda alla nozione di "organismo di diritto pubblico"; e l'art. 22 della L. n. 241/1990 che estende la disciplina sull'accesso agli atti ad una nozione allargata di pubblica amministrazione, inclusiva di tutti i soggetti di diritto pubblico e di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

Come noto, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, si è assistito ad una proliferazione incontrollata di società pubbliche, frutto del processo di trasformazione degli enti pubblici in soggetti privati.

Processo che si è risolto, nella maggior parte dei casi, in una privatizzazione meramente formale più che sostanziale, in cui il ricorso al modello societario da parte degli enti pubblici ha costituito uno strumento per creare e mantenere diffusi privilegi, in deroga al fondamentale principio di concorrenza tra imprese e di trasparenza nella gestione delle risorse pubbliche, con effetto elusivo dei c.d. patti di stabilità ovvero delle regole di contabilità pubblica.⁸

Ne consegue che il tema della esenzione dal fallimento delle società pubbliche, affrontato dalla decisione che ci si appresta ad esaminare, si intreccia inevitabilmente con altri interrogativi di fondo del nostro ordinamento e impone una più ampia riflessione sui limiti e sulla legittimità della partecipazione di soggetti pubblici a società di capitali.

Tali preliminari considerazioni costituiscono, dunque, ulteriore ragione per interrogarsi sui termini della questione e sulle possibili soluzioni.

2. I termini della questione: il regime applicabile alle società pubbliche e la soggezione a fallimento

2.1. La posizione della giurisprudenza di legittimità

Prima di esaminare le tesi espresse dalla dottrina e dai giudici di merito in ordine al problema dell'assoggettabilità o meno alle procedure concorsuali delle società in mano pubblica, appare utile richiamare i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in tema di società per azioni a partecipazione pubblica.

La Suprema Corte di Cassazione da tempo si è espressa nel senso che dette società non mutano la loro natura di soggetti privati solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, Regione) ne posseggono le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende delle medesime, la persona dell'azionista, dato che siffatte società, quali persone giuridiche private, operano "*nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico*".⁹

In buona sostanza, il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, non potendo l'ente incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi

⁸ Come da tempo avvertito dalla dottrina: cfr. F. Santonastaso, *Riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 1, pag. 244.

⁹ Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2005, n. 7799, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 21, 27, che richiama i precedenti della Corte, Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Foro it.*, 1996, 1363; Cass. civ. sez. un. 6 giugno 1997, n. 5085, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 933; Cass. civ., sez. un., 26 agosto 1998, n. 8454, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 2024.

e discrezionali. Ciò in quanto la legge non prevede alcuna deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali¹⁰.

Non sono mancate, tuttavia, pronunce che, apparentemente discostandosi dall'indirizzo soprariportato, hanno ritenuto applicabili alle società pubbliche, o comunque attive in settori di pubblico interesse, determinate discipline pubblicistiche. Ad esempio, si è riconosciuto sussistere la giurisdizione della Corte dei Conti in relazione a fattispecie di danno erariale cagionato da società beneficiarie dell'erogazione di fondi pubblici¹¹. Ed ancora, la Suprema Corte, nel risolvere la questione di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, ha affermato che sussiste la giurisdizione contabile nel caso in cui la condotta illecita degli amministratori abbia cagionato un danno direttamente a carico del socio-ente pubblico, mentre se è stato arrecato un danno al patrimonio sociale l'azione di risarcimento ricade nella giurisdizione ordinaria.¹²

¹⁰ Da ultimo, in tal senso, Cass. civ., Sez. Un., 5 aprile 2013 n. 8352, in *Foro amm. – C.d.S.* (II), 2013, 7-8, 1836, secondo cui le poche disposizioni del codice civile che si occupano di dette società non valgono a configurare uno statuto speciale per esse, salvo che per i profili connessi alla nomina e revoca degli organi sociali ivi contemplati.

¹¹ Cass. civ., Sez. Un., 1 marzo 2006, n. 4511, in *Foro it.*, 2006, 6, 1, 1734, afferma che ciò che rileva ai fini della giurisdizione contabile per danno erariale non è la qualità del soggetto, ma la natura del danno e degli scopi perseguiti; pertanto, ove il privato, destinatario di un atto di concessione di contributi, incida per sue scelte negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla p.a. concedente i contributi, e, conseguentemente, determini uno sviamento dalle finalità da perseguire, egli realizza un danno per l'ente pubblico di cui deve rispondere dinanzi alla Corte dei conti. Più di recente, si veda Cass. civ., sez. un., 1 luglio 2014, n. 15594, non ancora pubblicata.

¹² Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Foro it.*, 2010, 5, I, 1473. La pronuncia precisa che va esclusa la giurisdizione della Corte dei conti, dovendosi invece affermare la giurisdizione del giudice ordinario, nel caso di responsabilità degli amministratori di società di diritto privato partecipate da un ente pubblico, atteso che tali società non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico. La scelta della p.a. di acquisire partecipazioni in società private implica, infatti, il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta. Rientra invece nella giurisdizione della Corte dei conti l'azione di responsabilità per il danno arrecato all'immagine dell'ente da organi della società partecipata. Infatti, tale danno, anche se non comporta apparentemente una diminuzione patrimoniale alla pubblica amministrazione, è suscettibile di una valutazione economica finalizzata al ripristino del bene giuridico leso. Tale conclusione è stata poi confermata dalla decisione "fotocopia" 15 gennaio 2010, n. 519, delle stesse Sezioni Unite (in *Giust. Civ.*, 2010, 11, I, 2497), la quale ha sottolineato che si esercita attività amministrativa non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono le finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica, mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato; con la conseguenza che, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione, e non più dal quadro di riferimento – pubblico o privato – nel quale si colloca la condotta produttiva del danno (Cass. civ. sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973, in *Foro it.*, 2005, I, 2674; Cass. civ., sez. un., 20 giugno 2006, n. 14101, in *Foro it.*, 2007, 2, I, 486; Cass. civ., sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511, cit.; Cass. civ., sez. un., 15 febbraio 2007, n. 3367, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 2).

Le citate pronunce, nel prevedere l'applicazione di norme pubblicistiche alle società partecipate, non paiono porsi in contrasto con il principio giurisprudenziale sopra riportato e costantemente enunciato dalla Cassazione, secondo cui una società non muta la sua natura in soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto in parte, il capitale sociale.

Esse, infatti, si limitano a prevedere la soggezione delle società pubbliche alla disciplina pubblicistica solo per determinati aspetti e a determinati fini, chiaramente dettati da interessi di natura pubblica, ferma l'applicazione del regime generale delle società per azioni per tutto quanto non diversamente previsto¹³.

Proprio in questa logica, in materia fallimentare la Suprema Corte ha affermato che una società per azioni il cui statuto non evidenzia poteri speciali di influenza ed ingerenza dell'azionista pubblico, ulteriori rispetto agli strumenti previsti dal diritto societario, ed il cui oggetto sociale non contempli attività di interesse pubblico da esercitarsi in forma prevalente, comprendendo, invece, anche attività di impresa pacificamente esercitabili da società di diritto privato, non perde la qualità di soggetto privato – e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale fallibile – per il fatto che essa, partecipata da un ente pubblico, svolga anche funzioni amministrative di competenza di quest'ultimo.¹⁴

Facendo applicazione di siffatti principi, la Cassazione è pervenuta ad escludere la soggezione al fallimento soltanto di quelle società che hanno quale oggetto sociale esclusivo un servizio tramite il quale l'Ente pubblico raggiunge scopi istituzionali.

