

Università della Calabria  
*Dipartimento di Scienze Giuridiche*  
Dottorato di ricerca «*Impresa, Stato e Mercato*»

*XX CICLO*

TESI DI DOTTORATO

**LA NUOVA DISCIPLINA DELLA MORA E I  
TERMINI DI PAGAMENTO NELLE  
TRANSAZIONI COMMERCIALI**

S.S.D. IUS/01

**Supervisore**

Chiar. mo Prof.  
VINCENZO FERRARI



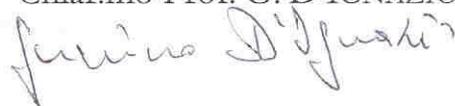
**Dottoranda**

Margherita Rossi



**Coordinatore**

Chiar.mo Prof. G. D'IGNAZIO



---

Anno Accademico 2006 – 2007

## Capitolo Primo

***Linee teoriche e problematiche di evoluzione del fenomeno dei Ritardi di pagamento nelle Transazioni Commerciali: brevi cenni di prospettiva di analisi giuseconomica delle situazioni di disparità contrattuale e dell'abuso di potere contrattuale nelle relazioni tra imprese.***

***Dalla disciplina della Subfornitura al successivo intervento comunitario, Direttiva 2000/35/CE relativa alla "Lotta contro i Ritardi di pagamento nelle Transazioni commerciali".***

1. Problemi gius-economici: l'assenza di strumenti di riequilibrio contrattuale e di un quadro giuridico	10
2. L'abuso di potere contrattuale nelle relazioni tra imprese: dalla disciplina della Subfornitura, antecedente storico-metodologico dell'intervento comunitario direttiva 2000/35/CE, alle regole sui Ritardi di pagamento nelle Transazioni commerciali, tra intenti del legislatore e analisi economica del diritto	13
3. Le politiche comunitarie in materia di termini di pagamento nelle Transazioni commerciali: le ragioni dell'intervento comunitario e l'iter storico-normativo di approvazione della Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali	17
4. La disciplina introdotta dalla Direttiva	22
4.1. <i>Segue.</i> L'ambito di applicazione della Direttiva	24
5. I termini di pagamento e gli interessi moratori	25
6. La riserva di proprietà e le norme processuali	27

## Capitolo Secondo

***Il D Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231- Attuazione della Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.***

***Analisi in chiave critico-ricostruttiva della disciplina e delle modalità di attuazione della Direttiva nell'ordinamento italiano.***

1. L'applicazione della Direttiva nell'ordinamento italiano: la Legge delega n° 39 del 2002	28
2. L'ambito di applicazione del decreto: le obbligazioni pecuniarie derivanti da <<transazioni commerciali>>	33
2.1. <i>Segue.</i> L'applicabilità della disciplina alla materia dei lavori pubblici	40
3. La nozione di transazione commerciale sotto il profilo soggettivo. Le Pubbliche amministrazioni	41
4. <i>Segue.</i> L'imprenditore	45
5. Fattispecie escluse	48

## Capitolo Terzo

### ***La disciplina del ritardo: le cautele predisposte per arginare e combattere il fenomeno dei pagamenti tardivi e il coordinamento con la disciplina del codice civile e di altre leggi speciali:***

*Sez. prima-* La nuova disciplina della mora: i termini di pagamento e gli interessi moratori 54

1. La responsabilità del debitore (art. 3 D.Lgs., n. 231/2002) e il confronto con la disposizione di cui all'art. 3 della Direttiva 54

2. La mancata riproduzione della previsione di cui l'art. 3, *lett. c), i)* della Direttiva, relativa all'adempimento degli obblighi *ex latere creditoris* 60

3. La disciplina introdotta dall'art. 4, D.lgs. n. 231/2002 e i nuovi termini di pagamento. La decorrenza degli interessi in regime di previsione contrattuale. La decorrenza degli interessi in assenza di previsione contrattuale 62

3.1. *Segue.* La cessione di prodotti alimentari deteriorabili 67

4. La nuova ipotesi di *mora ex re* introdotta dal d.lgs. n. 231/2002 69

5. I termini di pagamento nei contratti con la pubblica amministrazione 70

6. Il nuovo saggio legale degli interessi 73

*Sez. Seconda-* La Nullità degli accordi gravemente iniqui: il potere di correzione del giudice e la disciplina processualistica 74

1. Nozione di grave iniquità (art. 7 D.Lgs., n. 231/2002) e le ipotesi previste dall'art. 7 del decreto: i parametri di accertamento della <<grave iniquità>> previsti dal comma 1° e le fattispecie <<presunte>> di grave iniquità di cui al comma 2° 74

2. Le conseguenze della grave iniquità: La sanzione della nullità, comma 3°, art. 7, D.Lgs. n. 231/2202 82

3. Il potere integrativo del giudice 84

4. La legittimazione ad agire delle associazioni e le forme di tutela: l'actio inibitoria 86

5. La disciplina processualistica e le modifiche al procedimento monitorio: 88

a) L'abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 633, c.p.c.;

b) Le modifiche all'art. 641 c.p.c.;

c) La provvisoria esecuzione parziale del decreto ingiuntivo.

## Capitolo Quarto

### ***L'attuazione della Direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in Germania: Profili comparativi.***

1. Storia dell'attuazione della Direttiva in Germania: dal Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen (2000) al Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (2002)	91
2. La nuova disciplina, Cenni sistematici e Novità contenutistiche: I presupposti della <i>mora debitoris</i>	94
3. I rimedi contro il ritardo dei pagamenti vero e proprio nella disciplina tedesca di attuazione e gli effetti della <i>mora debitoris</i> : gli <i>interessi moratori</i> ; maggiore responsabilità del debitore; risarcimento del danno derivante dal ritardo	99
4. I rimedi contro il ritardi improprio: l'inefficacia delle clausole gravemente inique	102
5. L'azione delle associazioni e La riserva di proprietà	105
6.Osservazioni conclusive: un bilancio sulla attuazione della Direttiva in Germania	108
Brevi riflessioni conclusive	110
Bibliografia	115

## Introduzione

Il presente lavoro di ricerca diparte dal riferimento al percorso legislativo che può considerarsi l'antecedente storico dell'intervento comunitario Direttiva 2000/35/CE, in materia di "Lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", la disciplina della Subfornitura.

E per una completa comprensione della portata della direttiva citata, è apparso opportuno riferirsi brevemente alle teorie economiche di Ronald Coase, sulle tecniche di organizzazione dell'impresa, nonché sempre sotto il profilo del decentramento produttivo, collegarsi al principio smithiano della divisione del lavoro.

La legge 18 giugno 1998 n° 192, sulla Subfornitura, ispirata alla finalità di protezione della figura del subfornitore e di "riequilibrio delle posizioni nascenti dal contratto", pur non essendo attuativa di alcuna specifica direttiva comunitaria, è stata ritenuta di libera esecuzione di indicazioni comunitarie, in materia di concorrenza e di termini di pagamento.

Il provvedimento normativo, infatti, fa seguito alle numerose sollecitazioni comunitarie volte ad arginare le degenerazioni della prassi dei pagamenti nelle transazioni commerciali registrate in seno agli ambienti comunitari sin dagli inizi degli anni Novanta, quando nel 1992, la Commissione UE, effettuate accurate indagini per il monitoraggio del dilagante fenomeno dei pagamenti tardivi nei rapporti commerciali, si rivolgeva al Comitato economico e sociale (CES) in merito a tale situazione, riscontrando nel suo parere il timore che il ruolo dominante di alcune imprese contraenti potesse determinare la stipula di transazioni squilibrate, nonché la constatazione secondo la quale la bassa misura dei tassi di interesse moratori fissati dalle legislazioni nazionali, da una parte, e la lentezza ed inefficacia delle procedure di recupero dei crediti dall'altra, rendessero il ritardo nell'adempimento addirittura conveniente per i debitori, con conseguente rilevante ostacolo alla realizzazione di un mercato unico europeo efficiente e razionale.

Si è proceduto, poi, ad implementare l'impianto teorico-sistematico del lavoro, ponendo l'attenzione ad alcuni profili di analisi economica del diritto circa le situazioni di disparità contrattuale e l'abuso di potere contrattuale nelle relazioni tra imprese, come richiamati dalle teorie dei giuristi Roberto Pardolesi e Roberto Caso, per i quali, la strategia corretta per affrontarle sembrava quella di intervenire in duplice direzione: da un lato, tipizzare e, di conseguenza, regolamentare il contratto di subfornitura, dall'altro, introdurre strumenti più incisivi di sorveglianza contrattuale, estesi all'ampio spettro dei rapporti tra imprese.

Successivamente a tale analisi teorica, prodromica alla ricostruzione della tematica in oggetto, e sempre nella prima fase del lavoro, si è inteso rivolgersi ad una trattazione capillare della normativa comunitaria, allo scopo di consentire nel prosieguo la possibilità di coglierne i momenti applicativi nella disciplina nazionale del D.Lgs. n.231/2002 di attuazione, evidenziandone in chiave critico-ricostruttiva le tecniche legislative di recepimento seguite dal legislatore italiano.

La parte centrale del lavoro, destinata alla disamina degli aspetti e delle peculiarità del D.Lgs. 231/2002, evidenzia come la normativa di recepimento introduce importanti novità sia sul piano sostanziale che sul piano procedurale con riferimento ai contratti relativi alle <<transazioni commerciali>>, contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo; tali disposizioni interessano le imprese, i professionisti, gli artigiani, i commercianti, i produttori e i distributori.

Il decreto, si propone di tutelare il creditore di somme di denaro a titolo di corrispettivo per la fornitura di merce o per la prestazione di servizi, prevedendo a carico del debitore inadempiente- salvo, però diverso accordo tra le parti- elevati interessi, decorrenti automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine contrattuale o di legge stabilito per il pagamento.

E' così, dove vi sia inadempimento dovuto ad inosservanza dei termini di pagamento contrattuali o legali non sarà più necessario per il creditore effettuare alcuna messa in mora del debitore.

Il creditore avrà diritto alla corresponsione degli interessi moratori, automaticamente, a partire dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento, ove espressamente previsto dal contratto o successivamente convenuto tra le parti, salvo che il debitore possa dimostrare che il ritardo derivi da impossibilità della prestazione a lui non imputabile. Ove il termine di pagamento non sia stabilito nel contratto gli interessi decorreranno automaticamente, sempre senza la necessità di una costituzione in mora, alla scadenza di un termine fissato dalla legge: tale termine è stabilito in 30 giorni che decorrano dal verificarsi delle condizioni di cui all'art. 4 del decreto.

Successivamente, l'attenzione è stata rivolta criticamente all'esame degli strumenti di lotta ai ritardi nel pagamento dei corrispettivi pecuniari contemplati dal provvedimento comunitario:

1) una disciplina delle conseguenze del tardivo adempimento delle obbligazioni aventi ad oggetto il corrispettivo di beni e servizi particolarmente favorevole per il creditore, imperniata sulla *previsione di un elevato tasso di interessi moratori* e sulla configurazione dell'obbligo di pagare i suddetti interessi moratori (nonché dell'obbligo di rimborsare le spese sostenute per il recupero del credito e di risarcire l'eventuale ulteriore danno derivato dal ritardo) come conseguenza automatica del mancato rispetto del termine entro il quale, secondo quanto concordato dalle parti (ovvero in mancanza di apposite pattuizioni, secondo quanto stabilito dalla stessa direttiva) dovrebbe essere versato il corrispettivo al creditore (la nuova disciplina della mora di cui all'art. 4 del d.lgs. e il coordinamento con la disciplina del codice civile e di altre leggi speciali);

2) la nuova disciplina dei termini di pagamento e degli interessi moratori con la trattazione sistematica dei nuovi termini di pagamento, della decorrenza degli interessi in regime di previsione contrattuale nonché in assenza di previsione contrattuale, i termini di pagamento e l'eccezione di inadempimento ex art.

1460 c.c., le deroghe pattizie al saggio di interesse ed i rapporti con l'art. 1224 c.c., nonché i rimedi previsti dal codice civile e la loro incidenza sugli accordi in deroga;

L'art. 5, poi, stabilisce che salvo diverso accordo tra le parti, il saggio degli interessi va determinato in misura pari a quello del "principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali".

3)l'assoggettamento degli accordi sulla data del pagamento e sulle conseguenze dei ritardi di pagamento, volti a derogare la disciplina dispositiva contenuta nella direttiva, ad un controllo "contenutistico" destinato a svolgersi sia nell'ambito di procedimenti individuali instaurati tra le parti della transazione commerciale in funzione della declaratoria di invalidità delle clausole che risultino "gravemente inique a danno del creditore") sia nell'ambito di procedimenti "collettivi" (instaurati da organizzazioni rappresentative delle piccole e medie imprese, legittimate ad agire nel loro interesse, per ottenere che agli imprenditori che utilizzano condizioni generali di contratto contenenti clausole gravemente inique venga vietato di continuare a farne uso per regolare i rapporti instaurati con altri imprenditori).

Degno di notazione è apparso il disposto di cui all'art. 7 , il quale sancisce la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardo pagamento che, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore.

Tale è considerato l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore.

La nullità dell'accordo può essere rilevata e dichiarata dal giudice anche d'ufficio.

Al creditore saranno corrisposti, inoltre, “i costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli, salva la prova del maggior danno, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile”. Tali costi, comunque rispondenti a principi di trasparenza e di proporzionalità, possono essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale. (art. 6). In sostanza, le spese di recupero vanno liquidate a favore del creditore, anche se questi procede in proprio o attraverso un’impresa di recupero.

Rilevanti novità sul piano processuale sono state introdotte rispettivamente agli artt. 633, 641, 648 c.p.c., allorché si prevede la estendibilità della operatività del decreto ingiuntivo emesso nello stato italiano al di fuori dei confini del territorio nazionale; con riferimento al tempo, di emissione del decreto dal deposito del ricorso, nei “trenta giorni successivi”; ed infine con la concessione della <<provvisoria esecuzione parziale>> da parte del giudice, limitatamente alle somme non contestate, salvo che la opposizione sia proposta per vizi procedurali.

In breve, la direttiva esaminata è apparsa fortemente innovativa, perché a livello comunitario introduce, nel settore dei contratti di impresa delle limitazioni alla (derogabilità delle norme in essa contenute da parte della) autonomia privata finalizzate a proteggere il professionista debole nei confronti degli abusi della libertà contrattuale perpetrati nei suoi confronti ad opera della controparte in sede di definizione dei contenuti delle transazioni commerciali.

Da ultimo, la fase conclusiva della ricerca, si è curata di svolgere una analisi per grandi linee, del fenomeno dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali in Germania, nel tentativo di ricostruirne in chiave comparatistica i suoi strumenti legislativi rimediali, e di offrire in tal modo un panorama più ampio di azione ed attuazione delle previsioni normative comunitarie.

## Capitolo Primo

### ***LINEE TEORICHE E PROBLEMATICHE DI EVOLUZIONE DEL FENOMENO DEI RITARDI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI: UNA BREVE ANALISI GIUSECONOMICA DELLE SITUAZIONI DI DISPARITA' CONTRATTUALE NELLE RELAZIONI TRA IMPRESE.***

### ***DALLA DISCIPLINA DELLA SUBFORNITURA AL SUCCESSIVO INTERVENTO COMUNITARIO, DIRETTIVA 2000/35/CE RELATIVA ALLA "LOTTA CONTRO I RITARDI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI".***

SOMMARIO: 1. Problemi gius-economici: l'assenza di strumenti di riequilibrio contrattuale e di un quadro giuridico. - 2. L'abuso di potere contrattuale nelle relazioni tra imprese: dalla disciplina della Subfornitura, antecedente storico-metodologico dell'intervento comunitario direttiva 2000/35/CE, alle regole sui Ritardi di pagamento nelle Transazioni commerciali, tra intenti del legislatore e analisi economica del diritto. - 3. Le politiche comunitarie in materia di termini di pagamento nelle Transazioni commerciali. - 4. Le ragioni dell'intervento comunitario e l'iter storico-normativo di approvazione della Direttiva 2000/35/CE, in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. - 5. La disciplina introdotta dalla Direttiva. - 5.1. *Segue.* L'ambito di applicazione della Direttiva. - 6. I termini di pagamento e gli interessi moratori. - 6.1. *Segue.* La riserva di proprietà e le norme processuali

1. Secondo una acclarata prospettiva di ordine giuseconomico<sup>1</sup>, nel nostro sistema giuridico il riconoscimento normativo dello stato di "debolezza contrattuale" di una categoria imprenditoriale e del relativo apparato di protezione appare assai circoscritto. Anzi, può dirsi che nel nostro diritto dei contratti è difficile reperire uno strumento incisivo di sorveglianza delle situazioni di disparità di potere tra entità imprenditoriali. Non solo, la nuova disciplina generale sulle clausole abusive risulta inapplicabile ai contratti tra imprese<sup>2</sup>, e non vi sono nemmeno tracce evidenti di una cultura giudiziale incline ad una applicazione intensiva delle clausole generali di riequilibrio.

---

<sup>1</sup> R.CASO e R.PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in Riv. di dir. Priv., 1998, n.4, 717.

<sup>2</sup> La nuova disciplina sulle clausole abusive, v. artt. 1469 bis- sexies c.c., inseriti nel codice civ. dalla l. 6 febbraio 1996, n. 52, in attuazione della direttiva n. 93/13 CEE, si applica solo ai contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

Evidente l'assenza, anche al di fuori del circuito di regole squisitamente privatistiche e del diritto dei contratti inteso in senso stretto, di strumenti di riequilibrio o, se si preferisce, di garanzia della correttezza contrattuale.

La mente corre alla normativa antitrust<sup>3</sup>, in tale contesto giuridico (dove peraltro, l'influenza delle teorie economiche pare più diretta), sono recentemente maturate, in altre esperienze giuridiche, direttive duttili quanto occorre per funzionare anche da meccanismi idonei a sanzionare comportamenti opportunistici nella contrattazione tra imprese.

Si pensi al modello francese e alla sua normativa antitrust, la quale, con la previsione di strumenti antimonopolistici sul piano delle strategie di intervento sui contratti e sul mercato, quali l'abuso di dipendenza economica, la disciplina dei termini di pagamento e la tutela della lealtà commerciale, si è mostrato avanguardista rispetto alle scelte legislative degli altri strati membri e da quelle operate dal legislatore italiano.

Nell'apparato antimonopolistico francese fu, infatti, introdotta- con la *loi* n. 92-1442 del 31 dicembre 1992- una griglia di norme demandate a combattere il problema dei termini di pagamento fra le imprese; nonché la novella all'ordonnance del 1986 introdotta con la *loi* n. 96-588 del 1° luglio 1996 sulla lealtà e l'equilibrio delle relazioni commerciali, che implementò nel tessuto normativo del paese, ulteriori e più invasivi strumenti di intervento nelle relazioni bilaterali tra imprese.

Alla luce di tali constatazioni, la ricostruzione del *background* teorico ed operativo del concetto di "disparità di potere contrattuale", di derivazione, sembrerebbe, economicistica, si è presenta agli studiosi del diritto tutt'altro che agevole, probabilmente perché la locuzione non corrispondeva al calco di una categoria consolidata<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> R.CASO e R.PARDOLESI, *Op. cit.*, p. 719.

<sup>4</sup> V. V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1994, p. 484; Id., *Il contratto*, Bologna 1977, p. 36; nonché R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, p. 309 ss.

Secondo la lettura della nostra dottrina<sup>5</sup>, la dipendenza economica sussisterebbe quando tra due parti, una si presenta come il partner obbligato dell'altra. <<Questo legame può risultare da diverse circostanze, di cui alcune sono esterne ai comportamenti delle parti (monopolio legale, penuria, necessità per un commerciante di disporre nel suo assortimento di un prodotto che costituisce l'oggetto di una forte domanda), mentre altre possono essere tipiche dell'impresa dipendente (impossibilità di ricorrere ad altri metodi di fabbricazione, difficoltà di trovare un altro partner, importanza del fatturato realizzato con il partner dominante, carattere essenziale di questo partner per la sopravvivenza dell'impresa dipendente, lunga durata dei rapporti contrattuali)>><sup>6</sup>.

Diversamente dall'abuso di posizione dominante, l'abuso di dipendenza economica non presupporrebbe la posizione dominante sul mercato preso nel suo complesso, quanto, piuttosto, una posizione dominante relativa.

Tali, le problematiche di carattere giuseconomico evidenziate in diverse sedi dagli studiosi della materia<sup>7</sup>, secondo i quali la strategia più corretta per affrontarle sembrava quella di intervenire in una duplice direzione: da un lato, tipizzare e, per conseguenza, regolamentare il contratto di subfornitura, dall'altro, introdurre strumenti più incisivi di sorveglianza contrattuale, estesi all'ampio spettro dei rapporti tra imprese.

---

<sup>5</sup> R.PARDOLESI, *Op. cit.*, p. 268.

<sup>6</sup> O. FRIGNANI, *Op. cit.*, p.

<sup>7</sup> Cfr. sul punto, V.ROPPO, *Contratto*, in *Digesto civ.*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, pp. 119 ss.; R.PARDOLESI, *Subfornitura industriale e Comunità europea*, p.35 ss.; R.PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1995; R.PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Interpr. Giur. E analisi economica (ALPA, PULITINI, RODOTA', ROMANI)*.