Sulla scia di tali sentenze si pone anche la recente Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2013, n. 10299, in *Le società*, 8-9, 2013, 974, con nota di F. Fimmanò, *La giurisdizione sulle società pubbliche*,

¹³ È quanto ad esempio affermato con riferimento alla RAI s.p.a. da Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28329, in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 320, la quale ha precisato che tale società è regolata secondo il regime generale delle società per azioni, sebbene: a) sia un'impresa pubblica, (sotto forma societaria, in cui lo Stato ha una partecipazione rilevante) operante nel settore dei servizi pubblici di telecomunicazione radio e televisive in concessione; b) sia assoggettata ai poteri di vigilanza e di nomina da parte dello Stato e costituita per finalità di interesse generale; c) sia da qualificare come "organismo di diritto pubblico", tenuto ad osservare le norme comunitarie di evidenza pubblica, nonché le rispettive norme interne attuative, per la scelta dei propri contraenti.

¹⁴ Cass. civ., sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Giust. Civ.*, 2013, 1, I, 93, che pone a fondamento della decisione le seguenti considerazioni: i) le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettate a fallimento indipendentemente dall'esercizio effettivo di siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività di impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale; ii) la soggezione al potere di vigilanza e di controllo pubblico non rileva ai fini dell'esclusione dal fallimento di una società partecipata, riguardando detta vigilanza l'attività operativa della società nei confronti dell'ente pubblico partecipante e controllante, ma non certo i suoi rapporti coi terzi e le responsabilità che ne derivano per la società stessa. Per un approfondimento cfr. L. Balestra, *Concordato, assoggettabilità delle società partecipate da enti pubblici e prededucibilità del finanziamento dei soci*, in *Il Fallimento*, 10, 2013, pag. 1273 e ss.

La soluzione favorevole alla fallibilità delle società pubbliche è stata ribadita dalla Suprema Corte in una recente pronuncia¹⁵ nella quale si è chiarito, attraverso un rigoroso *iter* argomentativo in linea con i principi prima richiamati, che la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali – e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico – comporta che queste ultime assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dell'ordinamento (attesa, peraltro, la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e modalità).

2.2. Il dibattito sulla fallibilità delle società pubbliche: tesi a confronto

Se la giurisprudenza di legittimità esprime, come appena visto, una soluzione univoca sul regime applicabile alle società partecipate dagli enti pubblici, più frammentario, invece, si presenta il panorama delle soluzioni interpretative proposte dalla giurisprudenza di merito e dalla dottrina.

In particolare, nell'attuale dibattito sul tema della fallibilità delle società pubbliche si registrano due contrapposti orientamenti.

Un primo orientamento, c.d. privatistico¹⁶, è favorevole alla assoggettabilità al fallimento delle società pubbliche, evidenziando che, in tali casi, ad essere pubblico è il soggetto che detiene tutta o parte rilevante del capitale, non l'ente stesso che resta pur sempre una società di diritto comune e, quindi, fallibile, ove ne ricorrano i presupposti.

In tale prospettiva, ad esempio, la Corte di appello di Napoli, in una sentenza antecedente a quella in esame, ha evidenziato che il “*rilievo pubblico di alcune società strutturate in forma privatistica permette l'applicazione di determinati istituti di natura*

¹⁵ Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, in *Giust. Civ. Mass.* 2013.

¹⁶ In giurisprudenza, vedi Cass. civ., 10 gennaio 1979, n. 58; Tribunale Palermo 11 febbraio 2010 e Tribunale Velletri 8 marzo 2010, le cui massime sono riportate da Salvato, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Diritto Fallimentare*, 2010, I, 619-620; Corte appello Napoli, sez. I, 15 luglio 2009, n. 2009, in *Il Fallimento* 2009. Nello stesso senso anche Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*. In dottrina, F. Galgano, *Art. 1*, in *Legge fallimentare*, Commentario Scialoja-Branca, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, I, Bologna, 1974, pag. 90; R. Rodorf, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Le società*, cit.; Romagnoli, *Le società degli enti pubblici, problemi, e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, pag. 478; Nigro-Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, pag. 59; A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, pag. 15; Salvato, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, cit., pag. 634; S. Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Diritto Fallimentare*, 2010, I, pag. 438; Fauceglia, *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da U. Apice, Torino, 2010, pag. 36; F. Fimmanò, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche, ordinamento crisi e insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011, 11; L.E. Fiorani, *Società pubbliche e fallimento*, cit.

*pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l'ente come pubblico e di sottrarlo alla ordinaria disciplina codicistica. Ne consegue che se, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che prevede l'applicabilità alla società in mano pubblica dell'esenzione dal fallimento propria degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato*¹⁷.

A tale indirizzo privatistico si contrappone l'orientamento pubblicistico, il quale sostiene che, in presenza di alcuni "indici sintomatici", una società in mano pubblica può essere (ri)qualificata come ente pubblico e come tale ricondotto tra i soggetti esclusi dal fallimento ai sensi dell'art. 1 della legge fallimentare¹⁸.

Questa impostazione aderisce alla teoria degli indici sintomatici elaborata dalla giurisprudenza amministrativa che reputa la forma societaria neutra e l'ente societario quale mezzo e strumento per la realizzazione delle politiche e delle finalità dal legislatore dettate all'amministrazione. Tale teoria afferma che la qualificazione di un ente, formalmente avente veste societaria, va operata caso per caso, dando prevalenza alla sostanza sulla forma, avendo riguardo sia al carattere strumentale dell'ente rispetto alle finalità pubblicistiche sia al ricorrere di una disciplina derogatoria che evidenzia una deviazione rispetto alle regole organizzative proprie del diritto societario comune, così da verificare se ci si trovi di fronte ad un caso di privatizzazione solo formale dell'esercizio di pubbliche funzioni.¹⁹

Aderiscono a tale soluzione due sentenze del 2009 del Tribunale di S. Maria Capua a Vetere, le quali hanno affermato il medesimo principio, ossia che una società in mano pubblica, laddove ricorrano determinati elementi sintomatici, pur avendo natura formalmente privata, è da considerare soggetto pubblico, quindi non sotto-

¹⁷ Corte d'appello di Napoli, n. 2009/2009, cit.

¹⁸ E. Cicconi, *Società legali e società pubbliche: due sperienze sintomatiche*, in *Quaderni giuridici d'impresa*, 1992, I, p. 5; C. Ibba, *Le società legali*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 370 ss; V. Cerulli Irelli, *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico economico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, 1994, p. 97; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 528.