2. Il legislatore italiano con la emanazione della L. 18 giugno 1998 n. 192, posta a disciplina della subfornitura nelle attività produttive, ha inteso tentare di affrontare le problematiche su descritte, suscitando un'ampia eco ed un notevole dibattito tra gli studiosi<sup>8</sup>, soprattutto perché alcune disposizioni, in particolare l'art. 3 che disciplina il regime dei termini di pagamento e l'art. 9 che sanziona l'abuso di dipendenza economica, sono state richiamate come interventi emblematici del legislatore ai fini di giustizia contrattuale<sup>9</sup>.

Per meglio comprendere la portata dell'intervento legislativo è utile risalire alle origini del fenomeno relativo al decentramento produttivo che ha dato luogo alla figura del subfornitore, riferendoci all'opera di Ronald Coase, il quale elaborò la tesi che individuava due tecniche alternative per la organizzazione della impresa: la prima fondata su un assetto dominicale in forma gerarchico-verticale e la seconda basata sulla contrattazione orizzontale<sup>10</sup>.

Si rilevava come la scelta di ricorrere all'una o all'altra forma organizzativa fosse strettamente legata alla possibilità di ottimizzare i costi transattivi, vale a dire i costi relativi al trasferimento delle informazioni e alla gestione dei processi informativi all'interno delle strutture organizzative.

---

<sup>8</sup> Sul punto ampia la letteratura. Fra i contributi v. G.DE NOVA, A.CHIESA, A.DELFINI, D. MAFFEIS e A.SALVADE', *La subfornitura*, Milano, 1998; N.LIPARI, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla L.18 giugno, n.192*, in Nuove leggi civ. comm., 2000, p. 365 ss.; F. ASTONE, A. BARBA, C. CARDARELLI, G.C. CARDIA, V.CUFFARO, M. DELL'UTRI, R.LECCESE, M.A. LIVI, F. MACARIO, F.A. MAGNI e A. NERVI, *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V.CUFFARO, Napoli, 1998; R.FRANCESCHELLI, *La subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in AA.VV., *Subfornitura*, a cura di G.ALPA e A. CLARIZIA, Milano, 1999; F.BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999; A. MUSSO, *La subfornitura*, in Comm. Cod. civ., a cura di F. GALGANO, Bologna- Roma, 2003; C.BERTI-B.GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003.

<sup>9</sup>In particolare F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002.

<sup>10</sup> R.COASE, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, 4, in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna 1995, p. 73.

La teoria elaborata da Coase ha riscontrato negli anni settanta del secolo scorso una significativa applicazione nel sistema imprenditoriale italiano appesantito in quel periodo da costi sempre più alti anche per la affermazione della tutela differenziata in materia di lavoro.

Un altro rilevante profilo del decentramento produttivo si collega al principio smithiano della divisione del lavoro. La valorizzazione di detto principio ha concorso a far emergere la figura di colui il quale si dedica ad una determinata attività economica su commissione e che acquisisce un patrimonio di conoscenze, in termini di tecnologia, che non appartiene più al committente in quanto elaborato in proprio. Tale figura è quella del “subfornitore” nel senso più tradizionale, ossia il subfornitore di mera capacità, mentre all’opposto, c’è il subfornitore di alto profilo in grado di spiegare una capacità elaborativa e progettuale idonea a superare quella della originaria committenza<sup>11</sup>. In tal caso, il subfornitore si specializza elaborando progressivamente un autonomo *know-how* che gli consente di raggiungere una posizione tale da esercitare pressioni economiche nei confronti del committente.

Da ciò può intuirsi che non tutti i subfornitori sono inesorabilmente segnati dal marchio della debolezza, della subordinazione nei confronti di controparti committenti detentrici assolute del potere contrattuale, poiché vi sono anche subfornitori che, viceversa, dispongono per intero del *know-how* relativo alla produzione e, pertanto, sono in grado di far valere concretamente le proprie ragioni in sede contrattuale. Da qui si arguisce, altresì, che quello che può qualificarsi come rapporto di subfornitura possa assumere contenuti diversi.

---

<sup>11</sup> R. PARDOLESI, *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, in *L’artigianato nell’economia e sul territorio, Analisi delle tendenze evolutive*, a cura di B. GOBBI, I, Roma, 1985, p. 138.

Il fenomeno del decentramento produttivo<sup>12</sup>, se da un lato ha inciso positivamente dando luogo ad un nuovo assetto organizzativo dell'impresa non più basato sul carattere esaustivo della produzione, dall'altro ha fatto emergere nella prassi contrattuale tecniche elusive di altre discipline.

A tal uopo, il nostro legislatore con la legge sulla subfornitura, ha esteso alla figura del subfornitore, una serie di misure protettive analoghe a quelle previste per i consumatori<sup>13</sup>, che vanno dalla richiesta di forma scritta (art. 2), ad una particolare disciplina dei termini di pagamento (art. 3), che anticipa la disciplina generale poi introdotta dal D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, di attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, alla sanzione di nullità per alcune clausole che potrebbero risultare unilateralmente inique o vessatorie (art. 6), alla complessa normativa prevista dall'art. 9 in tema di abuso di dipendenza economica, ad una particolare disciplina, contenuta nell'art. 10, del tentativo di conciliazione, previsto come obbligatorio, e dell'eventuale arbitrato.

Anche se non mancano posizioni contrarie, il divieto di abuso di dipendenza economica, proprio perché direttamente collegato al divieto dell'abuso di diritto<sup>14</sup> e al generale principio di buona fede di cui costituisce

---

<sup>12</sup>Sul fenomeno del c.d. decentramento produttivo conseguente all'aumento della specializzazione tecnologica e del costo del lavoro in tutti i Paesi industrializzati, tra gli altri P. ZANELLI, v. *Decentramento produttivo*, in Dig. Dir. Priv., sez. comm., IV, Torino, 1989, p. 229 ss.; M. BIN, *Il produttore*, in AA.VV. *La responsabilità del produttore*, in Tratt. Dir. Civ. e dir. Pubbl. dell'econ., diretto da F. GALGANO, Padova 1989, p. 65 ss.

<sup>13</sup> La disciplina relativa all'abuso di dipendenza economica si pone in linea di sostanziale continuità con la disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, in quanto, come quest'ultima tende alla correzione degli squilibri legati alla imposizione unilaterale di clausole. Tuttavia, mentre la disciplina sui contratti del consumatore non si applica alle clausole oggetto di trattativa individuale (se non nelle ipotesi espressamente indicate), la disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica anche a tali clausole. Inoltre, nel caso dei contratti del consumatore, la valutazione del <<significativo>> squilibrio è supportata da un insieme di presunzioni che ne assicura un'automaticità di applicazione (art. 1469-bis, comma 3, cod.civ., ora art. 33 codice del consumo), mentre nell'ipotesi di abuso l'<<eccessivo>> squilibrio deve essere concretamente valutato tenendo conto <<della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti>> (art. 9, comma 1).

<sup>14</sup> F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in Rass. Dir. Civ., 1999, p. 673, secondo il quale, il divieto di abuso di posizione economica tende ad esprimere un

<<mera specificazione>>, può essere considerato alla stregua di un istituto generale e pertanto applicato anche al di fuori dei rapporti di subfornitura *ex* art. 1 della legge in esame<sup>15</sup>.

Infatti, il <<controllo di congruenza che esso comporta non può definirsi di carattere eccezionale essendo invece espressione di principi fondamentali dell'ordinamento quali quello della solidarietà e dell'uguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3, comma 2 cost.) e quello, di matrice comunitaria, della proporzionalità>><sup>16</sup>.

In via generale, la normativa in questione si caratterizza per la eterogeneità delle ipotesi di squilibrio contrattuale considerate e disciplinate dal legislatore, per altro verso, per le differenti tecniche giuridiche utilizzate dal legislatore al fine di garantire l'equilibrio delle posizioni contrattuali<sup>17</sup>.

---

principio generale inteso a vietare che <<il diritto di regolare da sé i propri interessi sia esercitato in modo da costituire un abuso in danno altrui>>.

<sup>15</sup> P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000, p. 549, ora in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003.

<sup>16</sup> P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 443; F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, I, Napoli, 2002, p. 218 ss.

<sup>17</sup> In tal senso, F. MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. FERRONI, Napoli, 2002, p. 139.

3. La esigenza di disciplinare il fenomeno dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali sentita dagli organismi comunitari sin dai primi anni Novanta, ha assunto contenuti nella direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno 2000, in cui la Comunità Europea, dopo un lungo periodo di tempo in cui il principale punto di attenzione nell'opera di ravvicinamento delle legislazioni sembrava essere divenuto la tutela del consumatore, ha ritenuto di doversi preoccupare delle problematiche legate alla attività delle imprese, più precisamente delle piccole e medie imprese, e dei sempre più ricorrenti episodi di pagamenti tardivi nelle transazioni commerciali.

Da una serie di analisi effettuate in ambito comunitario era emersa, *in primis*, la necessità di salvaguardare le c.d. PMI (piccole e medie imprese)<sup>18</sup> ritenute il motore delle economie nazionali<sup>19</sup>, tutelando la loro competitività nei confronti delle grandi imprese e i posti di lavoro che esse garantiscono nel circuito economico<sup>20</sup>; *in secundis*, l'attenzione del legislatore comunitario all'ambizioso tentativo<sup>21</sup> di unificare il mercato, attraverso la previsione di una legislazione interna comune, dato che <<in alcuni Stati membri i termini contrattuali di pagamento differiscono notevolmente dalla media comunitaria>> e <<le differenze tra le norme in tema di pagamento e le prassi seguite negli Stati membri costituiscono un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno>><sup>22</sup>. E infine, la considerazione per la quale la prassi dei pagamenti tardivi incidesse in senso negativo sulla concorrenza, oltre che sul volume degli scambi commerciali transfrontalieri e rappresentasse perciò un grave intralcio per il successo del mercato unico<sup>23</sup>, consentì di rinvenire la base per un intervento comunitario nell'art.14 del Trattato CE, secondo il quale <<gli operatori economici

---

<sup>18</sup> R.CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corr. Giur.*, 2002, 803.

<sup>19</sup> F.VISCONTI, *Le piccole e medie imprese nei nuovi scenari economici*, Milano, 2000.

<sup>20</sup> Cfr. considerando 7.

<sup>21</sup> S.G.SIMONE, *Il Pagamento tardivo*, ESI 2005, 27.

<sup>22</sup> Considerando 8.

<sup>23</sup> Considerando 5.

dovrebbero essere in grado di svolgere le proprie attività in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne>><sup>24</sup>.

Il primo intervento comunitario si riscontra agli inizi del Novanta, quando il 22 dicembre 1992 la Commissione UE, effettuate accurate indagini per il monitoraggio del dilagante fenomeno dei pagamenti tardivi nei rapporti commerciali, in ossequio alle disposizioni di cui all'art.198 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, si rivolgeva al Comitato economico e sociale (CES) in merito al <<Documento di lavoro dei servizi della Commissione sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali>>.

In data 30 giugno 1993, il Comitato economico e sociale (CES) rendeva un parere<sup>25</sup> in cui esprimeva il timore che il ruolo dominante di alcune imprese contraenti potesse determinare la stipula di transazioni squilibrate e puntualizzava come la bassa misura dei tassi d'interesse moratori fissati dalle legislazioni nazionali, da una parte, e la lentezza ed inefficacia delle procedure di recupero dei crediti, dall'altra, rendessero il ritardo nell'adempimento addirittura conveniente per i debitori, con conseguente rilevante ostacolo alla realizzazione di un mercato unico europeo efficiente e razionale; in particolare, era auspicata dal Comitato, l'adozione ai sensi dell'art.155 del Trattato CE di una raccomandazione agli Stati membri, nella quale, pur nel rispetto del principio di libertà contrattuale fossero contenute indicazioni precise circa la trasparenza delle condizioni di pagamento, la decorrenza automatica di interessi di mora e la istituzione di procedure semplificate di condanna al pagamento di somme di denaro.

---

<sup>24</sup> Considerando 10.

In Italia, la media dei termini di pagamento contrattualmente pattuiti erano di 65 giorni, ai quali si aggiungevano ulteriori 22 giorni di ritardo, a fronte di una media europea di 39 giorni per la pattuizione contrattuale e di 15 ulteriori giorni di ritardo.

<sup>25</sup> In GUCE, C. 249 del 13 settembre 1993, 21.

Successivamente, il Parlamento europeo nell'ambito della Risoluzione<sup>26</sup> sul programma integrato a favore delle piccole e medie industrie e dell'artigianato, discostandosi dal parere reso dal Comitato economico in merito alla inopportunità di ricorrere a strumenti giuridici vincolanti per gli Stati membri, chiedeva alla Commissione europea di introdurre una regolamentazione uniforme dei procedimenti giudiziari, dei termini e dei costi dei pagamenti transfrontalieri<sup>27</sup>.

La Commissione Europea, aderendo al contenuto del parere espresso dal Comitato economico e sociale e discostandosi dall'invito del Parlamento europeo, preferiva ricorrere allo strumento non vincolante della <<raccomandazione>> contenente l'espresso invito agli Stati membri di adottare i provvedimenti più opportuni in linea con i rispettivi ordinamenti in tema di acquisti tra imprese o tra enti pubblici, con espressa esclusione di quelli effettuati tra privati, nonché a titolo sussidiario o in assenza di espressa pattuizione delle parti, proponeva la introduzione di una regolamentazione del termine e della scadenza del pagamento (art. 2), dei tassi legali di interesse di mora e delle misure risarcitorie per gli oneri legali sopportati dal creditore a causa del ritardo nel pagamento (art.3).

Il sostanziale insuccesso di tali iniziative induceva il Parlamento europeo<sup>28</sup>, pur approvando gli obiettivi espressi nella raccomandazione, a ribadire le perplessità (già espresse in passato)<sup>29</sup> sulla opportunità dell'utilizzo in tale ambito dello strumento non vincolante della raccomandazione e suggeriva alla Commissione di trasfondere il contenuto dell'intervento in una direttiva<sup>30</sup>, richiamando all'uopo l'art. 138B del Trattato CE, in virtù del quale è facoltà del Parlamento richiedere alla Commissione la presentazione di adeguate proposte legislative al fine di

---

<sup>26</sup> Risoluzione del 24 ottobre 1994, in GUCE c. 323 del 21 novembre 1994, 19.

<sup>27</sup> V.PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Diritto e Pratica professionale, Giuffrè 2003.

<sup>28</sup> Relazione 8 maggio 1996.

<sup>29</sup> Nella risoluzione sulla comunicazione concernente la messa in atto di un programma integrato a favore delle piccole e medie imprese, in G.U.C.E. c. 323; 21 novembre 1994.

<sup>30</sup> S.G.SIMONE, *Cit.*, 32.

garantire alle piccole e medie imprese, anche a costo di sacrificarne la loro libertà contrattuale, maggiore equità nei rapporti commerciali intrapresi con le grandi imprese.

La Commissione, in risposta, a distanza di circa un anno, pubblicava una comunicazione dal titolo <<Relazione sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali>>, nella quale lungi dal riscontrare esiti positivi agli inviti rivolti agli Stati membri con la Raccomandazione del 12 maggio 1995, rilevava che nell'anno 1996 i termini di pagamento in Europa si fossero ulteriormente allungati, comportando imposizioni gravose di natura amministrativa e finanziaria alle imprese di piccole dimensioni, minaccia per la liquidità, competitività e redditività delle stesse, e costituendo una delle principali cause di insolvenza<sup>31</sup>, nonché, il pericolo che, discostandosi non di poco dalla media europea i termini di pagamento in alcuni Paesi comunitari, il divario normativo intercorrente tra le legislazioni nazionali rappresentasse un concreto ostacolo alla funzionalità del mercato interno<sup>32</sup>.

Conseguenza fu una proposta di Direttiva<sup>33</sup>, orientata alla elaborazione di regimi differenti in ordine alle transazioni commerciali concluse tra operatori commerciali privati e/o le autorità pubbliche, per un verso, nelle quali si prevedeva una disciplina applicabile in assenza di una specifica regolamentazione tra le parti, caratterizzata dalla decorrenza automatica degli interessi moratori dal dì successivo a quello di scadenza del termine; ed i contratti di appalto pubblici per un altro, per i quali, si garantiva la trasparenza dei bandi di gara circa i termini di pagamento (art.7) e si riconosceva autoritativamente il diritto del creditore al pagamento di interessi di mora da parte della autorità pubblica entro un termine non superiore a 60 giorni (art.8). Successivamente in data 29 luglio 1999<sup>34</sup>, le modifiche apportate al testo comunitario condussero alla

---

<sup>31</sup> V. PANDOLFINI, *Op. cit.*, 4

<sup>32</sup> In Italia, la media dei termini di pagamento contrattualmente pattuiti erano di 65 giorni, ai quali si aggiungevano ulteriori 22 giorni di ritardo, a fronte di una media europea di 39 giorni per la pattuizione contrattuale e di 15 ulteriori giorni di ritardo.

<sup>33</sup> Il 23 aprile 1998.

<sup>34</sup> In GUCE, C. del 6 ottobre 1999, 1.

eliminazione della differenziazione di regimi tra transazioni commerciali concluse da imprenditori ed appalti pubblici, e all’inserimento di una unica disciplina inderogabile in ordine ai termini di pagamento ed agli interessi moratori finalizzata alla tutela della posizione debole del creditore medio-piccolo nei confronti delle imprese di grandi dimensioni e delle amministrazioni pubbliche.

E fu dunque *l’iter storico-normativo* così tratteggiato a determinare in seno agli ambienti comunitari, la maturazione della coscienza della necessità di porre le basi normative per la approvazione da parte del Parlamento e del Consiglio della Unione Europea in data 29 giugno della direttiva 2000/35/CE “relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali”<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> In GUCE, L.200/35 dell’8 agosto 2000.

4. La Direttiva persegue la finalità di introdurre una disciplina di armonizzazione delle normative nazionali, protesa a dirimere le controversie tra debitori e creditori derivanti dal mancato o ritardato pagamento dopo l'avvenuta consegna della merce<sup>36</sup>.

Ed in considerazione del potenziale impatto che il fenomeno dei ritardi nei pagamenti determina sul sistema economico europeo, il legislatore comunitario, oltre ad assicurare protezione alle imprese creditrici "deboli", ha avvertito la necessità di elaborare una disciplina funzionale anche alla esigenza della piena realizzazione della concorrenza e al buon funzionamento del mercato unico, evidenziando nel prologo della Direttiva i principali ostacoli al raggiungimento degli obiettivi ed elaborandone i potenziali rimedi di natura sostanziale nonché processuale.

I tre principali ostacoli menzionati sono contenuti nei seguenti considerando:

a) la previsione di termini di adempimento eccessivamente lunghi e i ritardi nei pagamenti a carico del creditore, i quali comportando la sopportazione di oneri di natura finanziaria e amministrativa troppo pesanti soprattutto per le imprese di medie e piccole dimensioni, costituiscono una tra le principali cause di insolvenza e determinano la perdita di posti di lavoro<sup>37</sup>;

b) le diversità normative nazionali nell'ambito degli Stati membri oltre ad incidere profondamente sul volume degli scambi commerciali transfrontalieri, generano distorsioni della concorrenza<sup>38</sup>;

c) i bassi tassi di interessi moratori e la lentezza delle procedure di recupero dei crediti rendono il ritardato pagamento un inadempimento contrattuale finanziariamente attraente per i soggetti debitori<sup>39</sup>.

Rimedi a tali ostacoli hanno costituito due linee di intervento contenute nella normativa comunitaria, *in primis*, la introduzione di norme dispositive (e dunque, tendenzialmente derogabili in via negoziale)

---

<sup>36</sup> V.PANDOLFINI, Op. cit., 7.

<sup>37</sup> Considerando n.7.

<sup>38</sup> Considerando n.5.

<sup>39</sup> Considerando n.16.

stabilenti conseguenze negative in capo al debitore in caso di ritardo nel pagamento, soprattutto sotto il profilo dell'ammontare degli interessi di mora tali da indurre lo stesso debitore alla puntualità<sup>40</sup>; *in secundis*, procedure di recupero del credito più brevi sul presupposto che le conseguenze dell'adempimento tardivo possono risultare dissuasive per il debitore solo se accompagnate da modalità di recupero rapide ed efficaci, nonché- in conformità al principio di non discriminazione di cui all'art.12 del Trattato CE- a disposizione di tutti i creditori stabiliti nella Comunità<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Considerando n.17.

<sup>41</sup> Considerando n.20.

**4.1.Segue.** L'art.1 della Direttiva prevede che la normativa comunitaria si applica <<ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale>>, si tratta di disposizioni che riguardano le <<transazioni commerciali>> per esse intendendosi qualsiasi <<contratto stipulato tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comporti la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo>> (art.2), alle quali è estraneo per definizione il consumatore<sup>42</sup>.

L'ambito oggettivo di applicazione della disciplina concorre a delineare il novero dei soggetti a cui si rivolge: a) l'<<impresa >> ai sensi dell'art.2 n.1, <<ogni soggetto esercente una attività economica organizzata o una libera professione, anche se svolta da una sola persona>>. Il fatto che le professioni liberali ricadano nell'ambito di applicazione della presente direttiva non comporta per gli Stati membri l'obbligo di trattarle come imprese o attività commerciali per fini diversi da quelli della Direttiva<sup>43</sup>.

b) la <<pubblica amministrazione>>, definita come <<qualsiasi amministrazione o ente quali definiti dalle direttive sugli appalti pubblici (92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE)>>.