¹⁹ Cons. Stato, 31 gennaio 2006, n. 308, in *Dir. Giust.*, 2006, 11, pag. 94, secondo cui talvolta l'ente viene ad esercitare sulla società controllata un potere gestionale discrezionale e totalizzante tale da "incidere in misura decisiva su quel parametro della "autonomia imprenditoriale" che, pur avendo consentito a questo Consiglio in sede consultiva di considerare la società di cui si tratta come "completamente estranea alla pubblica amministrazione" (Cons. St., sez. III, n. 2342/03), si rivela invece, ad una attenta analisi, quasi inesistente". In tali casi, ad avviso del Consiglio di Stato, si versa in una ipotesi di "traslazione delle istituzionali funzioni amministrative in favore di un nuovo soggetto, che lo schermo formale del diritto privato non può valere a sottrarre ai precisi vincoli pubblicistici derivanti dalla posizione di subordinazione alla legge, che spetta all'attività amministrativa". Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro it.* 2002, III, 425; Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Foro it.* 2003, III, 205. E, più recentemente, Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2010, n. 5379, in *Foro amm. - C.d.S.* 2010, 11, 2943; Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122, in *Foro amm. - C.d.S.* 2013, II, 3, 814.

posta alla normativa fallimentare, pervenendo tuttavia a conclusioni differenti: negando in un caso²⁰ l'assoggettamento al fallimento e affermandolo nell'altro²¹.

In sostanza, ciò che rileva ai fini della qualificazione pubblica di una società, e della conseguente sua esenzione dal fallimento, non è la mera titolarità pubblica delle partecipazioni azionarie, bensì la circostanza che gli aspetti gestionali e organizzativi della società risultino avulsi dalle regole del diritto commerciale, così da rappresentare la società un mero organo o articolazione del soggetto che la partecipa.

Entrambi gli orientamenti suesposti, come può notarsi, sono riconducibili ad un approccio alla problematica definito "tipologico", diretto ad indagare la reale natura giuridica delle società in mano pubblica, al fine di individuare la disciplina applicabile al soggetto preso in esame.

Accanto a tale metodo, si è delineato un distinto approccio alla questione definito di tipo "funzionale"²², il quale rinuncia a svolgere detta attività di indagine in ordine alla natura giuridica delle società a partecipazione pubblica, proponendosi di stabilire "di fronte alla moltiplicazione delle figure soggettive preposte alla cura di interessi generali ... quali norme "orizzontalmente" riferite alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati"²³.

²⁰ Tribunale S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Il Fallimento*, n. 9/2009, pag. 713 con nota di G. D'Attorre, *Le società pubbliche possono fallire?* Muovendo da tale assunto, il Tribunale con riferimento ad una società di servizi a partecipazione pubblica, ha ravvisato gli indici della natura sostanzialmente pubblica della società nelle limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari, nella esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, nella ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo Stato e nella erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti per la raccolta differenziata. I Giudici di primo grado, quale argomento a supporto delle loro conclusioni, richiamano anche la giurisprudenza comunitaria che valuta la rilevanza pubblicistica di un ente prescindendo dalla sua natura formale, che può essere anche privatistica (Corte di Giustizia CE, 16 ottobre 2003 e 15 maggio 2003). Ed infatti, a livello comunitario si è elaborato il concetto di organismo di diritto pubblico, il quale comprende anche enti formalmente privati (cfr. art. 3, comma 26, d.lgs. n. 163/2006).

²¹ Tribunale S. Maria Capua Vetere, sez. III, 22 luglio 2009 n. 52, in *Il Fallimento*, n. 6/2010, pag. 689 con nota di G. D'Attorre, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*. Il Tribunale in questa occasione, invece, conclude per l'assoggettabilità a fallimento della società per azioni a partecipazione pubblica oggetto del procedimento, in quanto in essa l'aspetto gestionale era interamente riferibile alla disciplina del diritto della impresa commerciale (e ciò pur se l'oggetto dell'attività economica dalla medesima svolta presentava in parte elementi sintomatici della natura pubblica ed in parte aspetti che ne connotavano l'attività come privata).

²² Per una disamina delle argomentazioni a sostegno di tale impostazione si veda G. D'attorre, *Le società in mano pubblica possono fallire*, cit., pagg. 713 e ss.

²³ G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, pag. 179 ss; G. Napolitano, *Soggetti privati enti pubblici?*, in *Dir. amm.*, 2003, fasc., 4, pag. 801; M. Dugato, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, pag. 561 e ss.; C. Ibba, *La tipologia delle privatizzazioni* in *Giur. comm.*, 2001, I, pag. 484; G. D'Attorre, *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Milano, 2007, pag. 110 e ss; G. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in *Le società pubbliche, ordinamento, crisi e insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè, 2011, pag. 334.

Ne consegue che, secondo tale orientamento, rispetto alle società a partecipazione pubblica dovrebbe procedersi ad un'applicazione a scacchi di disposizioni di diritto pubblico e di diritto privato (in assenza di diverse previsioni), quando non vi sia ragione di derogare ad esse in considerazione degli interessi protetti e delle finalità perseguite.

In tale prospettiva si è evidenziato che l'esenzione dal fallimento per i soggetti privati appositamente costituiti (da enti pubblici) o risultanti dalla trasformazione di precedenti organismi pubblici, sarebbe giustificata:

- a) dalla concreta impossibilità che essi siano sostituiti da altro operatore o dall'amministrazione stessa, senza compromettere la continuità della funzione o del servizio pubblico²⁴;
- b) dalla possibile lesione di interessi meritevoli di tutela, in tutti i casi in cui l'esistenza della società sia considerata necessaria all'ente di riferimento²⁵.

Tale impostazione, per quanto suggestiva, finisce tuttavia per allargare eccessivamente l'area dell'esenzione dal fallimento sino a ricomprendere anche soggetti sicuramente privati come, ad esempio, i concessionari affidatari di rilevanti interessi pubblici.

Per tale ragione, si è elaborata una versione più restrittiva della teoria in argomento²⁶, osservando che la lesione dei suindicati interessi protetti dalla norma sull'esenzione del fallimento (in favore degli enti pubblici) si verificherebbe soltanto con riferimento alla società pubbliche a carattere "necessario", in quanto affidatarie dell'erogazione di un servizio pubblico essenziale, rispetto alle quali il loro assoggettamento a fallimento provocherebbe una inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria all'autorità amministrativa nell'esercizio di poteri e facoltà di carattere pubblicistico, come la decisione in ordine alla continuità o meno nella gestione del servizio.

Riconducibile al metodo funzionale è il decreto della Corte di appello di Torino, sez. I, del 15 febbraio 2010, estremamente interessante in quanto riferito ad un consorzio pubblico costituito tra enti locali ai sensi dell'art. 31, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000²⁷. In tale provvedimento, gli scopi del consorzio, in linea generale, sono stati ritenuti diversi da quelli istituzionali degli enti pubblici partecipanti, tenuto conto dello svolgimento di attività economiche a carattere imprenditoriale. Ed anche nel concreto, si è accertato che l'attività concretamente svolta dal consorzio

²⁴ G. Napolitano, *Soggetti privati enti pubblici?*, cit.

²⁵ G. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit.

²⁶ G. D'Attorre, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 6, 2010 pag. 699.

²⁷ Sulla differenza di soggettività tra consorzio e aderenti allo stesso si veda Cass. civ., sez. III, 3 luglio 2008, n. 18235, secondo cui il consorzio con attività esterna ha autonoma soggettività con autonomia patrimoniale e negoziale; per la giurisprudenza amministrativa, con particolare riferimento alla distinzione tra consorzio e comuni aderenti al medesimo, cfr. Tar Campania-Napoli, sez. IV, 4 luglio 2013, n. 3437, in *Foro amm.* – T.A.R. (II), 2013, 7-8, 2458.

era interamente indirizzata al libero mercato, con marginale rilievo dei settori in affidamento diretto e netta prevalenza dei servizi nel settore dei rifiuti.