La Direttiva disciplina quindi, tutte le transazioni commerciali, effettuate tra imprese pubbliche o private ovvero tra imprese ed autorità pubbliche, comprendendo in tal modo anche quelle tra gli appaltatori ed i loro fornitori o subappaltatori<sup>44</sup>. Risultano, pertanto, esclusi dall'ambito applicativo della disciplina i contratti conclusi tra <<privati>>, e quelli stipulati tra una impresa o pubblica amministrazione e un privato.

---

<sup>42</sup> F.CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, ESI Napoli, 2003.

<sup>43</sup> Considerando n.14.

<sup>44</sup> Considerando n.22.

5. La disciplina dei termini di pagamento e degli interessi moratori è contenuta nell'art. 3 della Direttiva, il quale prevede al comma 1, lett.a) che qualora dal contratto sia desumibile un termine per l'adempimento, da tale momento iniziano a decorrere gli interessi legali a prescindere da una formale costituzione in mora del debitore; b) qualora, invece il termine non sia stato stabilito dalle parti contrattuali, sono individuate nella ripartizione della lett.b) ai punti i), ii), iii),iv), una serie di eventi al verificarsi dei quali inizieranno a decorrere automaticamente e senza la formale necessità della costituzione in mora, gli interessi in favore del creditore decorsi 30 giorni dal verificarsi dell'evento stesso<sup>45</sup>, e precisamente, i) trascorsi 30 giorni dal ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta equivalente di pagamento, o ii) se non vi è certezza sulla data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, trascorsi 30 giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, o iii) se la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi, o iv) se la legge o il contratto prevedono una procedura di accettazione o di verifica, diretta ad accertare la conformità delle merci o dei servizi al contratto, e se il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento anteriormente o alla stessa data dell'accettazione o della verifica, trascorsi 30 giorni da questa ultima data.

L'art. 3, comma 2, tuttavia, a tale previsione prevede una espressa eccezione consentendo ai legislatori nazionali, per alcune categorie contrattuali, la elevazione fino a 60 giorni il termine alla scadenza del quale sono dovuti gli interessi, a condizione che stabiliscano un tasso di interesse inderogabile <<sensibilmente superiore al tasso legale>> fissato nella Direttiva.

Lo stesso articolo, al comma 1, prevede che il debitore debba, in caso di ritardo nell'adempimento, corrispondere salvo differenti previsioni contrattuali, interessi moratori a un <<tasso di riferimento>> pari al tasso

---

<sup>45</sup> V.PANDOLFINI, *Op.cit.*, 9.

del principale strumento di rifinanziamento Banca Centrale Europea, applicato alla più recente operazione di rifinanziamento principale, effettuata il primo giorno di calendario del semestre di riferimento, maggiorato di almeno sette punti percentuali; nonchè alla lett.e) il diritto del creditore di esigere dal debitore un risarcimento ragionevole per tutti i costi di recupero sostenuti a causa del ritardo di pagamento del debitore. Questi costi di recupero devono rispettare i principi della trasparenza e della proporzionalità per quanto riguarda il debito in questione.

Il comma 3, invece, stabilisce limiti all'autonomia negoziale delle parti nella fissazione del termine di pagamento e nella regolamentazione delle conseguenze del ritardo, prevedendo la possibilità in linea generale, di apporre clausole che comportino termini o interessi meno favorevoli al creditore rispetto alle disposizioni previste dalla Direttiva, salvo che le stesse, valutate le circostanze concrete del caso <<compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto risultino gravemente inique nei confronti del creditore>>. Qualora l'accordo risulti gravemente iniquo <<si applicano i termini legali, a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità>>.

Da ultimo, il comma 5, prevede che gli Stati membri devono introdurre disposizioni tali da assicurare strumenti di tutela collettivi idonei ad impedire il ricorso a condizioni gravemente inique e tali da permettere ad organizzazioni rappresentative delle piccole e medie imprese di agire dinanzi ai tribunali o ad organi amministrativi, per far valere l'abusività di condizioni contrattuali stabilite per uso generale e per impedire che si continui a ricorrere a tali condizioni.

6. L'art. 4 della Direttiva, prevede che <<gli Stati membri provvedono in conformità con le disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato affinché il venditore conservi il diritto di proprietà sui beni fintanto che essi non siano stati pagati totalmente, qualora sia stata esplicitamente concordata una clausola di riserva di proprietà tra l'acquirente e il venditore prima della consegna dei beni. Gli Stati membri possono adottare o mantenere disposizioni relative ad anticipi già versati dal debitore>>.

La *ratio* della disposizione<sup>46</sup> risiede nella esigenza di assicurare che i soggetti creditori siano posti in situazione tale da poter esercitare la riserva di proprietà in tutti gli Stati membri, qualora la relativa clausola sia valida ai sensi delle disposizioni nazionali applicabili secondo le norme di diritto internazionale privato<sup>47</sup>.

L'art. 5 della Direttiva, in ordine alle procedure di recupero dei crediti non contestati, ha fissato un livello minimo di garanzia comune per gli Stati membri, stabilendo che essi devono adottare, secondo le rispettive disposizioni legislative, procedure che assicurino in favore di tutti i creditori nell'ambito della Comunità europea un titolo esecutivo entro novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso o di proposizione di domanda giudiziale da parte del creditore, a condizione che non siano contestati il debito o gli aspetti procedurali. Il comma 3, chiarisce che tale periodo non comprende i tempi necessari per le notificazioni, né eventuali ritardi imputabili alla condotta del creditore.

---

<sup>46</sup> V.PANDOLFINI, *Op.cit.*, 11.

<sup>47</sup> Considerando n.21.

## Capitolo Secondo

**IL D. LGS. 9 OTTOBRE 2002, N. 231- ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2000/35/CE RELATIVA ALLA LOTTA CONTRO I RITARDI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI.**

**ANALISI DELLA DISCIPLINA E DELLE MODALITA' DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO, IN CHIAVE CRITICO-RICOSTRUTTIVA.**

SOMMARIO: 1. L'applicazione della Direttiva nell'ordinamento italiano: la Legge delega n°39 del 2002 e il D.Lgs. 9 ottobre 2002 n. 231. –2. L'ambito di applicazione del decreto: le obbligazioni pecuniarie derivanti da <<transazioni commerciali>>. – 2.1. *Segue.* L'applicabilità della disciplina alla materia dei lavori pubblici.– 3. La nozione di transazione commerciale sotto il profilo soggettivo. Le pubbliche amministrazioni.– 4. *Segue.* L'imprenditore. – 5. Fattispecie escluse.

1. L'art. 26 della legge 1° marzo 2002, n. 39 recante <<Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dalla appartenenza dell'Italia alle Comunità europee- Legge comunitaria 2001>><sup>48</sup>, al comma 1, ha delegato il Governo ad emanare entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi per dare attuazione alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno 2000, n. 2000/35/CE, in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e, al comma 2, ha provveduto a fissare in sette punti i principi e criteri direttivi, delineando in special modo le novità di carattere processuale con riferimento alla modifica del procedimento di ingiunzione, cui avrebbero dovuto essere informati gli atti normativi di recepimento del provvedimento comunitario.

In particolare, la lett. a) della norma prevedeva l'adozione del provvedimento di ingiunzione da parte del giudice nel termine di trenta giorni dalla data di presentazione del ricorso. Tale termine risulta notevolmente inferiore rispetto a quello minimo di novanta giorni fissato dalla Direttiva.

---

<sup>48</sup> Pubblicata in G.U. n.72, 26 marzo 2002, Suppl.ord. n.54.

La lett. b) prevedeva l'abrogazione della norma di cui all'ultimo comma dell'art.633 c.p.c., quando la notificazione all'intimato debba avvenire fuori della Repubblica.

La lett. c) prevedeva un termine per la proposizione in caso di notifica del decreto ingiuntivo in uno degli stati europei, ai sensi dell'art. 641 comma 1, c.p.c., di cinquanta giorni, riducibile fino a venti giorni ed aumentabile fino a sessanta giorni, in presenza di giusti motivi, e che in caso di notifica in altri stati, esso non possa essere inferiore a trenta né superiore a centoventi. Era prevista la soppressione del secondo periodo del comma 2, in tema di determinazione del termine per l'opposizione a decreto ingiuntivo per l'intimato che risieda nelle province libiche o in territori soggetti alla sovranità italiana.

La *lett. d)*, prevedeva che, in presenza dei presupposti di cui all'art.648, comma 1, c.p.c., il giudice possa concedere la provvisoria esecuzione parziale del decreto ingiuntivo opposto, relativamente alle somme non contestate, salvo il caso in cui la opposizione riguardi aspetti procedurali.

La lett. e) prevedeva il coordinamento del saggio di interesse indicato nella Direttiva con quello previsto dalla Legge 18 giugno 1998 sulla subfornitura, demandando al Governo il compito di apportare a quest'ultima le modifiche del caso, allo scopo di rendere uniforme la previsione dei tassi di interesse in esse contemplati.

La *lett. f)* imponeva di attribuire alle associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel CNEL, prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese e degli artigiani, la legittimazione ad esperire le azioni collettive di accertamento, di cui all'art.3, comma 3, della Direttiva.

Infine, la *lett. g)* prevedeva l'attribuzione alle associazioni di cui sopra della legittimazione ad agire anche in sede inibitoria, nei confronti dei comportamenti abusivi.

Per la verità, sebbene nella rubrica dell'art. 26 si faccia un semplice riferimento alla attuazione della Direttiva, l'obiettivo affidato dal Parlamento al Governo sembra essere più ambizioso.

E' previsto infatti, che la delega deve aspirare ad adeguare la normativa vigente in materia di ritardi di pagamento ai principi e alle prescrizioni della Direttiva, ciò significa che il potere normativo dell'esecutivo non è limitato al mero profilo dell'adattamento del diritto interno alle regole sopranazionali, ma è funzionale ad un disegno di radicale riorganizzazione della disciplina delle conseguenze del ritardo nell'adempimento<sup>49</sup>.

Indizio di tale *voluntas legis*, si coglie nell'incipit del secondo comma, per il quale l'attuazione della Direttiva sarà in particolare informata ai criteri indicati, i quali dovrebbero essere considerati come specificativi delle generali finalità sopra indicate, ma non idonei ad esaurire le linee guida dei possibili interventi di armonizzazione<sup>50</sup>.

L'intenzione del legislatore nazionale era quella di provvedere al recepimento della disciplina comunitaria in materia di pagamenti tardivi non attraverso la trasposizione letterale della direttiva, bensì attraverso una linea sistematica di inquadramento della normativa informata a principi di ragionevolezza e proporzionalità, finalizzata a contrastare il fenomeno dei ritardi, procedendo alle opportune modifiche di tutte le norme interne già disciplinanti la materia<sup>51</sup>.

Senonché, il Governo italiano, sulla scorta di una prassi invalsa per il recepimento di altre direttive comunitarie<sup>52</sup>, ha adempiuto l'obbligo

---

<sup>49</sup> G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, I Contratti, 6/2002, p.628.

<sup>50</sup> G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 628.

<sup>51</sup> E.RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, in Contr. E impr., 2003., p.447, ritiene che <<la nuova normativa va idealmente inserita nel quadro normativo di riferimento

costituito dal Titolo I del Libro IV. Più specificamente, poiché l'obbligazione di pagamento derivante da una transazione commerciale presenta suoi propri caratteri, sarebbe giustificato il suo inserimento nel Capo VII del Titolo I citato, dedicato ad alcune specie di obbligazione>>.

<sup>52</sup> Cfr., ad esempio, il d. lgs. 15 gennaio 1992, n.50 attuativo della direttiva in materia di "Contratti negoziati fuori dai locali commerciali"; il d.lgs. 9 novembre 1998, n.427- dir. 94/47/CE sulla disciplina della "Multiproprietà"; il d.lgs. 22 maggio 1999, n.185- dir. 97/7/CE relativa alla 2Protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza".

mediante la emanazione di un unico e poliedrico<sup>53</sup> decreto legislativo, in cui la disciplina introdotta si presenta di ampia portata e di carattere trasversale, ovvero integra ed interagisce con diversi istituti già disciplinati dal codice civile<sup>54</sup>.

Il D.Lgs. 231/2002 segue una tecnica redazionale che si discosta marginalmente dal testo della Direttiva, che viene di fatto recepita nell'ordinamento italiano quasi esclusivamente con una differente disposizione degli articoli che la compongono<sup>55</sup>, e mediante l'uso di un linguaggio più pratico che giuridico-tecnico, di derivazione essenzialmente commerciale<sup>56</sup>.

E dunque, non è mancato chi<sup>57</sup>, in dottrina, ha espresso la propria perplessità su tali modalità di attuazione della Direttiva, osservando: <<La Legge che si commenta è una sorta di calderone, nel quale coesistono le norme specificatamente riguardanti i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, aventi un campo di applicazione limitato, con norme di carattere generalissimo come quelle processuali, con una nuova disciplina della riserva di proprietà, con la sostituzione di un comma della l. n. 192/1998 sulla disciplina del contratto di subfornitura>>.

Il legislatore delegato, dunque, si è limitato, alla piatta e quasi testuale riproduzione delle disposizioni comunitarie <<Tradendo in parte le aspettative, almeno se si guarda alla tecnica redazionale e descrittiva dichiaratamente volta ad un recepimento in *fotocopia* della direttiva>><sup>58</sup>, e non orientandosi neppure, quanto agli aspetti sostanziali, concernenti istituti

---

<sup>53</sup> A.PERRONE, *L'accordo gravemente iniquo nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in Banca borsa tit.cred., 2004, p.65, preferisce parlare di quadro normativo non del tutto lineare.

<sup>54</sup> S.G.SIMONE, *I pagamenti tardivi*, cit. p. 8.

<sup>55</sup> S.G.SIMONE, *I pagamenti tardivi*, cit. p.11.

<sup>56</sup> A.BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in Riv. Dir. priv., 2003, p.715 in cui <<si evidenzia il non corretto utilizzo da parte del legislatore nazionale del termine di <<transazioni commerciali>> in luogo di quello appropriato <<contratti commerciali>>.

<sup>57</sup> E.RUSSO, *Op. cit.*, p. 446.

<sup>58</sup> R.CONTI, *Il d.lgs. n.231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Obbligazioni e contratti*, Corriere Giuridico., n.1/2003, p. 99.

quali la mora del debitore, le obbligazioni pecuniarie, gli interessi moratori, la nullità, la riserva di proprietà, la subfornitura, ad una integrazione della disciplina comunitaria con istituti già contemplati e regolati, con modalità in gran parte diverse, nel Libro IV del codice civile, dotati di proprie peculiarità sostanziali già recepite anche dal sistema giudiziario interno, e lasciando, in tal modo, il compito di riportare unitarietà al sistema, agli studi della dottrina ed alle applicazioni pratiche della giurisprudenza.

2. L'ambito di applicazione della nuova disciplina in materia di ritardi di pagamento, può essere delineato efficacemente solo procedendo ad un esame congiunto delle disposizioni contenute negli artt. 1 e 2 del decreto, i quali riproducono in buona parte il contenuto degli artt. 1 e 2 della Direttiva 2000/35/CE.

Il legislatore nazionale, sulla scorta delle previsioni comunitarie, ha scelto l'utilizzo di un criterio c.d. positivo, laddove nel comma 1° dell'art. 1, ha affermato che <<le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale>>, di contenuto sostanzialmente identico all'art. 1 della Direttiva << La presente Direttiva si applica ad ogni pagamento a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale>>; e un criterio negativo, allorché, nel comma 2° dello stesso articolo, ha chiarito che <<le disposizioni del presente decreto non trovano applicazione per: a) debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore; b) richieste di interessi inferiori a 5 euro; c) pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno ivi compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assicuratore>>.

Il disposto dell'art. 2 del decreto, inoltre, al fine di chiarire in presenza di quali presupposti soggettivi ed oggettivi si rende operativa la normativa in esame, ricalcando l'art. 2 della Direttiva<sup>59</sup>, contiene una serie di precisazioni circa il significato da attribuire alle singole espressioni adoperate: a) <<transazioni commerciali>>, i contratti comunque denominati tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che

---

<sup>59</sup>Ai sensi di detta norma, per transazioni commerciali si intendono i <<contratti tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo>>. Le uniche modifiche apportate dall'art. 2 del D.Lgs. 231/2002, rispetto alla norma comunitaria, consistono nell'aggiunta degli incisi <<comunque denominati>>, riferito ai contratti, e <<in via esclusiva o prevalente>>, riferito alla consegna di merci ed alla prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo. A detta di R.CONTI, Il d.lgs.n.231/2002, cit., quest'ultima aggiunta <<è in contrasto con lo spirito e la lettera della norma comunitaria da trasporre, ove si consideri che l'inciso intende limitare la efficacia della disciplina comunitaria, così escludendola per i contratti in cui la merce o i servizi non costituiscono la prestazione principale o prevalente>>.

comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo; b) << pubblica amministrazione>>, le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro riunioni, gli enti pubblici non economici, ogni altro organismo dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specifiche finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organismi d'amministrazione, direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici; c) <<imprenditore>>, ogni soggetto esercente una attività economica organizzata o una libera professione; d) <<ritardi di pagamento>>, l'inosservanza dei termini di pagamento contrattuali o legali; e) <<saggio di interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue principali operazioni di rifinanziamento>>, il saggio di interesse applicato a simili operazioni nei casi di appalti a saggio fisso.

Nel caso in cui una operazione di rifinanziamento principale sia stata effettuata secondo una procedura di appalto a saggio variabile, il saggio di interesse si riferisce al saggio di interesse marginale che risulta da tale appalto. Esso riguarda anche le aggiudicazioni a saggio unico e le aggiudicazioni a saggio variabile. Si segnala che a differenza dell'art. 2 della Direttiva, esso non contempla le definizioni di <<titolo esecutivo>> e di <<riserva della proprietà>>.

Rilevato dall'esame dei disposti legislativi che la disciplina introdotta non costituisce una disciplina generale delle obbligazioni pecuniarie, ma ha un ambito di applicazione limitato alle obbligazioni pecuniarie che derivano da una transazione commerciale<sup>60</sup>, e che essa non "crea" un nuovo tipo contrattuale, bensì risulta essere disciplina di una obbligazione derivante da una serie di molteplici contratti che possono farsi rientrare nel *genus* di

---

<sup>60</sup> E.RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., p.452.

transazione commerciale, è opportuno ai fini della delimitazione del campo di applicazione, procedere alla considerazione distinta dei termini di <<transazione commerciale>> e della nozione di <<pagamento>>.

La nozione di <<*transazione commerciale*>>, costituisce il nucleo *centrale* ai fini della individuazione della sfera di operatività del decreto, tanto più che la possibilità di qualificare una determinata fattispecie negoziale come tale dipende, a sua volta, dalla compresenza di specifici requisiti sia soggettivi che oggettivi: sotto il profilo soggettivo, affinché un contratto possa essere ricondotto al *genus* delle transazioni commerciali, occorre che sia stipulato tra imprenditori o tra imprenditori e pubbliche amministrazioni; riguardo il profilo oggettivo, è necessario, invece, che faccia sorgere in capo ad almeno una delle parti l'obbligo di corrispondere una somma di denaro in cambio della consegna delle merci o della prestazione di un servizio.

Con il termine transazione, mutuato dal linguaggio economico piuttosto che da quello giuridico, viene quindi individuato un qualsiasi contratto sinallagmatico di scambio fra merci e/o servizi e denaro, tipico od atipico (il decreto si riferisce ai contratti <<comunque denominati>>), del quale le parti, nell'ambito della propria autoregolamentazione pattizia di interessi, intendono valersi<sup>61</sup>.

Deve escludersi in radice<sup>62</sup> il riferimento alla transazione in senso tecnico<sup>63</sup> propria del nostro sistema, e cioè a quel contratto con il quale le parti, ai sensi dell'art.1965 c.c, <<facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro>>.

Ciò in ossequio pure alla comparazione con il testo francese, inglese, tedesco della Direttiva: nel primo (francese), si discorre di <<*toute transaction ... qui conduit à la fourniture de marchandise ou à la prestation*

---

<sup>61</sup> G.DE NOVA, in G.DE NOVA e S.DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, cit., p.6.

<sup>62</sup> S.G.SIMONE, *Cit.*, p. 54.

<sup>63</sup> E.RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, *Cit.*, p.455.

*de services contre rémunération*>>; nel secondo (inglese), si discorre di <<*transaction which lead to the delivery of goods or the provision of services for remuneration*>>; nel terzo (tedesco) si discorre, infine, di <<*Geschäftsvorgänge ... die zu eiener Lieferung von Gutern oder Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt fuhren*>>. Tutti i testi sebbene contengano in sé il termine <<transazione>>, si riferiscono inequivocabilmente, ad un contratto commerciale in senso lato<sup>64</sup>.

Il fatto che l'applicazione della nuova normativa sia subordinata alla presenza di determinati presupposti consente di affermare che il legislatore italiano ha ritenuto opportuno mantenere la impostazione di quello comunitario<sup>65</sup> e dettare una disciplina speciale, valevole quindi, non per tutte le obbligazioni pecuniarie, bensì solamente per quelle assunte nell'ambito di una transazione commerciale<sup>66</sup>.

Con riferimento al termine <<*pagamento*>>, invece, il legislatore, nel successivo art. 3 del decreto, non ne indica una definizione, lasciando agli studiosi del diritto il compito della sua individuazione, ragion per cui si concorda nel riferirsi ad una autorevole dottrina<sup>67</sup>, la quale sostiene che per pagamento dovrebbe intendersi <<la esecuzione esatta della prestazione dovuta>>, definizione quest'ultima ricavata *a contrariis* dall'art. 1218 c.c., la quale dispone che <<il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile>><sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> In proposito G.DE NOVA, in G.DE NOVA e S.DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, cit. p.6.

<sup>65</sup> Il Considerando 13 della Direttiva, infatti, auspicava che la stessa dovesse <<essere limitata ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per una transazione commerciale>>.

<sup>66</sup> S.BOLOGNINI, *La Disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. DE CRISTOFARO, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, 2004, p. 466.

<sup>67</sup> M.GIORGIANNI, *Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss.dig.it.*, XII, Torino, 1965, p.321; analogamente G.CIAN, *Pagamento*, in *Dig.disc.priv.*, Sez.civ., XIII, Torino, 1998, p.234.

<sup>68</sup> S.G.SIMONE, *Il pagamento tardivo*, cit. p.52.

La nozione di pagamento coincide con quella di adempimento: entrambe, è noto, sono utilizzate nella sistematica del codice civile in modo promiscuo<sup>69</sup>.

La spiegazione di tale *modus agendi* risiede nella circostanza che la obbligazione pecuniaria rappresenta senza dubbio la specie più ampia e diffusa di obbligazione, sulla quale è stato poi disegnato l'intera sistema dell'adempimento in generale.

Tuttavia, nonostante nel nostro ordinamento, nel linguaggio normativo, l'espressione <<pagamento>> venga ad indicare l'adempimento di qualsiasi obbligazione, e non, quindi, solamente l'attività solutoria finalizzata a dare attuazione ad un programma obbligatorio avente ad oggetto la dazione di una somma di denaro, è condivisibile la dottrina che preferisce distinguere le due situazioni, utilizzando il termine pagamento esclusivamente quale atto solutorio di una obbligazione pecuniaria<sup>70</sup>, avente ad oggetto cioè una somma di denaro e disciplinata dall'art.1277 ss. c.c.

Nel caso del d.lgs. 231/2002, è indubbio che il riferimento sia ad una obbligazione pecuniaria<sup>71</sup>. A far propendere per tale inquadramento contribuiscono, peraltro, la definizione stessa di transazione commerciale di cui all'art. 2, lett.a, nella quale il corrispettivo dovuto in cambio delle merci o del servizio è qualificato come <<prezzo>><sup>72</sup>, nonché l'art. 6, comma 1°,

---

<sup>69</sup> L'espressione è di M.GIORGIANNI, *Pagamento (diritto civile)*, cit., p.321.

<sup>70</sup> M.PROSPERETTI, *Pagamento (dir. civile)*, in *Enc.giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p.1: << (...) nel linguaggio normativo, il termine pagamento è utilizzato quasi sempre come sinonimo di adempimento, perché le regole poste disciplinano l'adempimento in generale e non soltanto quello delle obbligazioni pecuniarie>>, nonché da C.M.BIANCA, *Diritto civile.4. L'obbligazione*, Milano, 1993, p.262: <<Nella terminologia del codice l'adempimento è indicato anche col nome di pagamento, ma nel comune linguaggio il pagamento designa più specificatamente l'adempimento della obbligazione pecuniaria>>.

<sup>71</sup> G.DE NOVA, in G.DE NOVA e S.DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, cit.5, sottolinea come pagamento non sia sinonimo di adempimento, in quanto per pagamento si deve intendere il pagamento di un prezzo.

<sup>72</sup> E' stato evidenziato da G. DE CRISTOFARO, *Op.cit.*, come il termine <<prezzo>> viene, infatti, solitamente impiegato per designare un corrispettivo consistente in una somma di denaro. Di parere diverso, E.RUSSO, *Op.cit.*, p.456, il quale sostiene che il termine <<prezzo>> è usato impropriamente perché secondo l'uso comune del linguaggio ed anche del linguaggio giuridico, prezzo è il corrispettivo della vendita e non può essere riferito correttamente al corrispettivo della prestazione di servizi, la quale viene *compensata*, riceve un *corrispettivo in denaro* ma mai un "prezzo".

del decreto, il quale, riconoscendo al creditore il diritto al risarcimento dei costi per il recupero delle <<somme>> non tempestivamente corrispostegli, muove chiaramente dal presupposto che sul debitore gravi l'obbligo di versare una somma di denaro<sup>73</sup>.

In tal senso depone, altresì, una ragione di ordine sistematico: la disciplina contenuta nel d.lgs. 231/2002 è interamente imperniata sull'istituto degli interessi moratori<sup>74</sup>, il quale, come è noto, riguarda le sole obbligazioni pecuniarie<sup>75</sup>.

Infine, la correttezza di tale interpretazione è suffragata dalla circostanza che nelle diverse versioni linguistiche della Direttiva è stato volta per volta utilizzato un vocabolo, al quale, negli ordinamenti degli Stati membri, suole essere attribuito il significato di <<pagamento di debiti pecuniari>>: ciò emerge, in particolare, dal confronto con la versione tedesca della Direttiva, nella quale si rinviene il termine *Zahlung*, comunemente adoperato in relazione alla corresponsione di una somma di denaro, in luogo della espressione *Erfüllung*, impiegata per designare in generale l'adempimento di qualsiasi obbligazione<sup>76</sup>.

Per quanto concerne, poi, la circostanza che il pagamento debba essere <<effettuato a titolo di corrispettivo>>, è stato ritenuto che tale inciso ha evidentemente la funzione di limitare la sfera di applicazione del

---

<sup>73</sup> Cfr. G.BENEDETTI, *Op.cit.*, <<Il Decreto non contiene, all'art. 2, una definizione di "pagamento": essa, tuttavia, può essere pacificamente ricavata non solo dagli obiettivi della direttiva europea, ma anche da alcune norme dello stesso decreto che, per la loro articolazione, presuppongono che per "pagamento" debba intendersi (esclusivamente) una attività corrispondente alla dazione di una somma di denaro. L'art. 6, 1<sup>a</sup> comma, ad esempio, parla di "risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli" e d'altra parte, lo stesso art. 2, 1<sup>o</sup> comma, lett.a- ove definisce la nozione di "transazione commerciale"- fa riferimento a contratti che comportino consegna di merci o prestazioni di servizi"contò il pagamento di un prezzo">>.

<sup>74</sup> G.DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p.468.

<sup>75</sup> A.ZACCARIA, *La Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium Iuris*, 2001, p.262, il quale con riferimento all'ambito di applicazione della normativa, afferma che:<< (...) essa si applica a tutti, e solo i pagamenti aventi ad oggetto somme di denaro (...)>>, ribadendo, peraltro, alla nt. 25, che non potrebbe essere altrimenti: << (...) dato che la sanzione prevista per il ritardo consiste nella corresponsione di interessi>>.

<sup>76</sup> In tal senso, A.DI MAIO, *Op.cit.*, p. 549.

d.lgs.231/2002 ai soli contratti a prestazioni corrispettive o sinallagmatici, a quei contratti cioè <<dai quali sorgono, nell'una e nell'altra parte, obblighi e diritti a prestazioni reciproche, collegate tra loro da un rapporto di interdipendenza>><sup>77</sup>, la cui causa è, quindi, <<lo scambio giuridico tra le prestazioni>><sup>78</sup>.

Il comma 1° dell'art. 1, infatti, precisa specificatamente che le disposizioni della legge si applicano ad ogni pagamento *effettuato a titolo di corrispettivo*. Risulta necessario, quindi, che il pagamento si ponga in un legame di corrispettività con la consegna di merci o la prestazione di servizi che costituiscono l'oggetto della <<transazione commerciale>>; costituisca il *prezzo* delle stesse consegna di merci o prestazioni di servizi.

Questo legame di corrispettività che deve qualificare il pagamento, vale ad escludere dall'ambito di applicazione della legge tutti quei pagamenti i quali pur derivando da transazioni commerciali non entrano a far parte del legame sinallagmatico fondamentale<sup>79</sup>.

La legge, insomma, ha inteso privilegiare lo *scambio*<sup>80</sup>, e cioè il compenso delle prestazioni effettuate, escludendo quelle forme di pagamento che costituiscono mezzi di *reintegrazione patrimoniale*, quali le restituzioni ed i rimborsi (e così anche tutto ciò che attiene al concetto di risarcimento danni).

---

<sup>61</sup> M.C.DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, p.53. Sul punto, amplius, G.BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli, 1984.

<sup>78</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, in Tratt. di dir.priv., Iudica e Zatti, Milano, 2001, p.439.

<sup>79</sup> E.RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 454.

<sup>80</sup> Non è mancato chi, ha affermato che <<La disciplina che si commenta, dunque, può dirsi diretta a proteggere lo scambio e la sua effettività, sotto il profilo della dimensione temporale>>, vedi E.RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 454.

**2.1.Segue.** Sulla possibilità di estensione della nuova disciplina alla materia relativa agli appalti pubblici, rilevanti furono i dubbi a livello interpretativo sollevati da studiosi ed interpreti del diritto, già all'indomani della emanazione della direttiva comunitaria 35/2000/CE.

La dottrina prevalente, si era espressa in senso positivo, fondando le proprie motivazioni sul disposto dell'art. 2, n. 1, della direttiva, il quale per la definizione di <<pubblica amministrazione>>, rinvia alle definizioni contenute nelle direttive sugli appalti pubblici tra le quali, quella contenuta nella direttiva 97/37/CE, in materia di appalti di lavori.

Di opposto avviso risultò la datarminazione n. 5, del 27 marzo 1998, nella quale, l'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, interpretando letteralmente il disposto dell'art. 2, della direttiva, che aveva definito le transazioni commerciali "i contratti che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi", sosteneva la impossibilità di estensione della disciplina comunitaria alla materia dei lavori pubblici, auspicandone tuttavia, una omogeneizzazione delle discipline.

Di converso, il Governo, nella Relazione illustrativa al D.lgs. n. 231/2002, disattese l'auspicio promosso dalla Autorità di Vigilanza ed escluse tale materia dall'ambito applicativo della nuova disciplina demandando ad un eventuale intervento legislativo *ad hoc*, che rendesse omogenee le due discipline.

Notevoli perplessità ha dunque, suscitato tale scelta legislativa in ambito dottrinale, dove in attesa di un chiarimento da molti auspicato, non è mancato chi<sup>81</sup>, ha inteso evidenziare come l'applicabilità della disciplina alla materia dei lavori pubblici, rendesse senza dubbio inapplicabile la stessa ai contratti misti di appalto e di servizi, nonché, di forniture comprendenti lavori accessori, qualora, ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, comma 3°, D.lgs. n. 157/1995- modif. dall'art. 3, D.Lgs. n. 65/2000, e dall'art. 2, comma 1°, della Legge n. 109/94- modif. dalla l. n. 415/1998 (Merloni-ter), i lavori stessi assumano rilievo economico superiore al 50%,

---

<sup>81</sup> GRECO, Contratti misti e appalti comunitari, in Riv.Ital.dir.comm., 1994, p. 1265 ss.

dato che in tal caso, tali contratti, in osservanza alle norme su citate, dovranno essere regolati dalla Legge n. 109/1994, in tema di lavori pubblici.

3. Sotto il profilo soggettivo, già in sede di analisi del contenuto della direttiva 35/2000/CE, è stato sottolineato come il legislatore comunitario avesse inteso offrire una tutela particolarmente intensa a quei soggetti che, pur gravitando nel mondo del commercio, si potessero trovare in una condizione di inferiorità rispetto ai contraenti dotati di maggiore forza economica sul mercato.

L'intento del legislatore è stato, infatti, di intervenire <<sulla preponderante maggioranza di tutti i soggetti che esercitano un'attività economica organizzata>><sup>82</sup>, e sulla scorta di quanto già avvenuto per le figure del <<consumatore>><sup>83</sup> e del <<professionista>><sup>84</sup>, si è assistito ad una decisa caratterizzazione dei destinatari <<pubblica amministrazione>> e <<imprenditore>>.

La disposizione di cui all'art. 2, lett.a, del Decreto, stabilisce che, affinché possa reputarsi sussistente una transazione commerciale, occorre che sia stato concluso tra due <<imprenditori>> o tra un <<imprenditore>> e una <<pubblica amministrazione>>, un contratto comportante in via esclusiva o prevalente la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo.

Quanto alla nozione di <<pubblica amministrazione>>, rientrano nel suo ambito, ai sensi dell'art. 2, lett.b, del d.lgs. 231/2002, <<le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di

---

<sup>82</sup> G.ARNO' e B.FERRI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento*, cit. p.18.

<sup>83</sup> Ai sensi dell'art.1469 bis, comma 2, c.c., il <<consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta>>.

<sup>84</sup> Ai sensi della stessa norma su citata, <<il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al comma 1°>>.

Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, gli enti pubblici non economici, ogni altro organismo dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici>>.

Appare possibile scindere il testo dell'art. 2, lett.b, del decreto in due parti: la prima a carattere meramente descrittivo, la seconda, a carattere definitorio<sup>85</sup>.

La prima parte della disposizione normativa in oggetto si limita, infatti, ad elencare le pubbliche amministrazioni cc.dd. tradizionali; la seconda, di contro, chiarisce in presenza di quali requisiti determinati organismi dotati di personalità giuridica, nonché istituiti per soddisfare specifiche finalità di interesse generale, possano essere trattati alla stregua di pubbliche amministrazioni. Tali organismi possono, infatti, rientrare nell'ambito applicativo del decreto solo se la loro attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o da organismi di diritto pubblico, oppure se la loro gestione risulta sottoposta al controllo di almeno una delle amministrazioni pubbliche cc.dd. tradizionali sopra menzionate, o, ancora, se i loro organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati da tali enti pubblici<sup>86-87</sup>.

---

<sup>85</sup> Vedi G.DE CRISTOFARO, *Op.cit.*, p. 469

<sup>86</sup> Per l'elencazione analitica di tali organi si vedano l'allegato n.3 del d.lgs. n.358/92, nonché l'allegato n.7 del d.lgs. n.157/95.

<sup>87</sup> V.PANDOLFINI, *Op.cit.*, <<L'art. 2, lett.b, del decreto recepisce, dunque, l'ampia definizione di soggetto pubblico di origine comunitaria, la quale abbraccia, oltre allo Stato ed agli enti pubblici, gli "organismi di diritto pubblico", i quali come è noto, alla luce delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, sono identificati in base alla contemporanea presenza dei seguenti tre requisiti: a) la sussistenza in capo all'organismo della personalità giuridica; b) lo svolgimento di una attività finanziata in modo

La direttiva 2000/35/CE, richiamata al riguardo anche dalla relazione governativa del d.lgs. 231/2002, era meno analitica sul punto, in quanto si limitava, *per relationem*, a definire nell'art. 2.1, come pubblica amministrazione <<qualsiasi amministrazione o ente, quali definiti dalle direttive sugli appalti pubblici 92/50/CEE<sup>88</sup>, 93/36/CEE<sup>89</sup>, 93/37/CEE<sup>90</sup>, inclusa 93/38/CEE<sup>91</sup>>>, rispettivamente riguardanti la prima gli appalti pubblici di servizi, la seconda gli appalti pubblici di forniture, le ultime due gli appalti pubblici di lavori.

La emanazione del D.lgs. 231/2002, ha comportato una decisa presa di posizione del Ministero della Economia e delle Finanze, che, fortemente preoccupato dal possibile lievitare della spesa pubblica, nella circolare n.1 del 14 gennaio 2003, fissa le linee guida dirette a reprimere i pagamenti tardivi delle pubbliche amministrazioni, notoriamente cattive/tardive pagatrici in ambito di rapporti commerciali; in essa si legge che la nuova normativa attinente alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali <<presuppone una P.A. al passo con i tempi, comportamenti virtuosi ed una particolare ed attenta cura da parte dei responsabili nella materia in esame e nella gestione delle relative risorse di bilancio>><sup>92</sup>.

---

maggioritario dallo Stato o da altri soggetti pubblici, ovvero sottoposta a poteri di interferenza da parte di questi soggetti; c) la istituzione dell'organismo per il perseguimento di specifiche finalità di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale>>.

<sup>88</sup> Direttiva del Consiglio delle Comunità europee del 18 giugno 1992, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, pubblicata in G.U.C.E. n. L 209 del 24 luglio 1992 e successivamente modificata dalla direttiva 97/52/CE.

<sup>89</sup> Direttiva del Consiglio delle Comunità europee del 14 giugno 1993 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, pubblicata in G.U.C.E. n. L 199 del 9 agosto 1993 e successivamente modificata dalla direttiva 97/52/CE.

<sup>90</sup> Direttiva del Consiglio delle Comunità europee del 14 giugno 1993, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, pubblicata in G.U.C.E. n. L 199 del 9 agosto 1993 e successivamente modificata dalla direttiva 97/52/CE.

<sup>91</sup> Direttiva del Consiglio delle Comunità europee del 14 giugno 1993, relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono i servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, pubblicata in G.U.C.E. n. L 199 del 9 agosto 1993 e successivamente modificata dalla direttiva 98/4/CE.

<sup>92</sup> S.G.SIMONE, *Op.cit.*, p.42.

Agli addetti ai centri di responsabilità deputati agli acquisti, pena l'accertamento di responsabilità per danno all'erario, si richiedono <<comportamenti e iniziative per velocizzare il sistema dei pagamenti relativo alle forniture di beni e servizi>>; i dirigenti e gli addetti ai centri di costo delle amministrazioni e degli enti in indirizzo dovranno, invece, provvedere a <<snellire, anche mediante informatizzazione, le procedure seguite, dalla fase dell'ordinazione della spesa a quella del pagamento, comprese tutte le fasi intermedie, concernenti il controllo della conformità e rispondenza dei beni e servizi ricevuti alle condizioni fissate nel contratto, nonché il controllo sulla prenotazione delle risorse necessarie>>; mentre i responsabili dell'attività contrattuale dovranno <<valutare la opportunità, nell'ambito della ponderazione complessiva delle clausole negoziali, di prevedere nel bando di gara, ovvero di negoziare condizioni diverse da quelle legali, salvaguardando il rispetto del sinallagma, la sostanziale *par condicio* tra le parti e le esigenze di carattere organizzativo dell'amministrazione debitrice>><sup>93</sup>; e nella successiva circolare n. 6 del 4 febbraio 2003, suffraga i principi sopra enunciati, evidenziando come la nuova disciplina introdotta dal d.lgs.231/2002, abbia posto in luce <<la esigenza per gli enti pubblici di adottare, nell'acquisizione di beni e servizi, ogni utile intervento, ivi compreso quello di velocizzare le procedure di pagamento delle forniture, evitando ritardi che, determinando ingiustificati oneri aggiuntivi, comporterebbero riflessi negativi sulla finanza pubblica>>.

Concludendo, si concorda con la dottrina nel ritenere che la riconduzione delle pubbliche amministrazioni nell'alveo soggettivo di applicazione della disciplina dei pagamenti tardivi, ha costituito un superamento degli antichi privilegi dei quali la P.A. ha sempre goduto<sup>94</sup> nei rapporti con i privati.

---

<sup>93</sup> S.G.SIMONE, *Op.cit.*, p.42

<sup>94</sup> A.FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli <<accordi>> tra privati e pubbliche amministrazioni*, ESI, Napoli, 1999.

4.*Segue.* Per quanto concerne la nozione di <<imprenditore>>, l'art. 2, *lett.c*), del decreto, ricomprende al suo interno <<ogni soggetto esercente una attività organizzata o una libera professione>>, discostandosi dalla previsione letterale dell'art. 2, punto 1, della Direttiva, che parla di <<impresa>> e non di <<imprenditore>><sup>95</sup>, definendola <<ogni soggetto esercente una attività economica organizzata o una libera professione, anche se svolta da una sola persona>>.

La spiegazione di tale differenza terminologica, potrebbe essere ascritta secondo la opinione di un illustre autore<sup>96</sup> con alta probabilità *sic et simpliciter* alla <<sciatteria della traduzione italiana>>; in secondo luogo, essendo stato eliminato nel decreto l'inciso <<anche se svolta da una sola persona>>, tale *modus agendi*<sup>97</sup>, potrebbe ricondursi alla circostanza che, la dizione <<ogni soggetto>> racchiuda già in sé la possibilità che l'imprenditore e il professionista possano esercitare la loro attività anche da soli, atteso che non sono estranee al nostro ordinamento, in tema di società di capitali, figure come la s.r.l. e la s.p.a. cc.dd. unipersonali<sup>98</sup>.

La definizione dell'imprenditore adottata ai fini dell'applicazione della nuova disciplina appare, dunque, differente dalla formulazione di cui all'art. 2082 c.c.: da un lato, nell'art. 2 *lett.c*), del decreto si menzionano anche i liberi professionisti, dall'altro, manca in tale disposizione

---

<sup>95</sup> G.SPOTO, *Op.cit.*, p. 168, sottolinea, che il legislatore italiano, a differenza di quello comunitario, non definisce l'<<impresa>> bensì l'<<imprenditore>>, il motivo di tale difformità terminologica sarebbe da ricercarsi nell'iter di approvazione del testo italiano, durante il quale la XIV Commissione della Camera dei Deputati, avrebbe sostituito il termine <<professionista>> con il termine <<imprenditore>>, più vicino allo spirito e al registro linguistico utilizzato nella Direttiva.