In altri termini, la gestione del consorzio era ispirata a criteri di imprenditorialità e di economicità, con conseguente applicazione ad esso delle disposizioni concorsuali e segnatamente di quelle sull'amministrazione straordinaria.

3. La posizione della Corte di Appello di Napoli

In questo variegato panorama, si colloca la sentenza della Corte di Appello di Napoli n. 57/2013, la quale, volendo operare una classificazione sistematica, aderisce alla tesi privatistica ma con un approccio che non rinuncia ad indagare ed a valorizzare l'aspetto operativo e gestionale della società pubblica.

I giudici della Corte partenopea sostengono l'impossibilità di includere Eav s.r.l. nell'ambito soggettivo di esenzione dalla disciplina del fallimento stabilito dall'art. 1, comma 1, della legge fallimentare.

In primo luogo, la Corte partenopea muove dalla considerazione che l'art. 4 della Legge 20 marzo 1975 n. 70, recante "*Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici*" prevede che "*nessun nuovo ente può essere istituito o riconosciuto se non per legge*" (Legge sul parastato). Tale divieto, nonché l'esame delle disposizioni legislative di carattere settoriale (ad esempio, art. 3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; c.d. "Codice dei contratti pubblici") confermerebbero che il legislatore abbia inteso attrarre "*solo a determinati effetti*" nella sfera del diritto pubblico soggetti che, per il resto della disciplina ad essi applicabile, sono destinati a gravitare nell'orbita del diritto privato.

Inoltre, la Corte di appello, richiamando i principi costantemente espressi dalla giurisprudenza di legittimità, ribadisce il concetto per cui una società non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché un ente pubblico è titolare, in parte o in tutto, del suo capitale sociale, ovvero abbia modo di esercitare una rilevante influenza "gestoria" sulla medesima secondo le regole proprie del diritto societario.

Altro argomento posto a fondamento della decisione, è la considerazione che, allo stato della normativa, le società pubbliche non possono essere definite enti pubblici, a meno che, nel rispetto del richiamato art. 4 della Legge n. 70/1975, non sia la stessa legge a definirle espressamente tali.

Neppure, secondo la Corte, l'esclusione dall'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni sul fallimento potrebbe essere fondata sulla circostanza dello svolgimento da parte della società di un servizio pubblico essenziale, non essendo tale tesi mai stata accolta dalla Corte di Cassazione ed essendo molto controversa nella stessa giurisprudenza di merito.

D'altro canto, si osserva, la tesi che sostiene essere escluse dal fallimento almeno una parte delle società pubbliche (e cioè quelle che svolgono servizi pubblici essen-

ziali) si “scontra” con l’inaccettabile confusione tra titolarità ed esercizio dei servizi pubblici locali.

A ben vedere, lo svolgimento di un servizio pubblico essenziale è cosa diversa dalla sua effettiva titolarità, che permane in capo all’ente pubblico anche quando questi decida, discrezionalmente e nei limiti di legge, di affidarne lo svolgimento ad una società, di cui sia eventualmente socio partecipante. Quest’ultima non diviene per ciò solo ente pubblico, ma resta governata dalle regole proprie del diritto privato e, in particolare, da quelle che connotano lo statuto dell’imprenditore commerciale (con conseguente assoggettabilità a fallimento).

Infine, l’indagine della Corte si è rivolta all’analisi della struttura di Eav, dalla quale è emerso che essa non presentava nessuna apprezzabile deviazione da quella di una qualsiasi società di capitali (nella specie, s.r.l.) e, inoltre, lo stesso oggetto sociale escludeva che l’attività sociale fosse destinata in maniera esclusiva nei confronti dell’ente pubblico controllante.

La pronuncia appena esaminata appare essere assolutamente condivisibile nel merito, non solo per i motivi presi in considerazione dalla Corte d’appello di Napoli, ma anche per le ulteriori considerazioni che di seguito si formuleranno, le quali paiono confortare la correttezza della soluzione proposta.

4. Argomenti che confermano la tesi della fallibilità delle società pubbliche

4.1. Criticità delle tesi favorevoli all’esenzione dal fallimento

Come può evincersi dall’impianto argomentativo appena esposto, la Corte di Appello Napoli prende giustamente le distanze sia dalla tesi pubblicistica sia dalla tesi funzionale. Entrambe le impostazioni, infatti, non appaiono convincenti.

In primo luogo, non lo è la tesi pubblicistica, la quale mal si concilia con l’art. 4 della Legge sul parastato che evidentemente postula che la qualità di ente pubblico, se non attribuita da una espressa previsione di legge, debba quantomeno potersi desumere da un quadro normativo di riferimento chiaro ed inequivoco.

Non lo è neppure la tesi funzionale volta ad escludere dal fallimento le sole società necessarie ovvero esercenti servizi pubblici essenziali.

Con riferimento a tale metodo pare potersi facilmente obiettare che:

- i. lo stesso finisce per allargare eccessivamente l’area di esenzione dal fallimento sino a ricomprendere soggetti sicuramente privati che, tuttavia, risultano affidatari dello svolgimento di un servizio essenziale, in palese violazione dell’art. 2221 c.c e dell’art. 1 legge fallimentare;
- ii. non sussiste in astratto un’incompatibilità tra procedure concorsuali e svolgimento di un servizio pubblico essenziale, e ciò trova conferma in alcune normative speciali di settore quale, ad esempio, la L. 27 novembre 2008 n. 166 (c.d. “Decreto Ali-

talia”) con cui sono state introdotte disposizioni speciali volte a garantire la continuità nella prestazione del servizio da parte delle grandi imprese in crisi operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali e sottoposte a procedure concorsuali;

iii. la continuità del servizio – che la criticata tesi mira a salvaguardare attraverso l’esonazione dal fallimento – non sarebbe in alcun modo pregiudicata dalla dichiarazione di fallimento, in quanto l’ente pubblico potrebbe procedere immediatamente al suo affidamento ad altra società, ovvero potrebbe farsi ricorso all’esercizio provvisorio *ex art. 104 legge fallimentare*.²⁸

Un ulteriore argomento, peraltro già segnalato in dottrina²⁹, che dovrebbe indurre a respingere entrambe le tesi soprariportate è costituito dal rilievo che non appare giuridicamente corretto allargare il campo soggettivo di esonazione dal fallimento a soggetti che non siano formalmente enti pubblici, in quanto la norma sull’esonazione ha carattere speciale e, come tale, non è suscettibile estensione analogica.

4.2 *La fallibilità delle società pubbliche: punto di equilibrio tra esigenze di coerenza ordinamentale e scelte legislative*

A sostegno della fallibilità delle società partecipate dagli enti pubblici militano importanti considerazioni di carattere letterale, logico e sistematico.

Le numerose disposizioni sparse nell’ordinamento³⁰ che, a determinati fini, attingono nella disciplina pubblicistica le società partecipate, non configurano uno statuto speciale delle medesime che consente di equipararle *tout court* agli enti pubblici ad ogni effetto. Trattasi pur sempre di deroghe alla disciplina civilistica dettate dall’esigenza di tutela di taluni interessi pubblici ritenuti preminenti dal legislatore³¹ che non consentono però di considerare le società partecipate totalmente attratte nell’orbita pubblicistica.