<sup>96</sup> Così come la definisce L.MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi*, cit. p.81, nota 10.

<sup>97</sup> S.G.SIMONE, *Op.cit.*, p. 44.

<sup>98</sup> Cfr. a riguardo l'art. 2463 c.c., novellato dal d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6, in tema di riforma della disciplina delle società di capitali e società cooperative ed in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, <<la società può essere costituita con contratto o atto unilaterale>>;

Cfr. per le s.p.a., l'art. 2345 c.c. (nuova formulazione) e 2362 cc.(vecchia e nuova formulazione).

normativa, qualsiasi riferimento al fine per cui l'attività economica organizzata viene posta in essere<sup>99</sup>.

Il legislatore comunitario, al fine di fugare qualsiasi dubbio circa l'applicabilità della presente disciplina, nel considerando n.14 della Direttiva, chiarisce: <<Il fatto che le professioni liberali ricadano nell'ambito di applicazione della presente Direttiva non comporta per gli Stati membri l'obbligo di trattarle come imprese o attività commerciali per fini diversi da quelli della presente Direttiva>>.

Da questa precisazione normativa consegue che la definizione di cui all'art. 2 *lett. c)*, del decreto, non comporta la modifica della nozione di <<imprenditore>> di cui all'art. 2082 c.c., il quale continua ad essere <<colui che esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi>>.

La circostanza che il legislatore nell'art. 2 *lett.c)*, si sia riferito all'<<esercizio di una attività economica organizzata>> o di una <<libera professione>>, secondo autorevole dottrina<sup>100</sup> <<autorizza a ritenere che l'esercizio della libera professione prescindendo ai fini della sua qualifica come attività di impresa- dal requisito della organizzazione imposto, viceversa per chi esercita una attività economica.

Ne consegue che nella nozione di <<liberi professionisti>>, possano rientrare tutti coloro che, al di fuori di un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato, esercitano in modo stabile una attività di tipo professionale, per l'espletamento della quale sia richiesto, cioè, il possesso di specifiche conoscenze e competenze.

---

<sup>99</sup> Di tale avviso, G.BENEDETTI, *Op. cit.*, p. 39: <<la formulazione dell'art. 2, comma 1°, lett. c), del d.lgs. in commento, è sufficientemente ampia (data la scomparsa di qualsiasi riferimento al "fine" dell'attività esercitata) da potersi ritenere comprensiva anche di quelle attività economiche organizzate con un minimo di impiego di forza lavoro o di capitali, ovvero basate sul lavoro esclusivamente proprio dell'imprenditore>>; nonché E.RUSSO, *Op.cit.*, p., <<Risultano espunti dalla nozione di imprenditore il fine di lucro, l'orientamento commerciale della attività espletata, nonché la dimensione della stessa attività imprenditoriale>>.

<sup>100</sup> G.BENEDETTI, *Op.cit.*, p. 40.

In tale definizione, dunque, rientrano quelle figure professionali operanti nelle arti liberali, avvocati, medici, notai; oltre che nel settore tecnico, ingegneri, architetti, agronomi, geometri, periti, nonché in quello economico, commercialisti e ragionieri.

La riformulazione della *lett.c)*, poi, farebbe emergere una ulteriore problematica, connessa alla *operatività* della disciplina sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali tra i professionisti.

Fuor di dubbio che debbano ritenersi sussunte nell'ambito della disciplina in esame anche tali contrattazioni, ad eccezione delle ipotesi in cui il professionista fornisce la prestazione d'opera in un contesto diverso dal quale generalmente opera il committente (si pensi ad esempio, all'ingegnere che progetta la casa privata di un avvocato), tali fattispecie sembrano esulare dall'ambito della normativa in commento, essendo quindi esclusi i contratti stipulati fra il professionista ed il proprio cliente non imprenditore.

Ed il problema nemmeno si pone per le ipotesi di rapporti intercorrenti fra una società di professionisti (ad esempio società di *engineering*) ed altro prestatore di opera, anch'essi sussumibili nell'ambito di operatività della disciplina normativa in rassegna<sup>101</sup>.

Esclusi invece dalla presente disciplina, i contratti tra il professionista ed il proprio cliente non imprenditore.

Questi casi, infatti, rimangono regolati dalla disciplina generale o, eventualmente da quella di settore prevista per le singole categorie professionali, a differenza dei rapporti commerciali intercorsi tra professionista e professionista rese e ricevute nell'esercizio dell'attività professionale, nonché tra professionista ed imprenditore, per i quali la pregressa disciplina rimarrà travolta o integrata<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> R.CONTI, *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, Cit. p. 100.

<sup>102</sup> Si pensi al caso degli ingegneri o architetti per i quali l'art. 9 della tariffa professionale approvata con la l. 2 marzo 1949 n. 143, prevedeva gli interessi ragguagliati al tasso ufficiale di sconto fissato dalla Banca d'Italia stabilendo che il pagamento delle somme dovute al professionista doveva essere eseguito entro sessanta giorni dalla consegna della

5. L'art. 1, comma 2°, del d.lgs. n. 231/2002 esclude dall'ambito applicativo della nuova disciplina rispettivamente: *lett. a)* <<debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore>>; *lett. b)* <<richieste di interessi inferiori a 5 euro>>; *lett. c)* <<pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno ivi compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assicuratore>>.

Le esclusioni di cui alle lett. a) e b), sono state introdotte dal legislatore italiano in virtù della facoltà riconosciutagli dall'art. 6, comma 3°, della Direttiva, il quale prevedeva che nel dare attuazione alla disciplina comunitaria, gli Stati membri potessero escludere dall'ambito applicativo della stessa i debiti oggetto di procedure concorsuali a carico del debitore, nonché le richieste di interessi inferiori a 5 euro. L'art. 6, comma 3°, inoltre consentiva agli Stati membri di escludere dall'ambito di applicazione della normativa, anche i contratti conclusi prima dell'8 agosto 2002: il nostro legislatore si è avvalso, altresì, di tale facoltà, ma ha preferito inserire tale esclusione nell'art. 11 del decreto, nella disposizione dedicata alle norme transitorie e finali<sup>103</sup>.

Le esclusioni, sono frutto di un attento esame dei principi e delle regole dei vari ordinamenti, come si desume dalla estromissione di cui alla

---

specifica e collegando alla scadenza di tale termine la decorrenza degli interessi legali. In tal caso, la disciplina sui ritardati pagamenti sembra destinata a prevalere, in quanto successiva alla legge nazionale che, nemmeno può avere efficacia ultrattiva, in quanto non contiene una disciplina più favorevole per il creditore, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 2 d.lgs. n. 231/2002, né con riferimento al saggio di interesse né al termine di adempimento.<sup>1</sup>

<sup>103</sup> S.BOLOGNINI, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, (a cura) di G.DE CRISTOFARO, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2004, p. 495, in cui <<Tale scelta appare opportuna, dal momento che tale esclusione, a differenza di quelle contenute nell'art. 1, non contribuisce a meglio definire il campo di applicazione del decreto da un punto di vista sostanziale, ma regola un aspetto connesso alla efficacia temporale della disciplina in oggetto: l'art. 11, comma 1°, infatti, si limita a sancire una sorta di efficacia retroattiva della disciplina in materia di ritardi di pagamento>>. In tal senso, G.DE NOVA, *Op. cit.*, p. 7: << Quanto all'applicazione nel tempo, occorre considerare quanto prevedono le norme transitorie e finali, all'art. 11. (...) Tenuto conto che il decreto, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 23 ottobre 2002, è entrato in vigore il 7 novembre 2002, la norma in esame dispone una efficacia retroattiva: perché non par dubbio, al di là della formulazione in negativo, che l'art. 11.1 disponga l'applicazione delle norme del decreto ai contratti conclusi dall'8 agosto 2002 in poi>>.

*lett. a*), dei <<debiti oggetto di procedure concorsuali>> che seguono un iter diverso, giustificato dalla legge.

La sentenza che dichiara il fallimento, sottrae al fallito l'amministrazione e la disponibilità dei propri beni e sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, fino alla chiusura del fallimento. I debiti pecuniari del fallito, si considerano scaduti agli effetti del concorso, alla data in cui viene dichiarato il fallimento e non possono essere pagati entro i termini prefissati, perché la procedura concorsuale non lo consente. Per tale ragione il ritardo per l'adempimento non può essere imputato al debitore che dal momento della dichiarazione di fallimento, non ne ha più la disponibilità e quindi non può prendere alcuna decisione in materia di pagamenti.

Il legislatore nazionale, con riferimento alla suddetta esclusione, ha preferito risolvere in radice ogni problema di possibile coordinamento fra la nuova disciplina degli interessi moratori e la normativa interna sulla decorrenza degli interessi applicabile in caso di procedure concorsuali, escludendo *sic et simpliciter* dall'ambito applicativo della legge tutti i <<debiti oggetto di procedure concorsuali>>.

La *ratio* della esclusione, si rinviene nella esigenza di salvaguardare il principio della *par condicio creditorum*, in tutte le ipotesi nelle quali la dichiarazione di fallimento ovvero, in generale, l'apertura della procedura concorsuale non sia idonea a frenare il decorso degli interessi moratori in favore del creditore insinuatosi al passivo e determini, pertanto, una disparità di trattamento fra i crediti pecuniari esclusi (oggettivamente o soggettivamente) dall'ambito applicativo del d.lgs, n. 231/2002<sup>104</sup>.

Coordinando tale disposizione con la normativa interna preesistente, la esclusione oggettiva è destinata ad operare in caso di dichiarazione di fallimento esclusivamente con riferimento ai creditori privilegiati, in quanto, in applicazione dell'art. 55 l.fall.<sup>105</sup>, il decorso degli interessi sui

---

<sup>104</sup> S.G.SIMONE, *Op. cit.*, p. 55.

<sup>105</sup> La dichiarazione di fallimento sospende infatti il corso degli interessi convenzionali o legali sino alla chiusura della procedura concorsuale, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, pegno o privilegio. Cfr. sul punto, L.PANZANI (diretto da), *Il*

crediti chirografari (siano essi convenzionali o legali), è comunque sospeso per legge a far data dalla sentenza dichiarativa di fallimento<sup>106</sup>.

Nell'attuale sistema normativo, dunque, il creditore chirografario potrà avvantaggiarsi della nuova normativa sullo speciale tasso di interesse moratorio soltanto fino alla data della pronuncia giudiziale di fallimento in quanto, per espressa previsione legislativa ex art. 55 l. fall., la dichiarazione di fallimento blocca il corso degli interessi sui crediti chirografari.

Al credito privilegiato, invece, potrà applicarsi il tasso speciale di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 231/2002 soltanto sino alla data di apertura della procedura concorsuale, mentre per il periodo successivo, gli interessi decorreranno al tasso legale (o al tasso convenzionale), nel rispetto della *par condicio creditorum*<sup>107</sup>.

L'attuale sistema normativo, dunque, ispirato dal principio del *favor creditoris*, non consente all'interprete una interpretazione della disposizione in parola in senso c.d. restrittivo, ovvero della non applicabilità (in sede di verifica dei crediti da parte del giudice delegato) dello speciale tasso moratorio in caso di successivo fallimento dell'imprenditore. Invero, la mora *ex re* e la automatica decorrenza degli interessi moratori sono istituti che operano nel momento in cui si verificano i presupposti previsti dall'art. 4 del d.lgs. n. 231/2002, con la conseguenza che va escluso che la successiva declaratoria di fallimento possa far venire meno il diritto alla corresponsione degli interessi moratori già acquisito nel patrimonio giuridico del creditore<sup>108</sup>.

---

*fallimento e le altre procedure concorsuali*, in *Il dir.priv. nella giur.* A cura di P.CENDON, Torino, 2000, I, p. 527 ss.; P.PAIARDI (a cura di ), *Codice del fallimento*, Milano, 1997, sub art.55, p. 330 ss.; G.U.TEDESCHI ( a cura di), *Le procedure concorsuali*, Torino, 1996, I, sub art. 55, p. 332 ss.

<sup>106</sup> Sull'argomento, A.M.BENEDETTI, in A.M.BENEDETTI, P.CANEPA, M.GRONDONA, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 25; V.PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento*, cit. p. 20.; Cfr. sul punto, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, L'obbligazione, Milano, 1991, p. 177.

<sup>107</sup> S.G.SIMONE, *Op. cit.*, p. 56.

<sup>108</sup> S.G.SIMONE, *Op. cit.*, p. 57.

La previsione di cui alla *lett. b)*, da un punto di vista contenutistico, delle tre esclusioni, pare la meno intelleggibile<sup>109</sup>.

A tal riferimento, in dottrina non è mancato chi, ha affermato che sia il legislatore comunitario che quello nazionale, hanno ritenuto opportuno introdurre tale esclusione in virtù della scarsa rilevanza economica assunta dai rapporti negoziali cui essa si riferisce<sup>110</sup>.

All'uopo, onde evitare che il disposto di cui alla *lett. b)* risulti di <<scarso significato>><sup>111</sup>, non resta che proporre una interpretazione correttiva del medesimo: si potrebbe infatti ipotizzare che il legislatore comunitario sia stato indotto a formulare tale disposizione non tanto dalla volontà di delimitare l'ambito di applicazione della Direttiva, quanto dal desiderio di chiarire che, nella ipotesi in cui il creditore, in virtù della applicazione del decreto, avrebbe diritto a richiedere interessi moratori il cui ammontare fosse di 5 euro o inferiore a tale importo, non sarebbe

---

<sup>109</sup>S.BOLOGNINI, in *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, (a cura di) G.DE CRISTOFARO, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, p. 495.

<sup>110</sup>Cfr. V.PANDOLFINI, *Op. cit.* p. 20: <<Attraverso il comma 2 della norma in commento, il legislatore, avvalendosi della facoltà concessa alle singole legislazioni nazionali dall'art. 6, comma 3°, della Direttiva 2000/35/CE, esclude espressamente dall'ambito applicativo del decreto- oltre, come si è visto, i pagamenti effettuati a titolo risarcitorio- i "debiti oggetto di procedure concorsuali a carico del debitore" (lett. a) e le "richieste di interessi inferiori a 5 euro" (lett. b). La ratio della esclusione risiede verosimilmente, nel primo caso, nella disciplina differenziata- a sua volta, rispondente a specifiche finalità- dettata in tema di pagamenti effettuati nell'ambito delle procedure concorsuali e, nel secondo caso, nella scarsa rilevanza economica (soprattutto in rapporto alla misura degli interessi) rivestita da tali rapporti>>; G.DE MARZO, *Op. cit.*, <<Quanto alle richieste di pagamento di interessi inferiori a 5 euro, non pare a voler rimanere seri, che l'insoddisfazione di tali crediti possa realmente rappresentare un pesante onere amministrativo e finanziario per le imprese, ancorché piccole, e addirittura determinare la insolvenza con gravi ricadute occupazionali (considerando n. 7 della Direttiva)>>; G.FAUCEGLIA, *Op. cit.*, <<In tal senso, può dirsi che resti nella facoltà dei singoli Stati l'escludere rapporti che per la loro concreta rilevanza economica (valutata in ragione della misura degli interessi) e per la loro natura (quelli concorsuali), non abbisognano di normativa specifica, considerata la scarsa valenza economica oppure conoscono già una disciplina differenziata in ragione della tutela diversa che la norma generale intende realizzare (ad esempio, in materia fallimentare quella connessa alla par condicio creditorum)>>; P.SANNA, *Op. cit.*, p. 257: << La ipotesi di esclusione prevista dall'art. 1, comma 2°, lett.b), d.lgs. n. 231/2002, relativa alle "richieste inferiori a 5 euro", si spiega invece in ragione della scarsa valenza economica dell'importo dovuto a titolo di corrispettivo: nella fattispecie considerata, il ritardato pagamento non potrà infatti determinare alcun serio pregiudizio per il creditore>>.

<sup>111</sup> Cfr. R.CONTI, *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corriere Giuridico*, n. 1/2003.

legittimato ad esigerne la corresponsione. In sostanza, il disposto servirebbe esclusivamente a sancire la inesigibilità delle richieste inferiori ai 5 euro<sup>112</sup>.

Il tenore letterale della *lett. c)* – pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno anche se effettuati da un assicuratore- riporta testualmente il contenuto del considerando n. 13 della direttiva 2000/35/CE, dopo che il Comitato economico e sociale, nel parere espresso il 10 settembre 1998, sulla proposta di direttiva formulata dalla Commissione, tanto aveva sollecitato espressamente.

Si tratta di una esclusione oggettiva, che appare superflua con riguardo ai pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno, atteso che i debiti di valore derivanti da fatto illecito certamente non ricadano sotto la definizione di <<pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale>> di cui all'art. 1, comma 1°, del d.lgs. n. 231/2002.

E' evidente, infatti, che una eventuale somma dovuta a titolo di risarcimento del danno difficilmente potrebbe essere qualificata come un corrispettivo dovuto in cambio della consegna di merci o della prestazione di un servizio. Va da sé, infatti che, potendo essere assoggettati al decreto solo i crediti derivanti da un contratto, rimangono estranee all'ambito di applicazione del decreto tutte quelle obbligazioni pecuniarie che abbiano una fonte diversa, quali le obbligazioni derivanti da un fatto illecito o da ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> S.BOLOGNINI, *Op.cit.*, p. 497

<sup>113</sup> Sul punto, L.MENGONI, *Op. cit.*, p. 75: <<Sono esclusi (...) in ordine all'oggetto (...) le obbligazioni secondarie prodotte dall'inadempimento o dal ritardo: pagamenti di penali previste dal contratto, restituzione del prezzo e rimborso delle spese al compratore in caso di risoluzione del contratto (cfr. art. 1493 c.c.), in generale la obbligazione di risarcimento dei danni per equivalente>>; A. ZACCARIA, *Op. cit.*, <<Di conseguenza, essa si applica a tutti, e solo i pagamenti aventi ad oggetto somme di denaro *primari* e non pure ai pagamenti relativi a crediti *secondari* ,, come i pagamenti a titolo di risarcimento dl danno, i pagamenti disciplinati dalla normativa su assegni e cambiali, i pagamenti di pene contrattuali, o da eseguire a titolo di restituzione, nonostante che anche rispetto a tutti questi pagamenti possa darsi, ovviamente, una situazione di ritardo: e, in effetti, non corrisponde certamente al modo di atteggiarsi di questi ultimi casi il concedere, come fa invece la Direttiva, al debitore che si sia reso colpevole di un inadempimento contrattuale,

Meno scontata, appare, invece, la previsione della seconda parte dalla *lett. c)*, la quale ricalcando pedissequamente il dettato della Direttiva, pare voler fugare ogni dubbio sulla possibilità di applicare la nuova normativa in materia di pagamenti alla ipotesi di colposo ritardo dell'assicuratore nell'adempimento della obbligazione (di fonte contrattuale) avente ad oggetto il pagamento dell'indennizzo all'assicurato. E' orientamento costante ritenere che l'obbligazione dell'assicuratore abbia natura contrattuale, con conseguente applicazione, in caso di inadempimento o di ritardo, della disciplina sulla mora e sulla decorrenza degli interessi<sup>114</sup>.

---

e perciò sia tenuto a risarcire il relativo danno, un periodo di trenta giorni in cui non venga a lui addossata alcuna conseguenza>>.

<sup>114</sup> Sul punto, Cass., 15 maggio 2003, n. 7532, in *Mass. Giur.it.*, 2003; Cass., 26 aprile 1999, n. 4155;

## Capitolo Terzo

### ***LA DISCIPLINA DEL RITARDO: LE CAUTELE PREDISPOSTE PER ARGINARE E COMBATTERE IL FENOMENO DEI PAGAMENTI TARDIVI E IL COORDINAMENTO CON LA DISCIPLINA DEL CODICE CIVILE E DI ALTRE LEGGI SPECIALI***

SOMMARIO: *Sez. prima-* La nuova disciplina della mora: i termini di pagamento e gli interessi moratori.

1. La responsabilità del debitore (art. 3 D.Lgs., n. 231/2002) e il confronto con la disposizione di cui all'art. 3 della Direttiva. - 2. La mancata riproduzione della previsione di cui l'art. 3, *lett. c), i)* della Direttiva, relativa all'adempimento degli obblighi *ex latere creditoris*. - 3. La disciplina introdotta dall'art. 4, D.lgs. n. 231/2002 e i nuovi termini di pagamento. La decorrenza degli interessi in regime di previsione contrattuale. La decorrenza degli interessi in assenza di previsione contrattuale. - 3.1. *Segue*. La cessione di prodotti alimentari deteriorabili. - 4. La nuova ipotesi di *mora ex re* introdotta dal d.lgs. n. 231/2002. - 5. I termini di pagamento a) nei contratti con la pubblica amministrazione e b) negli appalti pubblici. - 6. Il nuovo saggio legale degli interessi.

*Sez. Seconda-* La Nullità degli accordi gravemente iniqui: il potere di correzione del giudice e la disciplina processualistica.

1. Nozione di grave iniquità (art. 7 D.Lgs., n. 231/2002) e le ipotesi previste dall'art. 7 del decreto: i parametri di accertamento della <<grave iniquità>> previsti dal comma 1° e le fattispecie <<presunte>> di grave iniquità di cui al comma 2°. - 2. Le conseguenze della grave iniquità: La sanzione della nullità, comma 3°, art. 7, D.Lgs. n. 231/2002. - 3. Il potere integrativo del giudice. - 4. La legittimazione ad agire delle associazioni e le forme di tutela: l'actio inibitoria. - 5. La disciplina processualistica e le modifiche al procedimento monitorio: a) L'abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 633, c.p.c.; b) Le modifiche all'art. 641 c.p.c.; c) La provvisoria esecuzione parziale del decreto ingiuntivo.

*Sez. Prima*

1. L'art. 3 del D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, dà attuazione all'art. 3, par. 1°, *lett. c), ii)*, Direttiva 2000/35/CE, con cui il legislatore comunitario impone agli Stati membri di riconoscere al creditore insoddisfatto - a causa del mancato pagamento nei termini dell'importo dovuto - il diritto agli interessi di mora, salvo che <<il ritardo non sia imputabile al debitore>>.

L'esplicito riconoscimento, in capo al soggetto attivo del rapporto obbligatorio, del diritto agli interessi moratori, accompagnato da una misura del saggio legale di tali interessi sensibilmente elevata, soddisfa pienamente

la esigenza, già da anni emersa a livello comunitario, di apprestare validi ed efficaci strumenti di reazione al fenomeno dei ritardi di pagamento<sup>115</sup>.

Un fenomeno alimentato, da un lato, dalla sostanziale carenza di apparati normativi in grado di collegare al ritardo conseguenze dissuasive e a qualificare la inosservanza delle modalità temporali di esecuzione della prestazione come <<violazione contrattuale finanziariamente attraente, in ragione dei bassi livelli dei tassi degli interessi di mora e, nondimeno, della lentezza delle procedure di recupero>>, e dall'altro, dalle rilevanti differenze intercorrenti tra le norme e le prassi dei singoli Stati membri, che rappresentavano un ulteriore ostacolo al buon funzionamento del mercato interno.

La previsione normativa dell'art. 3 del decreto, ossia la configurazione dell'obbligo di corrispondere gli interessi moratori quale effetto *automatico* della inosservanza del termine (legale o contrattuale) di pagamento, risulta, quindi, perfettamente in linea con le scelte di politica del diritto effettuate a livello comunitario, ed enucleate in modo chiaro nel 16° considerando della Direttiva.

Il testo del provvedimento comunitario, si presenta parzialmente diverso dalla previsione di cui all'art. 3, della Direttiva, nel momento in cui esclude la responsabilità del debitore qualora questi sia in grado di dimostrare che <<il ritardo (...) è stato determinato dalla impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile>>.

Il legislatore comunitario, ha utilizzato una espressione generica, senza precisare quando potesse parlarsi di imputabilità del ritardo e, quindi, quando il debitore potesse essere considerato responsabile.

Attenta dottrina<sup>116</sup>, poi, ha giustamente sottolineato la improprietà terminologica in cui era incorso il legislatore comunitario nel momento in cui collegava la responsabilità del debitore al mancato adempimento <<nei

---

<sup>115</sup> A.FINESSI, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 506.

<sup>116</sup> A. ZACCARIA, *La Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001, p. 267.

termini>>; non può, infatti, non condividersi l'assunto secondo cui, l'utilizzo del plurale avrebbe potuto dare adito a dubbi interpretativi circa l'effettivo significato da attribuire alla locuzione, potendo essa, essere intesa come espressione di tutte le modalità di esecuzione della prestazione, e non solo di quella temporale.

Da condividersi, una interpretazione *restrittiva* del disposto in esame, la quale individua nel mancato pagamento entro il termine pattizio o legale, il presupposto al verificarsi del quale sorge l'obbligo di corrispondere gli interessi moratori, senza che assuma alcun rilievo, il mancato rispetto delle altre modalità di adempimento (es. luogo e modalità della consegna, luogo di pagamento, etc.) ed a conferma di ciò basti considerare che l'art. 3, della Direttiva, alla *lett. c)*, ed *ii)*, parla chiaramente ed esclusivamente di <<ritardo>>.

Il legislatore nazionale, con riferimento ai principi sanciti nell'art. 3, *lett. c)*, della Direttiva, in materia di responsabilità debitoria, non si è limitato ad una mera riproduzione letterale della direttiva, discostandosi in tal modo, dalla tecnica- se così può definirsi il recepimento in *fotocopia* del contenuto normativo di un provvedimento- utilizzata per quasi tutte le rimanenti disposizioni, in sede di recepimento della direttiva comunitaria *de qua*, infatti, ha preferito non riprodurre letteralmente il testo della Direttiva, il cui art. 3, negava al creditore il diritto alla corresponsione degli interessi moratori in caso di <<ritardo non imputabile al debitore>><sup>117</sup>, ma ricalcare fedelmente<sup>118</sup> il contenuto dell'art. 1218 c.c., in tema di responsabilità del debitore per inadempimento delle obbligazioni, nella parte in cui prevede l'eventuale esonero qualora quest'ultimo riesca a

---

<sup>117</sup> Nella versione tedesca, francese ed inglese della Direttiva, si legge che il creditore ha diritto agli interessi moratori << a meno che il debitore non sia responsabile del ritardo >>.

<sup>118</sup> Unanime sul punto la dottrina: F.A.MAGNI, *La responsabilità per il ritardo*, in V.CUFFARO (a cura di) *La disciplina dei pagamenti commerciali*, cit., p. 139; R.CONTI e G.DE MARZO, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione*, cit., p. 145; S. DE NOVA, in G. DE NOVA e S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, cit., p. 11; V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento*, cit., p. 31; G. ARNO' e B. FERRI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento*, cit., p. 24; E.RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., p. 397; R.CONTI, *Il d.lgs. n. 231/2002*, cit., p. 107.

fornire la prova che <<l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile>>.

Invero, la formula, certamente più concisa e, soprattutto generica, del provvedimento comunitario rischiava- se riproposta nel testo del decreto- di insinuare non pochi dubbi circa il contenuto e l'<<ampiezza>> della prova liberatoria gravante sul debitore, nel senso che il mero riferimento al <<ritardo non imputabile>> avrebbe, forse, potuto legittimare l'idea di una possibile inclusione, tra la cause di giustificazione dell'inadempimento temporaneo, di elementi soggettivi attinenti alla persona del debitore<sup>119</sup>.

Secondo un accreditato orientamento dottrinale, il giudizio di responsabilità, nell'illecito c.d. contrattuale, si fonda su due elementi: l'uno di natura soggettiva, che si identifica nella <<non imputabilità>><sup>120</sup> dell'evento che rende impossibile la prestazione, e l'altro, di carattere

---

<sup>119</sup> A.FINESSI, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 510.

<sup>120</sup> A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in Commentario del cod.civ. Scialoja-Branca a cura di F.Galgano, artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, p. 465, precisa che la diligenza è l'unico criterio utilizzabile per valutare <<"l'imputabilità" dell'evento che ha reso "impossibile" la prestazione dovuta>>. V. anche la Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, n. 571, in cui si legge: <<Ora l'art. 1218 logicamente connesso all'art. 1256 (...) ha voluto mettere in evidenza che deve trattarsi di impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata. Di guisa che non può, agli effetti liberatori, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, originata da cause inerenti al debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta; mentre d'altra parte, anche gli adempimenti che si verificano nella persona o nella economia del debitore dovranno aver rilievo quando incidono sulla prestazione considerata in sé e per sé, nella sua sostanza o nei suoi obiettivi presupposti. (...) la non imputabilità dell'evento, ossia l'assenza di colpa riguardo al verificarsi del medesimo e al conseguente impedimento ad adempiere, costituisce il requisito subiettivo, che deve concorrere con quello obiettivo della impossibilità della prestazione, perché il debitore inadempiente sia esente da responsabilità>>.

Per l'approfondimento della tematica si veda: OSTI, Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione, in Riv. Dir. Civ., 1918, p. 209; BETTI, Teoria generale delle obbligazioni, I, Milano, 1953, p. 110 ss.; L. MENGONI, Obbligazioni di <<risultato>> e obbligazioni di <<mezzi>>, in Riv.dir.comm., 1954, I, p. 185 ss.; GIORGIANNI, L'inadempimento, Milano, 1959, p. 183 ss.; BIANCA, Inadempimento delle obbligazioni, in Commentario di cod.civ., Scialoja-Branca, a cura di Galgano, artt. 1218-1229 c.c., Bologna-Roma, 1979, spec. P. 82 ss.; NATOLI, L'attuazione del rapporto obbligatorio, in Trattato dir.civ. e comm., diretto da Cicu e Messineo, II, Milano, 1984, p. 42 ss.; VISINTINI, Inadempimento e mora del debitore, in Il Codice Civile. Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1987, spec. p. 75 ss.

obiettivo, che si concretizza nella <<impossibilità della prestazione>><sup>121</sup>, intendendo con tale espressione un ostacolo obiettivamente connesso alla prestazione oggetto del rapporto obbligatorio, e che prescinde dalla persona del debitore o dal suo patrimonio<sup>122</sup>.

Ciò premesso, appare evidente che la riproduzione testuale dell'art. 3 della Direttiva, avrebbe consentito di ancorare il giudizio di responsabilità al solo presupposto di natura soggettiva e, conseguentemente, di ravvisare negli impedimenti attinenti alla persona del debitore una sufficiente causa di esonero.

L'intervento operato dal legislatore italiano nell'art. 3 del provvedimento di attuazione non si risolve in una mera <<manipolazione>> letterale<sup>123</sup>, ma ha importanti ripercussioni sul piano del diritto sostanziale: infatti, la perfetta coincidenza dell'art. 3 d.lgs. 231/2002 con l'art. 1218 c.c., consente di escludere, con ragionevole certezza, che, in caso di non tempestivo adempimento dell'obbligo di pagare il prezzo dovuto a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale, possa trovare applicazione una disciplina diversa da quella ordinariamente e generalmente prevista nel nostro ordinamento.

In questa fase di analisi, sembra opportuno dedicare qualche osservazione sul rapporto intercorrente tra l'art. 3 del decreto e l'art. 1218 c.c.

Parte della dottrina, facendo leva sulla circostanza che l'una è meramente riproduttiva dell'altra, non esita ad affermare la sostanziale inutilità della norma contenuta nel provvedimento di attuazione<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> La nozione di <<impossibilità della prestazione>> viene utilizzata ex novo dal legislatore del '42, nell'art. 1218 c.c.; nel corrispondente art. 1255 del c.c. del 1865, si parlava, infatti, di causa estranea.

<sup>122</sup> A.FINESSE, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 510

<sup>123</sup> A.FINESSE, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 511.

<sup>124</sup> Così O.CAGNASSO e FRIGNANI, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003, p. 311; S.DE NOVA, in G.DE NOVA e S.DE NOVA (a cura di), *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003, p. 11; E.RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle*

Tuttavia, se si amplia l'indagine oltre i confini del diritto interno, tenendo in considerazione il fatto che si tratta di un atto normativo attuativo di un provvedimento comunitario, allora la riproduzione testuale della regola di cui all'art. 1218 c.c., assume un proprio e ben preciso significato<sup>125</sup>. Atteso, infatti, il carattere estremamente generico dell'art. 3 della Direttiva, il ricorso ad una formula analoga alla norma di cui all'art. 1218 c.c., si presenta come un momento obbligato per evitare una soggettivizzazione della responsabilità debitoria e, di conseguenza, per non lasciare spazio alcuno al tentativo di avvalersi di elementi soggettivi per esonerare il debitore delle conseguenze del ritardato adempimento.

---

transazioni commerciali, in *Contratti e Impresa*, 2003, p. 469 ss.; GRONDONA, in BENEDETTI (a cura di) *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2003, p. 96; R.CONTI, Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 107; P.SANNA, L'attuazione della direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: introduzione al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (prima parte), in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, p. 266, il quale precisa che la disposizione d'attuazione riprende la formulazione testuale dell'art. 1218 c.c. <<non senza peggiorarla, (...)>>, senza però chiarire il significato di questo ultimo inciso.

<sup>125</sup> A.FINESSI, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 512.

2. Secondo le previsioni dell'art. 3 D.Lgs. 231/2002, il diritto del creditore agli interessi moratori è subordinato alla scadenza del termine e alla imputabilità del ritardo al debitore. Non è stata, dunque, riprodotta nel decreto in esame, la previsione di cui all'art. 3, lett. c) i) della Direttiva<sup>126</sup>, ove indicava quale ulteriore presupposto per la decorrenza degli interessi, l'avvenuto adempimento, *ex latere creditoris*, degli obblighi contrattuali e legali a suo carico.

In sede di interpretazione della direttiva comunitaria, la dottrina concordemente riconduceva tale previsione alla possibilità, per il debitore di una obbligazione pecuniaria, di opporre, a fronte dell'inadempimento della controparte, la eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.<sup>127</sup>, con conseguente sospensione dell'obbligo di corrispondere gli interessi moratori<sup>128</sup>.

La possibilità per il debitore, di avvalersi della eccezione di inadempimento, discende dalla applicazione della disciplina generale dei contratti (a prestazioni corrispettive) prevista dal codice civile; né potrebbe obiettarsi la incompatibilità dell'art. 1460 c.c., con la previsione di cui all'art. 11, comma 2°, d.lgs. 231/2002, ai sensi del quale sono fatte salve le disposizioni del codice civile, o delle leggi speciali, che contengono una disciplina più favorevole per il creditore<sup>129</sup>.

Da ciò consegue che in tutte le ipotesi nelle quali il “prezzo” deve essere corrisposto contestualmente o posteriormente alla consegna del bene o alla esecuzione del servizio, il debitore può paralizzare la pretesa creditoria e

---

<sup>126</sup> Art. 3, lett. c), i), direttiva 2000/35/CE: (Interessi in caso di ritardo di pagamento): << (...) il creditore ha diritto agli interessi di mora se: ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge>>.

<sup>127</sup> Art. 1460 c.c., comma 1°, (Eccezione di inadempimento): << Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie (1218, 1219) o non offre di adempiere contemporaneamente la propria (1208 ss., 1220), salvo che (1528) termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto (1481, 1482, 1901, 1924).

<sup>128</sup> A. ZACCARIA, *Op. cit.*, p. 267.

<sup>129</sup> A.FINESSI, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 512.

rifiutare l'adempimento della obbligazione pecuniaria, se la controparte non ha eseguito o non offre di eseguire la propria prestazione.

Sul punto, si segnala, la non unanime dottrina la quale, parte ha sostenuto, come la eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*, si configuri in uno strumento di autotutela conservativa, il cui esercizio rende <<inattuale l'altrui pretesa>> e provoca la *inesigibilità* della prestazione dovuta dal debitore (che sia contestualmente anche creditore)<sup>130</sup>; di converso, altra autorevole parte, ha negato che la eccezione renda inesigibile la prestazione dell'eccepiente, ravvisando nella stessa uno strumento di autotutela che legittima <<la sospensione della esecuzione da parte del contraente non inadempiente fino a quando l'altro contraente non adempia la sua obbligazione>><sup>131</sup>.

In definitiva, considerato che la eccezione di inadempimento in concreto, costituisce manifestazione del potere di paralizzare l'altrui pretesa e di provocare la inesigibilità della prestazione dovuta, e tenuto conto che il decreto in commento contempla ipotesi di c.d. *mora ex re*, consegue che il debitore può legittimamente rifiutare il versamento del corrispettivo e *sospendere* il decorso degli interessi moratori, solo se fa valere la eccezione di inadempimento in forma esplicita (ovvero, con apposita dichiarazione) o in forma implicita (tenendo un comportamento tale da fare intendere la sua reticenza nel pagare fino all'adempimento della controparte), non essendo ritenuto sufficiente il mero atteggiamento reticente della controparte nello eseguire la propria prestazione, a legittimare la inapplicabilità automatica degli interessi al debitore in conseguenza del suo mancato adempimento.

---

<sup>130</sup> L.BIGLIAZZI GERI, Risoluzione per inadempimento II, cit., p. 1 ss.

<sup>131</sup> C.M.BIANCA, *Diritto civile*. 5, cit., p. 339 ss.

3. L'art. 4 del decreto disciplina la decorrenza degli interessi (moratori) nella ipotesi di ritardo nel pagamento rispetto ai termini (contrattuali o legali).

Il comma 1° della norma, prevede, conformemente all'art. 3, comma 1°, lett. a) della direttiva 2000/35/CE, che, qualora le parti abbiano previsto un termine per l'adempimento, dal giorno successivo alla scadenza di tale termine decorrono <<automaticamente>>, gli interessi (al tasso stabilito contrattualmente, ovvero a quello legale di cui all'art. 5 del decreto).

Viene quindi, sancito il principio della irrilevanza di una formale costituzione in mora nella ipotesi di previsione contrattuale di un termine per l'adempimento, alla stregua di quanto già previsto nel nostro ordinamento dall'art. 1219, comma 2°, n. 3, c.c.<sup>132</sup>.

La formulazione letterale della norma che si commenta, esprime chiaramente l'ordine <<gerarchico>> in base al quale si applicano i criteri di determinazione del tempo dell'adempimento, al vertice del quale si colloca la volontà delle parti.

L'autonomia privata delle parti nella determinazione del tempo di adempimento della obbligazione, incontra, tuttavia, un limite di carattere generale, costituito dalla <<grave iniquità in danno del creditore>> dell'accordo sulla data del pagamento, (nonché sulle conseguenze del ritardo) sancito dall'art. 7 d.lgs. 231/2002<sup>133</sup>, di cui si vedrà in seguito, attuativo dell'art. 3, paragrafo 3, della Direttiva.

E soltanto in assenza di una pattuizione delle parti, trovano applicazione, i criteri legali, elencati nel comma 2°: << (...) Salvo il

---

<sup>132</sup> << (...) Non è necessaria la costituzione in mora: (...) quando è scaduto il termine (1183 c.c.), se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore (1182). Se il termine scade dopo la morte del debitore, gli eredi non sono costituiti in mora che mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto, e decorsi otto giorni dall'intimazione o dalla richiesta (1334, 1335)>>.

<sup>133</sup> Questa disposizione, costituisce una delle novità più rilevanti introdotte dalla Posizione commune definite dal consiglio il 29 luglio 1999, il quale, come si legge nelle Motivazioni allegate, giustifica la previsione del criterio della <<grave iniquità>>- da valutarsi con riguardo alla corretta prassi commerciale e a tutte le circostanze del caso- quale limite inderogabile nel rispetto del quale deve esplicitarsi la volontà contrattuale, con la necessità di eliminare, o comunque arginare il più possibile, le situazioni di abuso di cui spesso sono vittime le imprese, in particolare quelle medio-piccole.

disposto dei commi 3 e 4, se il termine per il pagamento non è stabilito nel contratto, gli interessi decorrono, automaticamente, senza che sia necessaria la costituzione in mora, alla scadenza del seguente termine legale:

- a) trenta giorni dalla data di ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;
- b) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;
- c) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;
- d) trenta giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o di servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data. (...) >>.

Se le parti, quindi, non si avvalgono della facoltà loro concessa di determinare pattiziamente le modalità temporali di pagamento del corrispettivo, l'art. 4, comma 2°, introduce un termine legale di adempimento sostitutivo della autonomia privata, derogando in tal modo, alla previsione generale contenuta nell'art. 1183, comma 1°, secondo la quale, in difetto di previsione pattizia di un termine per l'esecuzione della prestazione, il creditore può esigerla immediatamente “*quod sine die debetur, statim debetur*”<sup>134</sup>.

Pertanto, nella ipotesi di mancata determinazione negoziale del tempo in cui la prestazione debba essere eseguita, i pagamenti dovuti in

---

<sup>134</sup> L'art. 1183, comma 1°, c.c., prevede altresì, che in assenza di determinazione patrizia, il termine per l'adempimento della prestazione può essere fissato dal giudice, qualora questo sia necessario <<in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo della esecuzione>>.

base a transazioni commerciali, sono esigibili non più immediatamente, bensì alla scadenza dei termini di cui all'art. 4, comma 2°, del decreto.

In dottrina, poi, è stato precisato come attraverso tale disposizione sia stata recepita e formalizzata dal legislatore comunitario e da quello italiano, una prassi ampiamente diffusa tra le imprese, in virtù della quale, ad eccezione della ipotesi di pagamento alla consegna, i termini per il versamento del corrispettivo vengono fatti decorrere pattiziamente dalla consegna della merce, dalla comunicazione della esecuzione della prestazione o dal ricevimento della fattura se questo è posteriore<sup>135</sup>.

Il termine <<fattura>><sup>136</sup>, va inteso in senso ampio<sup>137</sup>, ossia come documento che certifica fiscalmente l'operazione da cui sorge l'obbligo di pagare il corrispettivo.

Alla fattura è equiparata, ai fini della individuazione del momento a partire dal quale decorrono gli interessi moratori, la <<richiesta di pagamento di contenuto equivalente>>, terminologia, opportunamente utilizzata dal legislatore italiano, in luogo della previsione contenuta nella Direttiva di <<richiesta equivalente di pagamento>>, nei confronti della quale, in dottrina, sono state formulate non poche critiche<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> In tal senso, L.MENGONI, *Op. cit.*, p. 79 ss., il quale dichiara espressamente di condividere la scelta del legislatore di concedere *ex lege*, in assenza di un accordo tra le parti, al debitore un breve termine di scadenza con la medesima decorrenza.