²⁸ S. Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit. pag. 444 e ss.

²⁹ E. Sorci, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in *Le società pubbliche, ordinamento crisi e insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè, 2011, pag. 370.

³⁰ Oltre a quelle in precedenza richiamate, si segnalano da ultimo il D.L. 7 maggio 2010, n. 52, art. 2 (convertito in L. 6 luglio 2012, n. 94) che estende alle società pubbliche l’opera di supervisione, monitoraggio e coordinamento nell’approvvigionamento dei beni e servizi per evitare sprechi anche solo indiretti alla spesa pubblica; e l’art. 4 del D.L. 6 luglio 2012 n. 95 c.d. “*decreto spending review*”, il quale detta regole particolari in tema di nomina e compensi degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica.

³¹ Come sapientemente osservato, le deroghe alla disciplina di diritto comune previste per le società partecipate sono giustificate dall’esigenza di tutela di interessi generali che la natura ibrida di tali società intercetta. In particolare, le disposizioni speciali perseguono la tutela della concorrenza, il contenimento della spesa pubblica, lo scopo di evitare che il ricorso al modulo societario costituisca strumento elusivo per il socio pubblico degli obblighi di legge su di esso incombenti. Sul punto vedi M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. Guerrera), 2010, pp. 7 e ss.

Ciò risulta confermato proprio da una di tali disposizioni speciali, ossia dal D.L. 6 luglio 2012 n. 95 – c.d. “*decreto spending review*” – dove all’art. 4, comma 13, si afferma espressamente che “*per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, sia applica comunque (alle società a partecipazione pubblica) la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*”.

Tale principio non è nuovo nel nostro ordinamento, ma costituisce una concreta applicazione di quanto già a suo tempo affermato dal legislatore nella Relazione del Guardasigilli al Codice civile laddove si sottolinea che “*in questi casi [ossia nelle ipotesi di partecipazione pubblica a società per azioni] è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina delle società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni in quanto norme speciali non dispongano diversamente*”.

Tale disposizione conferma la tesi secondo la quale nel momento in cui un ente pubblico decide di operare nel mercato alla stregua di un investitore privato, ricorrendo al modello societario, non può godere di alcun privilegio ma è soggetto, al pari di tutti gli altri imprenditori, alla disciplina comune della società per azioni.

Privilegiare, quindi, il connotato privatistico delle società pubbliche, se può apparire per certi aspetti un esercizio di formalismo, tuttavia risulta preferibile per un’esigenza di logica interna dell’ordinamento.

Se si muove, infatti, dall’assunto contenuto nella relazione al Codice civile secondo cui quando lo Stato decide volontariamente di operare attraverso una società di capitali si assoggetta alla legge di dette società, esigenze di coerenza impongono giocoforza di ritenere che dall’impianto privatistico di tale legge debbano essere desunti i principi e le regole giuridiche applicabili a quell’operare.³²

Un ulteriore argomento di carattere sistematico, che dovrebbe far propendere per la fallibilità delle società pubbliche, discende dalle disposizioni legislative che, negli ultimi anni, si sono susseguite in modo disorganico sui limiti alle partecipazioni degli enti pubblici in società di capitali.

Ci si riferisce alle norme contenute nel c.d. decreto Bersani³³, nella legge finan-

³² R. Rodorf, *Le società pubbliche nel codice civile*, cit., pag. 430. Cfr. anche A. Pisani Massamormile, *Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi*, cit., pag. 92, nota 30, secondo cui costituire “una società per azioni ... significa applicare un complesso di regole strumentali ad un’attività d’impresa ...”, complessi di regole che possono variare tipo, scopo, caratteristiche dell’attività esercitata, e perciò anche le modalità di governo della stessa e l’esclusività e sufficienza del patrimonio in essa originariamente investito: “*ciò che non varia, in tutti questi casi, è la presenza di modelli organizzativi di un’attività, dunque la strumentalità dei primi rispetto alla seconda, che ne appare la ragion d’essere, specie nell’ottica “pan imprenditoriale” del legislatore recente*”.

³³ Si veda l’art. 13 del D.L. n. 223/2006 (conv. in L. n. 248/2006), che ha introdotto il divieto di extraterritorialità per le società pubbliche strumentali (ad eccezione delle società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali), prevedendo che le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate

ziaria 2008³⁴ e nel c.d. decreto competitività³⁵ le quali, come noto, hanno introdotto dei limiti alla costituzione e/o all'utilizzazione di società di capitali da parte degli enti pubblici.

Più in particolare, al fine di tutelare la concorrenza, tali disposizioni legislative hanno stabilito il generale divieto per gli enti pubblici di costituire società commerciali o di parteciparvi, a meno che dette società non siano strumentali al perseguimento dei fini istituzionali propri dell'ente pubblico partecipante.

In sostanza, gli enti pubblici possono dare vita a società, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali, e non per erogare servizi contendibili sul mercato³⁶.

Tali disposizioni legislative denotano, dunque, uno *sfavor* del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dalle finalità istituzionali delle prime.³⁷

In tale prospettiva si colloca, da ultimo, il citato D.L. 6 luglio 2012 n. 95³⁸, convertito in L. 7 agosto 2012 n. 135 (c.d. *spending review*) che ha introdotto, come

dalle amministrazioni regionali o locali “per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività [...] per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative”, debbano operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, e non possono svolgere prestazioni a favore di soggetti terzi pubblici o privati.

³⁴ Art. 3, comma 27, della L. 24 dicembre 2007, n. 244, secondo cui “al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali”, né possono parteciparvi sia pure minoritariamente.

³⁵ Art. 14, comma 32, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, il quale, nell'ottica del contenimento della spesa pubblica, ha introdotto per i comuni con meno di 30.000 abitanti il divieto di costituire nuove società, con l'obbligo di dismettere le partecipazioni possedute; mentre per quelli con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti, si consente di mantenere la partecipazione in una sola società, dismettendo tutte le altre (ferme in ogni caso le prescrizioni di cui alla Legge finanziaria 2008).

³⁶ Tale normativa è stata ritenuta non innovativa bensì ricognitiva di un principio che già si desumeva dall'ordinamento: cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, 7-8, III, 365, dove si sottolinea che la costituzione di una società per il perseguimento dei fini istituzionali propri dell'ente pubblico affidante è generalmente ammissibile, mentre la società commerciale, facente capo ad un ente pubblico, ma operante sul mercato in concorrenza con altri operatori economici, non può ritenersi consentita in termini generali, necessitando di una previsione legislativa espressa. Per un approfondimento si veda F. Goisis, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, pag. 1364.

³⁷ Tale riflessione è stata espressa in dottrina da A. Mazzoni, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, p. 57 e ss.; e ripresa da C. Ibba, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in *Modelli e strumenti*, a cura di G. Cerrina Feroni, Torino, 2011, pag. 87-98.

³⁸ In particolare, si veda l'art. 4 di tale decreto e per un approfondimento G. Urbano, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *www.amministrazionein-cammino.luiss.it*.

noto, obblighi di scioglimento delle società partecipate direttamente o indirettamente dagli enti pubblici, ovvero di dismissione delle partecipazioni da questi detenute³⁹ entro precise finestre temporali⁴⁰, nonché particolari limitazioni in tema di nomina e di compensi spettanti ai componenti dei consigli di amministrazione e ai dipendenti delle società a partecipazione pubblica.