<sup>136</sup> La definizione tecnica di fattura, è contenuta nell'art. 21, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, così come modificato dal recente d.lgs. 20 febbraio 2004, n. 52, il cui comma 1° ne sancisce la obbligatorietà per ogni operazione imponibile, è un documento emesso anche sottoforma di nota, conto, parcella e simili, che deve essere datato e numerato in ordine progressivo e deve contenere le seguenti indicazioni: << a) ditta, denominazione o ragione sociale, residenza o domicilio dei soggetti fra cui è effettuata l'operazione, del rappresentante fiscale nonché ubicazione della stabile organizzazione per i non residenti e, relativamente al cedente o prestatore, numero di partita IVA. Se non si tratta di imprese, società o enti devono essere indicati in luogo della ditta, denominazione o ragione sociale, il nome e il cognome; b) natura, qualità e quantità dei beni e dei servizi formanti oggetto della operazione; c) corrispettivi e altri dati necessari per la determinazione della base imponibile, compreso il valore normale dei beni ceduti a titolo di sconto, premio o abbuono di cui all'art. 15, n. 2; d) valore normale degli altri beni ceduti a titolo di sconto, premio o abbuono; e) aliquota, ammontare della imposta e dell'imponibile con arrotondamento al centesimo di euro (...)>>.

<sup>137</sup> A.FINESSI, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 536

<sup>138</sup> In particolare, si evidenziava l'improprietà terminologica di tale espressione in considerazione del fatto che la fattura, ad eccezione della ipotesi in cui le parti si

La <<equivalenza>>, non può riferirsi alla idoneità ai fini della costituzione in mora, posto che, una tale efficacia è preclusa alla fattura medesima<sup>139</sup>, bensì, probabilmente, ad una sostanziale comunanza di contenuto, nel senso di collegare la decorrenza degli interessi moratori alla data di ricevimento (*rectius* al trentesimo giorno successivo alla data del ricevimento) di una richiesta di pagamento contenente gli estremi essenziali della fattura ed idonea ad assolvere alla funzione documentale fiscale propria di quest'ultima.

La fattura, dunque, è un atto recettizio, per cui, applicandosi la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c.<sup>140</sup>, il termine legale di trenta giorni decorre dalla data in cui il documento fiscale giunge all'indirizzo del destinatario/compratore<sup>141</sup>.

Il ricevimento *ex latere debitoris*, di una fattura o di una richiesta di pagamento si pone come presupposto indefettibile per la decorrenza del termine legale di cui al comma 2°, dell'art. 4, del decreto, e conseguentemente degli interessi moratori.

In caso di inerzia del creditore, il quale non provveda ad inviare al debitore uno dei menzionati documenti, non inizia, dunque, a decorrere il termine in questione, e, *a fortiori*, non vi è obbligo per il debitore di corrispondere gli interessi di mora, neppure qualora a quest'ultimo sia stata già consegnata la merce o prestati i servizi oggetto del contratto<sup>142</sup>.

---

accordino per un pagamento immediate (ossia nel momento stesso in cui viene emessa o ricevuta la fattura), non è qualificabile come atto finalizzato a sollecitare il debitore all'adempimento, essendo piuttosto un atto dotato di una mera funzione documentale della esecuzione di un contratto: in tal senso A.ZACCARIA, *Op. cit.*, p. 265; L.MENGONI, *Op. cit.*, p. 76.

<sup>139</sup> L.MENGONI, *Op. cit.*, p. 76, precisa che, la richiesta di pagamento deve essere fatta per iscritto, cioè con la stessa forma della richiesta di cui all'art. 1219, comma 1°, ma assolve ad una funzione diversa, <<equivalente>> alla presentazione della fattura, la quale, di per sé, non è idonea a costituire in mora il debitore.

<sup>140</sup> (Presunzione di conoscenza) : << La proposta, l'accettazione (1326), la loro revoca (1328) e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nella impossibilità di averne notizia>>.

<sup>141</sup> P.SANNA, *Op. cit.*, p. 262; V.PANDOLFINI, *Op. cit.*, p. 39 ss.

<sup>142</sup> V.PANDOLFINI, *Op. cit.*, p. 37.

Inoltre, il creditore, è tenuto, non soltanto ad inviare la fattura o la richiesta equivalente di pagamento al debitore, ma altresì ad inviare tali documenti con una modalità tale che risulti la data del ricevimento degli stessi da parte del destinatario (a prescindere dal fatto che essa sia certa, ai sensi dell'art. 2704 c.c., o meno).

Infatti, qualora non vi fosse traccia della data di ricevimento da parte del debitore, di nuovo non scatterà il termine di decorrenza per il pagamento degli interessi. Sotto questo profilo, può dunque, affermarsi che la nuova normativa, introduce, oltre ad n termine legale di adempimento, in deroga al criterio legale generale della immediata esigibilità del credito, anche uno specifico onere di diligenza a carico del creditore, consistente nell'invio al debitore di una fattura o di una richiesta di pagamento equivalente, con modalità idonee a far risultare il ricevimento degli stessi.

Ulteriore presupposto per la decorrenza automatica degli interessi moratori, è dato dalla consegna del bene o dalla prestazione del servizio contemplato nel contratto al debitore; ciò è chiaramente necessario nella ipotesi in cui la data di ricevimento della fattura sia incerta, ma anche nel caso in cui tale data sia certa, atteso che, se è anteriore a quella di consegna del bene o compimento del servizio, è a queste ultime che occorre fare riferimento.

**3.1.Segue.** L'art. 3, paragrafo 2°, della Direttiva, demandava al legislatore nazionale la facoltà di elevare il termine di scadenza fino a 60 giorni solo per determinate categorie di contratti- individuate direttamente nel provvedimento di recepimento- a condizione che venisse statuita la inderogabilità del più lungo termine di scadenza o, in alternativa, venisse fissato un tasso di interesse moratorio inderogabile, sensibilmente superiore a quello legale.

Attraverso tale disposizione, introdotta per la prima volta nella Posizione comune definita dal Consiglio il 29 luglio 1999, il legislatore comunitario dimostrava di essere consapevole del fatto che la introduzione di un termine legale di 30 giorni di natura suppletiva e derogabile dalle parti, non avrebbe prodotto risultati soddisfacenti, sul piano della lotta contro i ritardi di pagamento, in quei casi in cui la posizione dominante di una delle due parti privasse di fatto l'altra della possibilità di negoziare un contratto equilibrato; al riguardo la Direttiva- come si legge nel considerando 18- evidenziava l'esistenza di talune categorie di contratti per i quali poteva giustificarsi la previsione di termini di pagamento più lunghi, purchè ad essa si accompagnasse o una restrizione della libertà contrattuale- nel senso di sancirne la inderogabilità- ovvero la elevazione del tasso degli interessi moratori.

Il legislatore nazionale, in fase di recepimento della direttiva, si è avvalso di tale facoltà, prevedendo nel disposto dell'art. 4, comma 3°, del d.lgs. n. 231/2002, <<per i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato entro il termine legale di sessanta giorni dalla consegna o dal ritiro dei prodotti medesimi e gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine. In questi casi, il saggio degli interessi di cui all'art. 5, comma 1°, è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile>>.

Per prodotti alimentari deteriorabili, devono intendersi <<quelli definiti tali da apposito decreto del Ministro delle attività produttive<sup>143</sup>>>.

Il Ministro delle attività produttive, emanava il d.m. 13 maggio 2003 (in G.U., 21 maggio, n. 116), relativo alla <<individuazione dei prodotti alimentari deteriorabili ai fini della applicazione del termine di pagamento di cui all'art. 4, comma 3°, del D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231>>.

Pertanto, alla luce di questa ulteriore disposizione, sono considerati <<prodotti alimentari deteriorabili>>, ai fini della applicazione del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, i prodotti che rientrano nelle seguenti categorie: a) prodotti agricoli, ittici e alimentari preconfezionati che riportano una data di scadenza o un termine minimo di conservazione non superiore a sessanta giorni; b) prodotti agricoli, ittici e alimentari sfusi, comprese erbe e piante aromatiche, anche se posti in involucro protettivo o refrigerati, non sottoposti a trattamenti atti a prolungare la durabilità degli stessi per un periodo superiore a sessanta giorni; c) prodotti a base di carne che presentino le seguenti caratteristiche fisico-chimiche: W superiore a 0,95 e PH superiore a 5,2 oppure a W superiore a 0,91 oppure PH uguale o superiore a 4,5; d) tutti i tipi di latte. Conclude l'art. unico, del quale è composto il d.m. in esame, affermando che la lista contenuta nel primo comma, è aggiornata in virtù della evoluzione dei mercati.

---

<sup>143</sup> In via transitoria, in sede di prima applicazione e fino alla data di entrata in vigore del citato decreto del Ministro delle attività produttive, si intendevano tali i prodotti così definibili <<ai sensi dell'art. 1 del decreto del ministro della sanità, in data 16 dicembre 1993, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 303 del 28 dicembre 1993>>.

4. La nuova disciplina del tempo dell'adempimento e della *mora debendi*, prevede che, scaduto il termine di adempimento determinato dalle parti o, in via sussidiaria, alla stregua dei criteri di cui ai commi 2°, 3°, 4° dell'art. 4, d.lgs. n. 231/2002, il debitore inadempiente cade automaticamente in mora, senza che sia necessaria una apposita intimazione o richiesta.

Il decreto, contempla una nuova ipotesi di *mora ex re*, che si affianca, ampliandola a quella prevista dall'art. 1219, comma 2°, n. 3, c.c.

L'art. 1219 c.c., infatti, in coordinato disposto con l'art. 1182, comma 3°, c.c., sancisce la decorrenza automatica degli interessi moratori per le prestazioni pecuniarie *portables*<sup>144</sup>, l'art. 4, d.lgs. n. 231/2002, prescinde dal luogo in cui deve essere pagato il corrispettivo dovuto sulla base di una transazione commerciale, per cui il principio della decorrenza automatica trova applicazione anche nella ipotesi, ad esempio, in cui le parti abbiano concordato che il pagamento debba essere effettuato presso il domicilio del debitore (o comunque in un luogo diverso dal domicilio del creditore).

La portata innovativa della disciplina introdotta dal decreto, emerge con chiara evidenza quando si pone a mente il fatto che la irrilevanza del luogo di adempimento- e quindi della natura portable o querabile- della obbligazione ai fini della automaticità della decorrenza degli interessi moratori, incide in maniera significativa sulla disciplina applicabile alle obbligazioni pecuniarie di cui è debitore la pubblica amministrazione<sup>145</sup>.

E' noto, infatti, che secondo le norme di contabilità pubblica, i pagamenti dovuti dalle P.A., devono essere effettuati, in deroga alla disciplina di cui all'art. 1182, comma 3°, c.c., presso il domicilio dell'ente medesimo e, di conseguenza, per la costituzione in mora è sempre stata necessaria una intimazione o una richiesta fatta per iscritto; ebbene, alla stregua della nuova disciplina della *mora debendi*, introdotta dal decreto,

---

<sup>144</sup> In giurisprudenza, si preisa che la regola di cui all'art. 1219, comma 2°, n. 3, c.c., trova applicazione anche nel caso in cui l'obbligazione debba essere adempiuta presso un terzo: Cass. Civ., 23 luglio 1994; Cass. Civ., 6 marzo 1986, n. 1502.

<sup>145</sup> A.FINESSE, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 544.

viene meno il privilegio di cui hanno finora goduto le P.A., operando ora, anche nei loro confronti, il principio della decorrenza automatica degli interessi moratori sancito all'art. 4, d.lgs. n. 231/2002<sup>146</sup>.

5. Ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 231/2002, la nuova disciplina sui pagamenti tardivi si applica anche quando parte della transazione commerciale sia una <<pubblica amministrazione>>.

Il decreto, si pone perfettamente in linea con la esigenza, già da anni emersa anche a livello comunitario, di introdurre norme più rigide circa la fissazione e la trasparenza dei termini di adempimento, nonché sulle conseguenze di un ritardo nel pagamento, applicabili tanto alle transazioni tra privati, quanto a quelle stipulate con enti pubblici.

Anzitutto, la portata innovativa del decreto, sul piano della disciplina ora applicabile anche nei rapporti con lo Stato e gli altri enti pubblici soggetti alla osservanza delle c.d. norme di contabilità pubblica, si coglie nella previsione che svincola il carattere automatico della mora dal luogo in cui deve essere adempiuta la obbligazione pecuniaria (avente ad oggetto il corrispettivo dovuto in forza di una transazione commerciale).

In proposito, occorre ricordare che secondo la normativa sulla contabilità generale dello Stato<sup>147</sup>, i pagamenti di somme di denaro si eseguono presso le amministrazioni debitorie, più precisamente negli uffici delle tesorerie<sup>148</sup>; si tratta, è evidente, di una deroga al principio di cui

---

<sup>146</sup> A.FINESSI, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 544.

<sup>147</sup> R.d. 18 novembre 1923, n. 2440 recante <<Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato>>, in G.U., n. 130, del 3 giugno 1924, spec. Artt. 417 ss.

<sup>148</sup> Analoga regola è prevista dagli art. 208 ss. del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, <<Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali>> in G.U., n. 227, del 28 settembre 2000, per gli enti locali.

all'art. 1182, comma 3°, c.c., e, quindi, alla natura *portable* normalmente riconosciuta a tale tipologia di obbligazioni<sup>149</sup>.

Fino agli inizi degli anni Settanta, i debiti dello Stato, anche se liquidi, erano ritenuti esigibili solo dopo il perfezionamento delle procedure di pagamento con la conseguenza che, non configurandosi fino a quel momento la mora, non sorgeva l'obbligo a carico della p.a. di corrispondere i relativi interessi. A partire da quel periodo in poi, invece, si è affermato un diverso orientamento, proteso a rendere esigibile il credito a determinate scadenze, per cui il mancato pagamento da parte della amministrazione, produce un inadempimento a carico della p.a., assieme alla conseguenza che ove si ricada nelle previsioni di cui all'art. 1224, c.c., sorge pure la obbligazione di corrispondere gli interessi moratori dal dì di scadenza sino a quello di effettivo pagamento; pertanto, l'amministrazione potrà essere messa in mora e il creditore potrà adire l'autorità giudiziaria per ottenere la tutela dei propri diritti, ovvero una sentenza di condanna della p.a. e la liquidazione giudiziale del dovuto.

Inoltre, si ritiene che l'amministrazione non possa esonerarsi da responsabilità per l'adempimento alle scadenze previste, deducendo la mancata emissione del titolo di spesa, salvo nei casi in cui ciò sia dipeso dalla necessità di compiere un atto del procedimento di formazione dello stesso, essendo anch'essa, tenuta a rispettare le previsioni di cui agli artt. 1175 e 1176 c.c., e a comportarsi usando la diligenza del buon padre di famiglia nell'adempimento della obbligazione e le regole della correttezza.

La nuova normativa, con riferimento alle ipotesi contrattuali in esse disciplinate, stabilisce che per la costituzione in mora della pubblica amministrazione, non sarà più indispensabile la intimazione scritta; di conseguenza, in assenza di specifica previsione contrattuale, le amministrazioni saranno considerate in mora, dovendo corrispondere gli

---

<sup>149</sup> A.FINESSI, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 547.

interessi di cui all'art. 5, del decreto, decorsi 30 gg. dal verificarsi di una delle ipotesi contenute nell'art. 4, comma 2°, del decreto.

Concludendo, in ordine poi, ai termini contenuti nella disciplina relativa agli appalti pubblici, premesso che, le prescrizioni contenute nei capitolati generali di appalto, hanno natura regolamentare, conseguenza della quale prevalgono sulle disposizioni contrattuali e su quelle dei capitolati speciali, come da art. 1, comma 2°, D.M. 145/2000, pur tuttavia, i sensi dell'art. 29 comma 3°, dello stesso decreto, tali prescrizioni generali possono essere derogate da quelle dei capitolati speciali e contrattuali, solo se la deroga risulti essere *in melius* per la impresa appaltatrice.

Nella fattispecie contrattuale di appalti di forniture e servizi, il termine per la emissione dei mandati di pagamento è fissato in sessanta giorni dal ricevimento della fattura, decorsi i quali, l'amministrazione è tenuta alla corresponsione degli interessi; in quelle, invece, relative agli appalti di opere pubbliche, il termine per il pagamento degli acconti è complessivamente pari a settantacinque giorni, mentre il termine per il pagamento del saldo del dovuto, è fissato in novanta giorni dalla emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione (artt. 29 e 30 del D.M. n. 145/2000).

6. L'art. 5, del decreto, fissa il saggio di interesse legale che, in mancanza di diverse previsioni contrattuali, è dovuto in caso di ritardo nel pagamento, con decorrenza dalle date indicate all'art. 4.

Il comma 1° della norma in esame prevede, infatti, che il debitore in mora nel pagamento del corrispettivo, debba corrispondere al creditore interessi legali al tasso pari a quello del principale strumento di finanziamento della Banca centrale europea, applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno del semestre di riferimento, maggiorato di sette punti percentuali.

Il comma 2°, introduce poi, un sistema di pubblicità legale, prevedendo che il saggio d'interesse legale sopra indicato, al netto della maggiorazione dei sette punti percentuali, viene comunicato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale nel quinto giorno lavorativo di ciascun semestre.

Il legislatore, dunque, si è attenuto al tasso d'interesse minimo previsto dall'art. 3, comma 1°, della direttiva 2000/35/CE, introducendo allo scopo di disincentivare il ritardo nell'adempimento, reso attraente da un basso livello di tasso di interessi di mora, un nuovo tasso di interesse legale per i contratti la cui disciplina rientra nella previsione legislativa, in percentuale superiore rispetto all'attuale saggio legale previsto in generale dall'art. 1284 c.c.

In materia di appalti di forniture e di servizi, nonché di appalti di lavori pubblici, il D.M. n. 145/2000, circa la fissazione del tasso di mora, prevede che "in caso di ritardo nella emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa (...) rispetto alle condizioni o ai termini stabiliti nel capitolato speciale (...) spettano all'esecutore dei lavori gli interessi legali e moratori, questi ultimi nella misura accertata annualmente con decreto del Ministero dei LL.PP., di concerto con il Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica (...); gli interessi di mora, inoltre, sono comprensivi del maggior danno, ai sensi dell'art. 1224, comma 2°, c.c.

*Sez. Seconda*

1. La norma dell'art. 7, D.Lgs. n. 231/2002, è posta a tutela del credito di una obbligazione pecuniaria sorta da un contratto commerciale.

Il nocciolo della disposizione normativa consta nella comminatoria di nullità per le clausole che concretino un abuso di potere contrattuale a danno del creditore, mediante la previsione di modalità di pagamento <<gravemente inique>><sup>150</sup>.

L'art. 7, del decreto, riproduce, seppur con alcune modifiche, l'art. 3, comma 3°, della direttiva 2000/35/CE, diretta a reprimere <<l'abuso della libertà contrattuale in danno al creditore>>.

Esaminando l'art. 3, comma 3°, della Direttiva, pare che esso costituisca la sola disposizione generale di carattere *inderogabile* introdotta dal legislatore comunitario nel testo normativo in esame: ciò verrebbe a significare che il divieto di attribuire rilevanza giuridica a ogni <<accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento>> che <<risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore>> è l'unico precetto di portata generale che tutti gli Stati membri hanno il dovere di attuare mediante la emanazione di una norma imperativa rivolta ai privati.

Al resto delle disposizioni contenute nella direttiva, infatti, è stata testualmente riconosciuta natura derogabile, così che ciascun legislatore nazionale, in sede di recepimento della stessa, può stabilire di tradurle con altrettante norme di carattere dispositivo (come del resto è avvenuto nel D.lgs. n. 231/2002), lasciando liberi i contraenti di inserire nei propri regolamenti contrattuali, clausole sulle modalità di pagamento difformi da quelle suggerite dalla legge<sup>151</sup>.

L'art. 7, del decreto, pone un limite di carattere generale e sostanziale all'autonomia dei contraenti nel limitare le conseguenze del ritardo mediante la esplicita previsione, al comma 1°, della nullità dell'accordo

---

<sup>150</sup> S.ZUCCHETTI, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 571.

<sup>151</sup> S.ZUCCHETTI, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 571.

relativo alla data del pagamento o alle conseguenze del ritardo nel pagamento stesso, quando l'accordo risulti <<gravemente iniquo>> nei confronti del creditore ed elenca altresì, al comma 2°, due tipi di accordi a titolo esemplificativo considerati <<gravemente iniqui>>.

La finalità perseguita dalla norma è quella di limitare l'autonomia privata (in ambito di pagamento e di conseguenze dell'inadempimento), quando si dà luogo ad un accordo espressivo di un abuso del potere contrattuale del debitore in danno del creditore.

Si osserva che, la *ratio* della previsione in esame, è quella di tutelare non solo il creditore (della piccola e media impresa), quale parte debole del rapporto contrattuale, quanto, in senso più esteso, il corretto funzionamento del mercato, prevenendo eventuali distorsioni della concorrenza.

La esigenza di proteggere il creditore che versi nei confronti del debitore in una situazione di chiara disparità contrattuale è, nella logica complessiva dell'intervento legislativo, tendenzialmente funzionale rispetto alla preminente finalità generale di tutela dello sviluppo ordinato del mercato.