Da ciò consegue allora che non appare coerente con il sistema appena delineato ammettere un'interpretazione estensiva della norma sull'esenzione del fallimento che includa anche le società partecipate, in quanto risulterebbero vanificate quelle esigenze di tutela della concorrenza che hanno ispirato i suindicati interventi legislativi in materia di società pubbliche.

Ed ancora, sempre sotto il profilo della tutela della concorrenza, occorre considerare che l'affermazione dell'esenzione dal fallimento delle società pubbliche risulterebbe incompatibile con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato.

Più in particolare, si porrebbe in contrasto con il principio di non discriminazione tra imprese private e pubbliche sancito dall'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea – di seguito TFUE – (già art. 86 del Trattato istitutivo) il quale prevede che: *“Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

Pertanto, l'esenzione dal fallimento delle società pubbliche, costituendo un vantaggio indiretto che, favorendo talune imprese, falsa o rischia di falsare la concorrenza, integra indubbiamente un'ipotesi di aiuto di stato vietato ai sensi dell'art. 107 TFUE⁴¹.

Del resto, in tale prospettiva, si è già espressa la Corte di Giustizia nelle sentenze Ecotrade e Piaggio in relazione alla c.d. Legge Prodi (d.l. 30 gennaio 1975, n. 25

³⁹ Deve trattarsi di società che svolgono servizi strumentali in favore della P.A. e che hanno fatturato alla pubblica amministrazione in misura superiore al 90% del loro complessivo volume d'affari. Restano quindi escluse: – le società che *non hanno svolto servizi* strumentali fatturati all'amministrazione pubblica; – le società che hanno svolto servizi strumentali in favore della pubblica amministrazione *in misura inferiore al 90%*.

⁴⁰ Di recente è intervenuto il D.L. 69/2013, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98 (c.d. “*decreto del fare*”) che ha prorogato i termini previsti dal decreto *spending review* entro cui le amministrazioni pubbliche devono alienare le proprie partecipazioni societarie.

⁴¹ S. Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, cit., pag. 446, rileva che l'esonero dal fallimento delle società pubbliche creerebbe una grave alterazione del mercato perché sarebbero le uniche società non soggette ad alcun tipo di procedura concorsuale.

convertita in L. 3 aprile 1975 n. 95), dove si è riconosciuto che tale normativa nazionale costituisce un aiuto di stato vietato⁴².

Infine, un ultimo ma non meno rilevante argomento che rende preferibile la tesi della sottoposizione a fallimento delle società pubbliche attiene al profilo degli interessi tutelati.

Il fallimento, infatti, risulta il rimedio migliore per la regolazione dell'insolvenza dell'imprenditore in quanto diretto a tutelare una serie di rilevanti interessi, non ultimo quello dei creditori sociali, il cui interesse, pur avendo ceduto il passo negli ultimi tempi ad altri interessi (quali, ad esempio, quello al risanamento dell'impresa ed al suo ritorno in *bonis*), è da considerare "come un altissimo interesse"⁴³ – non derogabile se non al cospetto di ragioni interesse pubblico (precisamente qualora vi sia l'esigenza di preservare l'unità dell'impresa)⁴⁴ ed in limiti circoscritti.

Ed infatti, come opportunamente sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁵, è innegabile che il superamento dello stato di crisi dell'imprenditore costituisce un obiettivo ritenuto meritevole di tutela, sotto il profilo della opportunità di privilegiare soluzioni di composizione idonee a favorire, per quanto possibile, la conservazione dei valori aziendali altrimenti destinati ad un inevitabile quanto inutile depauperamento; ed è parimenti innegabile che il superamento dello stato di crisi non può prescindere dalla regolazione della esposizione debitoria dell'imprenditore.

Tuttavia, il punto di incontro, ai fini del superamento della crisi, tra le esigenze di soddisfacimento dei creditori (o, comunque, di individuazione di un qualche nuovo assetto dei crediti) e di tutela dell'impresa, può permettere il sacrificio dei primi solo se si tratti di favorire la conservazione dell'impresa.

Al riguardo si consideri però che il perseguimento di obiettivi di pubblica utilità non giustifica il sacrificio delle ragioni dei creditori, che con quegli obiettivi non hanno alcuna relazione di strumentalità, né dei diritti dei privati che da quell'azione

⁴² La Corte, chiamata a chiarire se rientrasse nella nozione di aiuto di stato la normativa italiana che prevedeva per le grandi imprese in crisi la sottrazione alla procedura ordinaria di fallimento e la sottoposizione alla procedura speciale di amministrazione straordinaria, ha evidenziato che "la normativa di cui trattasi può collocare le imprese alle quali si applica in una situazione più favorevole rispetto ad altre in quanto consentirebbe la continuazione della loro attività economica in circostanze in cui tale eventualità sarebbe esclusa nell'ambito dell'applicazione delle norme ordinarie in materia di fallimento, poiché queste ultime tengono conto in misura determinante della tutela degli interessi dei creditori. Ora, tenuto conto del rango prioritario dei crediti collegati alla continuazione dell'attività economica, l'autorizzazione a continuare quest'ultima, in tali circostanze, potrebbe comportare un onere supplementare per i pubblici poteri se fosse effettivamente dimostrato che lo Stato o enti pubblici figurano tra i principali creditori dell'impresa in difficoltà, dato che quest'ultima è, per ipotesi, debitrice di somme rilevanti".

⁴³ Relazione del Guardasigilli all'art. 3 del R.D. 267/1947.

⁴⁴ Cass. civ., Sez. I, 6 febbraio 2013, n. 2782, in *Giust. Civ.*, 2013, 3-4, I, 579.

⁴⁵ Cass. civ. Sez. Un., 23 gennaio 2013 n. 1521, in *Foro it.*, 2013, 5, I, 1534.

amministrativa non siano avvantaggiati in modo particolare, sì da giustificare il sacrificio medesimo⁴⁶.

Dunque, alla luce di tutte le suesposte considerazioni, appare allora preferibile accedere all'impostazione che considera fallibili le società partecipate.

Affermato tale principio generale, è opportuno domandarsi se vi siano delle eccezioni a tale regola, ossia se possano individuarsi delle ipotesi limite di società pubbliche in cui può (*rectius*, deve) al contrario affermarsi l'esenzione dal fallimento.

5. L'eccezione alla regola generale della fallibilità delle società pubbliche

Interessanti indicazioni per rispondere a tale interrogativo promanano, ad avviso di chi scrive, dalla nota distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici, valorizzata da tempo dalla giurisprudenza costituzionale in materia società pubbliche⁴⁷.

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi proprio sulla costituzionalità delle norme prima richiamate della legge finanziaria 2008 in tema di società pubbliche⁴⁸, ha chiarito che tale normativa ha inteso rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici. In particolare, l'una e l'altra attività possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le loro condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso, infatti, vi è attività amministrativa di natura finale o strumentale (e cioè la società opera come braccio esecutivo dell'amministrazione), posta in essere da società di capitali che agiscono, appunto, per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, invece, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti) in regime di concorrenza.

Se, infatti, ai soggetti che operano con la pubblica amministrazione nello svolgimento di funzioni amministrative, anche in via strumentale, fosse permesso di esercitare anche attività d'impresa, si verificherebbe una pericolosa commistione tra i due diversi ambiti, che devono invece rimanere ben separati, pena la distorsione della concorrenza. Ed infatti, la finalità della disciplina nazionale consiste nell'evitare "*che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione*".

Tale impostazione è stata di recente ribadita dalla medesima Corte Costituzionale che, chiamata a pronunciarsi in merito al regime giuridico delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, ha affermato che esse debbano essere ricondotte

⁴⁶ Cass. civ., Sez. I, 6 febbraio 2013, n. 2782, cit.

⁴⁷ Si può anche parlare di "società di mercato" e "semi-amministrazioni" secondo la distinzione tracciata nel rapporto Assonime, "*Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, 2008, in www.assonime.it.

⁴⁸ Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 326, in *Foro it.*, 2010, 3, I, 786.

alla materia dell'ordinamento civile, tutte le volte in cui “*non attengano alle forme di svolgimento di attività amministrativa*”⁴⁹.

Ora, la distinzione tra le due tipologie di attività consente, ad avviso di chi scrive, di individuare una circoscritta area di esenzione dal fallimento delle società a partecipazione pubblica.

Ed infatti, un siffatto problema può porsi solo con riferimento a quelle società a capitale interamente pubblico che svolgano esclusivamente attività amministrativa, di natura finale o strumentale, in favore esclusivamente dell'ente pubblico affidante per conto del quale esse operano. Per le restanti società pubbliche (ossia quelle svolgono attività di impresa), l'esenzione non pare potersi ammettere per le considerazioni svolte.

Tale soluzione interpretativa risulta del resto confermata dalla recente e già ricordata pronuncia della Corte di Cassazione la quale ha chiarito che l'esclusione dal fallimento è configurabile solo quando la società ha quale oggetto sociale esclusivo un servizio tramite il quale l'ente pubblico raggiunge scopi istituzionali⁵⁰.

Traendo le fila del discorso può affermarsi allora che, ferma restando la fallibilità delle società partecipate alla stregua di tutte le altre società di capitali, l'esenzione dalle procedure concorsuali può predicarsi in via eccezionale solo con riferimento a quella peculiare tipologia di società pubbliche strumentali⁵¹, nota come società c.d. *in house providing*.

L'espressione *in house providing* identifica il fenomeno di “autoproduzione” di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: ciò accade quando quest'ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara. Il modello si contrappone a quello *dell'outsourcing* (la c.d. esternalizzazione), in cui il pubblico si rivolge al privato, demandandogli il compito di produrre e /o fornire i beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa.

Gli aspetti peculiari del modello *in house* sono stati individuati, come noto, dalla giurisprudenza comunitaria⁵², e possono così sintetizzarsi:

- a. l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla società un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi;

⁴⁹ Corte Cost., 6 luglio 2012, n. 173, in *Giur. costituzionale*, 2013, 4, 2553.

⁵⁰ Cass. civ., sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 12, 1385.

⁵¹ La qualificazione di una società come “strumentale” si ricollega al tipo di attività che ne è oggetto, rivolta agli stessi enti pubblici (costituenti o comunque azionisti della società stessa) per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche ovvero per lo svolgimento delle funzioni pubbliche di cui restano titolari gli enti pubblici serviti (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plenaria n. 17 del 2011, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2011, 5, 1347, che riassume le decisioni in materia)

⁵² Nella nota sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 novembre 1999, causa C-107/98 – Teckal, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2000, 1393.

b. la società svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico costituente o affidante.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività" l'ente *in house* non viene considerato "terzo" rispetto all'amministrazione controllante, bensì quale strumento proprio dell'amministrazione stessa.

6. La tesi dei giudici palermitani sulla non fallibilità delle sole società *in house*

In tale prospettiva si colloca una recente sentenza del Tribunale di Palermo⁵³ con la quale si è affermata la non fallibilità della GESIP spa, società totalmente partecipata dal Comune di Palermo alla quale erano stati delegati i servizi di pulizia e manutenzione delle aree verdi del comune e di altri servizi pubblici.

I giudici palermitani ritengono che il problema della fallibilità di una società pubblica, come la Gesip, debba essere affrontato non già facendo ricorso all'operazione di riqualificazione in termini pubblicistici (operazione non consentita dall'ordinamento), bensì interrogandosi più semplicemente sulla sua qualificabilità in termini di imprenditore commerciale.

In altri termini, la questione della fallibilità di una società pubblica deve passare necessariamente attraverso la verifica del ricorrere in concreto del presupposto soggettivo del fallimento: ossia la sussistenza o meno, in capo all'ente, della qualifica di imprenditore commerciale.

Per tale ragione occorre stabilire quando una società in mano pubblica svolga attività commerciale, rilevando a tal fine sia l'oggetto, sia le modalità con cui la stessa è espletata.

L'indagine da compiere, secondo il Tribunale di Palermo, deve condurre a verificare o escludere che l'attività sia esercitata dalla società in mano pubblica in difetto delle manifestazioni tipiche del potere (ad. es. la facoltà di imposizione di tasse o tariffe); e verificare soprattutto se la società operi all'interno di un mercato concorrenziale, svolgendo attività economica diretta al pubblico degli utenti e dei consumatori.

In tale prospettiva, i giudici palermitani hanno rilevato che la società Gesip non opera in ambiente concorrenziale poiché l'attività esercitata dalla stessa non è diretta al pubblico degli utenti e consumatori, ma è svolta nei confronti dell'unico cliente Comune di Palermo, osservando che:

- i) lo statuto contiene il divieto alla società di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati;
- ii) in via di fatto, nessuna attività imprenditoriale nei confronti di terzi è stata mai

⁵³ Tribunale di Palermo, 8 gennaio 2013, n. 99.

svolta non avendo la società partecipato a gare d'appalto o acquisito commesse da soggetti diversi dall'ente affidante;

iii) la Cassazione aveva già qualificato come organismo di diritto pubblico la GESIP⁵⁴, confermando che la stessa è stata istituita per soddisfare interessi aventi carattere non industriale o commerciale.

Sulla base dei suindicati elementi, il Tribunale di Palermo è giunto a qualificare la Gesip come società *in house*, escludendo così la sua natura di imprenditore commerciale e quindi la sua soggezione al fallimento ai sensi dell'art. 1, comma 1, legge fallimentare.

La tesi dei giudici palermitani appare estremamente interessante in quanto ha colto la peculiarità del modello *in house* nel panorama delle società pubbliche e ne ha tenuto conto a fini dell'applicazione (*rectius* disapplicazione) della procedura fallimentare.

La soluzione proposta, oltre che corretta su un piano squisitamente giuridico, appare anche virtuosa in quanto responsabilizza gli enti pubblici a non trasferire sulle società partecipate le conseguenze della cattiva amministrazione.

Il principio infatti che si ricava dalla sentenza è che quando un ente pubblico costituisce una partecipata che opera al di fuori del mercato, per svolgere al proprio posto attività amministrativa, sicché il vero cliente della società non sono i cittadini, bensì lo stesso ente costituente, deve avere piena consapevolezza che responsabile dei debiti della società resta sempre e comunque l'ente col suo bilancio.

7. Riflessioni conclusive: l'esenzione dal fallimento opera solo per le società *in house*, sua ratio

Dal percorso logico argomentativo sin qui tracciato discende che, in materia di società pubbliche, la regola generale è la sottoposizione a fallimento, mentre l'esenzione costituisce un'eccezione che può predicarsi solo con riferimento alle società *in house*.

Tale tipologia di società, largamente diffusa nella gestione dei servizi pubblici locali, si caratterizza, come detto, oltre che per la partecipazione pubblica totalitaria anche per la necessaria compresenza dei requisiti del controllo analogo (ossia l'ente pubblico affidante deve svolgere un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi) e della destinazione prevalente (la società deve svolgere l'attività in modo prevalente con l'ente affidante).

Tali caratteri distintivi del modello *in house* enucleati dalla giurisprudenza comunitaria rendono evidente l'anomalia di tale fenomeno nel panorama societario. Co-

⁵⁴ Cass. civ., Sez. Un., 9 maggio 2001, n. 10068, in *Foro padano*, 2002, I, 36.

stituiscono, infatti, una significativa deviazione rispetto al modello societario comune sia il fatto che, nell'*in house*, la società di capitali non è destinata (se non in via marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriale a fine di lucro; sia il fatto che la società non si atteggiava come un centro d'interessi autonomo e distinto rispetto all'ente pubblico che la partecipa.

L'*in house*, dunque, configura un tipo di società pubblica che è di autoproduzione di un bene o un servizio, come tale incompatibile con la vera e propria organizzazione di impresa, finalizzata alla produzione per il mercato, e con l'autonomia dell'organo amministrativo che un'efficiente gestione imprenditoriale richiede⁵⁵. Tant'è che si ritiene che esso possa trovare giustificazione esclusivamente qualora lo strumento dell'affidamento *in house* sia sorretto dall'effettiva economicità della gestione e perciò da una minore spendita di denaro pubblico rispetto a quanto avverrebbe attraverso il libero mercato e la concorrenza⁵⁶.

In altri termini, nella società *in house*, l'ente pubblico affidante anziché reperire un dato bene o servizio sul mercato, decide di autoprodurlo creando un soggetto che, in virtù dei poteri su di esso esercitati, non è *alterum* rispetto all'ente affidante ma agisce come *longa manus* dello stesso⁵⁷.

Ora, è proprio la sussistenza in concreto di questo rapporto di delegazione organica tra società ed ente pubblico che consente di assimilare la società *in house* ad un ente pubblico a fini dell'esenzione dal fallimento.

⁵⁵ Ed infatti, si dubita fortemente che un ente comunale possa esercitare sulla società *in house* effettivamente un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi: ciò perché si ritiene illegittima la creazione di organi atipici dell'amministrazione deputati ad esercitare il c.d. controllo analogo. Infatti, le norme che disciplinano i poteri degli organi sociali (assemblea, organo amministrativo), sono norme di ordine pubblico economico aventi carattere imperativo e non possono in quanto tali essere intaccate da una disciplina statutaria che ne limiti la piena operatività. In tal senso, M. Libertini, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. diritto societario*, n. 2/2008, pag. 199. M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, 21 aprile 2010, in www.federalismi.it.

⁵⁶ Sul punto la Corte dei Conti si è espressa in termini assai rigorosi, nell'ottica del perseguimento della corretta gestione finanziaria degli Enti Locali. Ha infatti affermato l'esigenza di una preliminare verifica dell'effettiva sostenibilità economico-finanziaria delle iniziative progettuali affidate allo strumento societario, evidenziando che quest'ultimo deve comunque ritenersi funzionalizzato all'obiettivo del soddisfacimento delle effettive esigenze dell'ente pubblico, prevenendo il rischio che lo schema societario venga utilizzato impropriamente per eludere le normative pubblicistiche. La Corte ne fa conseguire l'esigenza di una adeguata motivazione in ordine alla scelta dello strumento societario in alternativa alle procedure ad evidenza pubblica, individuandone puntualmente la convenienza economica: cfr. Corte dei Conti, Sez. contr. Regione Lombardia, 17 giugno 2010, n. 675; si veda anche Cons. St., 12 marzo 1990, n. 374.

⁵⁷ Sull'impossibilità di operare una distinzione soggettiva tra società (*in house*) e socio (pubblico) si veda, tra le molte, Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46 la quale afferma che l'affidamento *in house* neppure consente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo; così come Cons. Stato Ad. Pl., 3 marzo 2008, n. 1, dove si osserva che "*l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa*".

Tale soluzione interpretativa si pone del resto in linea con un recente arresto della giurisprudenza di legittimità⁵⁸ che è tornata a pronunciarsi nuovamente sui confini della giurisdizione contabile in materia di società pubbliche.

In tale pronuncia, muovendo proprio dall'anomalia delle società *in house* che “*delle società di capitali hanno solo la forma esteriore ma che in realtà costituiscono delle articolazioni della pubblica amministrazione*”, la Cassazione ha affermato che i principi sino ad ora tracciati dalla stessa sui limiti della giurisdizione contabile in materia di società pubbliche non possono essere ad esse applicati.

In particolare, non può valere con riferimento alle società *in house* il principio giurisprudenziale secondo cui la giurisdizione contabile si configura solo allorquando il danno erariale sia cagionato al socio pubblico, ma non anche quando sia inferito al patrimonio della società partecipata (stante la distinzione che normalmente intercorre tra la società e il socio pubblico e tra patrimonio sociale e quello dei soci).

Nella società *in house*, infatti, non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra ente pubblico e la società stessa, con la conseguenza che anche la distinzione tra patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità.

Da ciò discende, secondo la Cassazione, che con riferimento alle società *in house*, il danno eventualmente inferito al patrimonio sociale da atti illegittimi degli amministratori è danno erariale, in quanto arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico, con conseguente attribuzione alla Corte dei Conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità.

Tale *iter* argomentativo della Suprema Corte si rivela particolarmente interessante in quanto, sebbene espresso ai limitati fini della giurisdizione contabile sul danno erariale nelle società *in house*, conferma implicitamente la correttezza delle conclusioni cui si è pervenuti in tema di fallimento delle società pubbliche.

⁵⁸ Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Diritto e Giustizia online*, 2013, 26 novembre 2013. Per un primissimo commento si veda G. Fischione-G. Pasanisi, *Il rapporto del socio pubblico con la società in house sospeso tra assenza di alterità ai fini dell'affidamento e permanenza della separazione patrimoniale (note a margine di Cass., Sez. Un., n. 26283/13)*, pubblicato il 9 dicembre 2013 in www.giustamm.it; pubblicata anche in *Giur. comm.*, con nota di C. Ibba.



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCIEDITORE.IT](http://www.cacuccieditore.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)



CACUCCI
EDITORE
BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTERESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2014	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2014	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

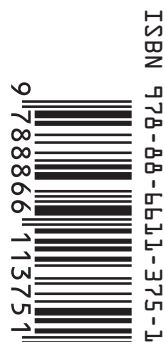
DATA

FIRMA

UN LEGAME INDISSOLUBILE.



Cosa ci lega alla terra in cui nasciamo? La solidità delle nostre radici, per esempio, che ci fanno crescere e guardare sempre a nuovi orizzonti. Così facciamo noi di Banca Carime, instaurando un rapporto fondamentale con il territorio in cui operiamo e sostenendone le iniziative culturali e sociali.



€ 38,00

UBI  **Banca Carime**