Non sarà censurabile la iniquità della pattuizione in sé che rappresenta un elemento pressoché ineliminabile, data la asimmetria di forza negoziale riscontrabile nei rapporti contrattuali, specie tra imprenditori, bensì lo sarà, quella che provenga da un <<abuso>> di un contraente ai danni dell'altro, o in considerazione della posizione di fatto delle parti e delle condizioni del mercato in cui esse agiscono<sup>152</sup>.

La norma in esame, palesante la necessità di un sindacato di proporzionalità e di equità e condizionante la validità della clausola pattizia nella sfera degli atti di autonomia privata, rafforza la conclusione secondo cui, nel nostro ordinamento il controllo dello squilibrio delle condizioni contrattuali ormai non rappresenta più uno strumento di carattere eccezionale, bensì è parte integrante di un nuovo ordine giuridico del mercato, in cui la libertà di contrarre incontra sempre maggiori limiti<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Cfr. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in Riv.dir.priv., 2000, p. 31.

<sup>153</sup> L.MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in Banca e borsa, 1997, I.

La nozione di <<grave iniquità>> adoperata dal legislatore nazionale, corrisponde perfettamente alla previsione di cui all'art. 3 della Direttiva, mentre al comma 2°, dell'art. 7, del decreto, sono elencate le fattispecie <<presunte>> di grave iniquità, le medesime previste dal considerando n. 19 della Direttiva.

La <<grave iniquità>> dell'accordo, è coincidente con l'espressione di <<abuso>> della posizione contrattuale del debitore ai danni del creditore.

La grave iniquità concerne gli accordi:

a) alla data del pagamento; oppure b) alle conseguenze del ritardato pagamento. Sono interessate tutte le clausole mediante le quali, le parti abbiano previsto un termine per l'adempimento da parte del debitore, superiore ai termini indicati dall'art. 4 del decreto, o abbiano determinato conseguenze del tardivo adempimento da parte del debitore in modo da pregiudicare gli interessi del creditore.

Il legislatore, ha utilizzato una formula alquanto vaga e generica, limitandosi a sanzionare gli accordi <<gravemente iniqui>> ove l'aggettivo <<gravemente>>, lascia sottintendere che situazioni di iniquità sono da ritenersi normali nella pratica degli affari e, conseguentemente, sono da considerarsi sanzionabili solo quando raggiungono un livello eccessivo, quello del danno nei confronti del creditore.

I criteri ai quali l'interprete deve far riferimento per accertare la <<grave iniquità>> dell'accordo, sono: a) la <<corretta prassi commerciale>>; b) la <<natura della merce o dei servizi oggetto del contratto>>; c) la <<condizione dei contraenti>>; d) i <<rapporti commerciali>> tra i contraenti; e) <<ogni altra circostanza>>.

La prassi commerciale generalmente seguita nel settore in cui si espleta la transazione e la prassi commerciale dei rapporti commerciali pregressi (ove esistano) dei contraenti, sono i primi parametri attraverso i quali si valuterà l'equità dell'accordo negoziale.

La tipologia della merce e/o dei servizi può, inoltre, essere indicativa di una situazione di dipendenza economica di un contraente rispetto ad un

altro. Un esempio, potrebbe accadere in ipotesi di c.d. dipendenza da assortimento, qualora l'oggetto del contratto sia costituito da beni di larga diffusione tra il pubblico, i quali, a causa della notorietà del marchio o della difficile sostituibilità del prodotto, incidano in modo determinante sulle capacità commerciali del rivenditore, costringendolo a soddisfare la domanda del prodotto in questione per non incorrere in una diminuzione della propria immagine di mercato<sup>154</sup>.

La condizione dei contraenti tiene conto dei tipi organizzativi (società, associazione, persona fisica, etc.), delle caratteristiche strutturali (dimensioni dell'impresa, localizzazione della stessa, etc.) dei contraenti stessi, nonché della situazione economica di questi ultimi.

Vi sono circostanze in cui per una impresa il volume di affari dipende in gran parte dai rapporti commerciali che questa ha con un esiguo numero di committenti, o addirittura con un solo committente, e per tale motivo la stessa viene a trovarsi in una situazione di potenziale debolezza e dipendenza contrattuale nei confronti di questi ultimi<sup>155</sup>.

La difficoltà della impresa dipendente, di cambiare *partner* commerciale se non con il rischio di gravose conseguenze, deve comportare una valutazione attenta e severa della previsione di ampie dilazioni di pagamento o di interessi particolarmente esigui.

Ai fini dell'accertamento della <<grave iniquità dell'accordo>>, rileva, inoltre, <<ogni altra circostanza >> di stretta connessione a quella oggetto di analisi, poiché un giudizio di tipo equitativo esige di essere effettuato in relazione non alla singola previsione contrattuale ma valutando il regolamento nella sua interezza.

---

<sup>154</sup> OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in Mercato, concorrenza, regole, 1999, p. 13 ss.

<sup>155</sup> In tali casi, il fornitore confida sulla durata a tempo indeterminate del rapporto e, qualora non riesca a reperire valide alternative alla sua clientele tradizionale, difficilmente è disposto a rischiare l'interruzione (CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in Riv. crit. dir. priv., 1998, p. 251).

L'art. 7, al comma 2°, riproduce la seconda parte del considerando n. 19 della Direttiva, il quale indica due fattispecie di <<abuso>> che il legislatore comunitario ha inteso sanzionare:

- l'una, concernente l'accordo, il quale <<senza essere giustificato da ragioni obiettive, abbia come obiettivo principale, quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore>>;

- l'altra, l'accordo <<con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale, imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi>>.

Posto che entrambe le situazioni possono senz'altro essere ricondotte alla ipotesi generale prevista dall'art. 7, comma 1°, del decreto, tali fattispecie, non costituiscono delle vere e proprie prescrizioni di grave iniquità (a differenza delle clausole vessatorie di cui all'art. 1469-bis, comma 3°, c.c.), ma delle esemplificazioni concrete di accordi gravemente iniqui, dirette sia a fornire dei canoni interpretativi in ordine alla disposizione di cui al comma 1°, dell'articolo in esame, sia a definire in modo compiuto il generico e vago concetto di <<grave iniquità>><sup>156</sup>.

Alla prima tipologia, si riferiscono gli accordi che permettono al debitore di autofinanziarsi ai danni del creditore ovvero di acquisire disponibilità finanziaria in virtù del proprio inadempimento (o per il ritardo nell'adempimento), ad esempio, non corrispondendo al debitore gli interessi moratori, o consentendo a quest'ultimo, di corrispondere interessi ad un tasso irrisorio.

E' stato osservato, che la sua portata è troppo ampia <<non fosse altro perché ogni pagamento dilazionato rispetto alla fornitura procura al debitore una liquidità aggiuntiva>><sup>157</sup>.

La seconda tipologia di accordi, si riferisce alla fattispecie contrattuale della subcontrattazione, nella quale (il sub-contraente) reimpiega, in tutto o in

---

<sup>156</sup> Di opinione diversa, R.CONTI, *Op. cit.*, p.

<sup>157</sup> FRIGNANI e CAGNASSO, *Op. cit.*, p. 313; così anche V.PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 507.

parte nei confronti di un terzo, la posizione giuridica derivante da un contratto in corso (contratto principale) e assumendo nei suoi confronti, il ruolo inverso a quello che riveste in tale contratto<sup>158</sup>. In tale ipotesi, la <<grave iniquità>> si insinua in quelle clausole con le quali la parte subcontraente, riesce da un lato ad ottenere dal proprio debitore-contraente principale ampie dilazioni nei pagamenti dovutigli, e dall'altro lato ad imporre al proprio creditore (subappaltatore o subfornitore), termini brevi di pagamento.

In merito a tale ipotesi, in dottrina sono stati sollevati due problemi: *in primis*, si è messo in dubbio che essa, riferendosi testualmente ai soli <<termini di pagamento>>, non consideri i casi in cui la <<grave iniquità>> concerna la clausola determinativa del saggio di interessi; inoltre ci si è chiesti se la stessa, menzionando solo i rapporti con <<fornitori o subfornitori>> possa ritenersi comprensiva anche del contratto di appalto<sup>159</sup>. E' stato ritenuto che con riferimento al primo rilievo, sembra che la formula adoperata dal legislatore sia una espressione di sintesi, come tale riferibile anche alla clausola sui tassi di interesse; con riferimento alla seconda critica, invece, si osserva che il confronto con il testo dell'art. 3, comma 3°, della Direttiva, nel quale viene utilizzata una formula idonea a ricomprendere anche la fattispecie del contratto di appalto, porti a ritenere preferibile la interpretazione estensiva della norma<sup>160</sup>, apparendo, pertanto, riconducibili nell'ambito applicativo della norma, le clausole mediante le quali una parte (ad esempio, l'appaltatore principale) si impegna a corrispondere il corrispettivo all'altra (subappaltatore), soltanto dopo che sia stato corrisposto il pagamento in suo favore da parte del cliente finale (committente principale) (c.d. clausole <<*if and when*>>).

Queste ultime, sono clausole ampiamente diffuse nei contratti di fornitura e di appalto, specie di notevoli dimensioni, laddove il fornitore o l'appaltatore

---

<sup>158</sup> GRASSO, *Il sub-contratto*, Napoli, 2002.

<sup>159</sup> FRIGNANI e CAGNASSO, *Op. cit.*, p. 311-313.

<sup>160</sup> S.ZUCCHETTI, in G.DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 571.

si rivolge ad altre imprese (subappaltatrici) condividendo in qualche modo con queste ultime il rischio di insolvenza o più semplicemente, rendendole partecipi al ritardo nell'adempimento del committente principale<sup>161</sup>.

Tuttavia, pare possa essere condivisibile, anche sulla scia delle riflessioni compiute dalla dottrina in merito alla compatibilità di tali clausole con l'art. 3 della legge sulla subfornitura<sup>162</sup>, che non sempre le previsioni in esame siano suscettibili di integrare accordi gravemente squilibrati, ai sensi dell'art. 7, D.lgs. n. 231/2002.

Nelle pattuizioni ove i contraenti facciano dipendere la corresponsione del corrispettivo al pagamento da parte del committente principale (c.d. clausola <<pay when paid>>), se è previsto un termine per l'adempimento trascorso il quale l'appaltatore dovrà comunque effettuare il pagamento nei confronti del subappaltatore, a prescindere dal persistere dell'inadempimento del committente principale, l'accordo ha un mero effetto dilatorio e pertanto è ammissibile (salva la valutazione se, alla stregua dei vari parametri indicati dall'art. 7, comma 1°, del decreto, il termine massimo per il pagamento stabilito in contratto dbba considerarsi eccessivamente penalizzante per il creditore).

Nella ipotesi, invece, in cui le parti non abbiano regolato espressamente le conseguenze del protrarsi dell'inadempimento del committente principale, occorrerà accertare se le parti abbiano inteso stabilire un semplice termine di adempimento, oppure una vera e propria condizione sospensiva<sup>163</sup>.

In tale circostanza, infatti, essendo trasferito in capo al subcontraente l'intero rischio di credito relativo alla operazione principale, la

---

<sup>161</sup> GIGLIOLA, *Le clausole <<if and when>> nel contratto di subappalto*, in *Contratti e impresa*, 1996, p. 544.

<sup>162</sup> U.DRAETTA, *Criteri per la redazione di un subcontratto internazionale*, in *I Contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, p. 1432.

<sup>163</sup> In proposito si rinviengono per lo più pronunce arbitrali, le quali sono incline a riconoscere anche a tali clausole natura di termine di adempimento: Cfr. Coll. Arb. Bologna, Lodo dell'8 giugno 1994, in *Nuova giurispr. Civ. comm.*, 1996, I, p. 398, con nota di CAVANNA, *Clausole <<if and when>> ed altre questioni in tema di esecuzione del subappalto*.

clausola incide direttamente sul contenuto della obbligazione di quest'ultimo, rendendo il diritto alla controprestazione incerto e dunque il contratto sostanzialmente aleatorio<sup>164</sup>. Comunque, anche in tale ipotesi, non potrà escludersi *tout court* la legittimità della clausola, ma dovrà procedersi ad una valutazione con la finalità di verificare se i contraenti abbiano o meno inteso ridurre il rischio del sub-contraente.

---

<sup>164</sup> Si tratterà verosimilmente di un contratto associativo atipico, attraverso il quale le imprese ripartiscono tra loro il rischio relative all'appalto principale: Cfr. BONELLI-RELLINI, *Effetti della clausola <<if and when>>: una rassegna ragionata della giurisprudenza italiana e internazionale*, in *Dir. Comm. Int.*, 1997, p. 254.

2. Il comma 3°, dell'art. 7, del decreto, dispone che il giudice può rilevare d'ufficio la <<nullità>> e conseguentemente applicare, in luogo delle pattuizioni nulle, i termini di legge.

La scelta di tale forma di sanzione per la clausola contrattuale <<gravemente iniqua>>, implica, conformemente ai principi generali della disciplina codicistica di cui all'art. 1418 c.c., una serie di conseguenze tra le quali a) l'opponibilità assoluta della clausola invalida; b) l'insanabilità della clausola <<gravemente iniqua>><sup>165</sup>; c) la imprescrittibilità dell'azione giudiziale; c) la possibilità di operare la conversione del negozio nullo.

La rilevabilità d'ufficio di nullità della clausola contrattuale <<gravemente iniqua>>- la quale costituisce una conferma della finalità di tutela del corretto funzionamento del mercato, sottesa alla norma in esame svolgendo una azione deterrente circa l'uso di clausole inserite in condizioni generali di contratto- sembra implicare inequivocabilmente che la nullità prevista dal legislatore è in questo di carattere assoluto, e non relativo. Essa sarà dunque azionabile non soltanto dall'impresa creditrice, ma, astrattamente, anche dalla parte debitrice - qualora in capo a quest'ultima sussista l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c. - come pure da chiunque vi abbia interesse. Inoltre, trattandosi, di nullità parziale, risulta limitata all'accordo <<gravemente iniquo>>, senza che venga travolto l'intero contratto, ai sensi dell'art. 1419, comma 1°, c.c. Ne consegue la esclusione del pericolo che il creditore venga danneggiato qualora il debitore, economicamente più forte, decida di far venire meno l'intero contratto<sup>166</sup>. Si tratta di una nullità parziale, ovvero limitata all'accordo <<gravemente iniquo>>, senza che venga travolto l'intero contratto, ai sensi dell'art. 1419, comma 1°, c.c. Pertanto, nonostante la caducazione della clausola, il contratto resterà valido ed efficace per le rimanenti pattuizioni.

---

<sup>165</sup> Su insanabilità del negozio nullo e irrinunciabilità della relative azione si V. per tutti PASSAGNOLI, *Op. cit.*, p. 189; su imprescrittibilità e insanabilità si V. per tutti GENTILI, *op. cit.*, p. 1347.

<sup>166</sup> Cfr. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 191 ss.

La previsione appare in linea con la consolidata tendenza legislativa, volta ad assicurare la conservazione del contratto e, con essa, la tutela del contraente debole, il quale sarebbe altrimenti esposto alla caducazione dell'intero contratto, qualora l'altra parte dimostrasse la essenzialità della clausola caducata. In definitiva, la clausola nulla viene automaticamente sostituita (salvo diversa decisione del giudice) con le previsioni legali relative ai termini di pagamento o agli interessi di mora.

Il meccanismo delineato dal legislatore sembra essere sostanzialmente analogo a quello della inserzione automatica di clausole, disciplinato dall'art. 1419 c.c., comma 2°; tuttavia a ben vedere, alcuni elementi impediscono di includere la norma in esame nel quadro della fattispecie codicistica. Anzitutto, infatti, manca nel caso in esame, un presupposto fondamentale di operatività della norma di cui all'art. 1419, comma 2°, c.c., ovvero la norma imperativa che si sostituisce alla clausola patrizia, dato che, la disciplina introdotta dal decreto è di tipo dispositivo (ad eccezione, appunto, dell'art. 7, che tuttavia si limita a sancire la nullità dell'accordo, ma non contiene la norma sostitutiva della volontà pattizia)<sup>167</sup>. In secondo luogo, l'art. 7, del decreto, non delinea un meccanismo di sostituzione automatica della clausola nulla con quella legale, dato che, al giudice è consentito, invece di applicare la disciplina del decreto, di <<ricorrere ad equità >> il contratto<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> Come è noto, l'art. 1419, comma 2°, c.c. non richiede per la sua operatività che la norma, oltre a prevedere la nullità delle clausole difformi, ne imponga espressamente la sostituzione; occorre pur sempre, tuttavia, che la norma da inserire sia imperativa (Cfr. tra gli altri PASSAGNOLI, *Op. cit.*, p. 19 ss.).

<sup>168</sup> V.PANDOLFINI, *Op. cit.*, p. 78.

**3.** In alternativa alla sostituzione della clausola nulla con le previsioni legali, al comma 3°, dell'articolo in esame, è prevista la facoltà del giudice di ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo, in considerazione oltre alle altre circostanze espressamente menzionate al comma 1°, dell'interesse del creditore, e della corretta prassi commerciale.

La norma in esame, attribuisce, pertanto, all'autorità giudiziaria un amplissimo ed inedito potere discrezionale, consistente nella facoltà di stabilire, anche d'ufficio (ovvero, anche in assenza di un'espressa richiesta delle parti)- una volta accertata la nullità dell'accordo <<gravemente iniquo>>- una disciplina eventualmente diversa da quella prevista dal decreto, in materia di termini di pagamento e di interessi moratori.

L'intervento del giudice, quindi, non è più circoscritto alla consueta eterointegrazione della clausola contrattuale nulla con la norma di fonte legislativa (di cui agli artt. 1419, comma 2°, c.c. e 1339 c.c.), ma si estende alla individuazione del regolamento contrattuale nel caso concreto, in sostituzione della volontà delle parti.

Se si considerano le limitate ed eccezionali ipotesi di equità integrativa dell'autonomia contrattuale, previste, in deroga al principio generale della intangibilità giudiziale della regola negoziale, dal codice civile (si vedano ad esempio, l'art. 1384 c.c., avente ad oggetto la riduzione della penale eccessiva, o l'art. 1526 c.c., in tema di risoluzione del contratto di vendita a rate)<sup>169</sup>, si evince come, probabilmente, ci si trovi di fronte ad una della più vasta attribuzione di potere equitativo-correttivo all'autorità giudiziaria.

Nell'esercizio del proprio potere discrezionale, il giudice dovrà ispirarsi agli stessi parametri indicati a proposito dell'accertamento della grave iniquità dell'accordo (art. 7, comma 1°, D.Lgs. n. 231/2002), con l'aggiunta di quello relativo all'<<interesse del creditore>>. La riproposizione dei medesimi parametri contenuti nell'art. 7, del decreto,

---

<sup>169</sup> La giurisprudenza sottolinea la eccezionalità di tali norme, allorchè ne esclude l'applicazione analogica: Cfr. ad es. E.GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 479.

implica che agli stessi viene attribuita una duplice valenza: in prima battuta, essi devono essere valutati quali indici della <<grave iniquità>> dell'accordo, cioè della validità di quest'ultimo; in seconda battuta, i medesimi devono essere impiegati dal giudice per stabilire il regolamento contrattuale che sostituirà quello dichiarato nullo, cioè per valutare l'<<iniquità>> in concreto (non dell'accordo, bensì) della normativa legislativa.

Circa il contenuto della disciplina <<equitativa>> che il giudice ha il potere di stabilire, la norma in esame non fornisce alcuna indicazione né in ordine al rapporto tra le due alternative dell'applicazione dei termini legali o della riconduzione dell'accordo ad equità.

In ogni caso, sia la decisione di procedere alla integrazione equitativa, sia la concreta individuazione della disciplina equitativa, derogabile rispetto a quella legale, dovrà essere congruamente motivata dal giudice, sulla base di fattori oggettivi deducibili dagli atti processuali, consentendo, in tal modo, alle parti un effettivo controllo circa l'iter argomentativo prescelto.

4. La necessità di approntare, accanto ad una tutela individuale, una ben più incisiva forma di protezione collettiva degli interessi perseguiti a livello generale dalla direttiva sui ritardati pagamenti, è stata dal legislatore interno attuata la previsione normativa dell'art. 8, D.Lgs. n. 231/2002, rubricata "Tutela degli interessi collettivi".

Tale norma- sulla premessa della esistenza di un interesse diffuso degli imprenditori a non restare vittime di accordi gravemente iniqui ai sensi dell'art. 7, del decreto- attribuisce a determinate associazioni di categoria la legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi, per ottenere tutela giurisdizionale in via ordinata e cautelare.

Tale legittimazione spetta, in via esclusiva, alle <<associazioni di categoria degli imprenditori che siano presenti nel Consiglio Nazionale della Economia e del Lavoro (CNEL), prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani>>, le quali possono <<richiedere al giudice competente:

- a) di accertare la grave iniquità, ai sensi dell'art. 7, del decreto, delle condizioni generali concernenti la data del pagamento o le conseguenze del relativo ritardo e di inibirne l'uso;
- b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;
- c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate. (...)>>.

Tali associazioni, quindi, possono convenire in giudizio gli imprenditori o la pubblica amministrazione che concludono transazioni commerciali con imprenditori appartenenti alla categoria che loro rappresentano, per domandare, *in via ordinaria*, che il giudice, accertata la <<grave iniquità>> della clausola controversa, ne inibisca l'uso e adotti le misure idonee a correggerne o eliminare gli effetti dannosi.

Se poi ricorrono <<giusti motivi di urgenza>>, è possibile domandare, *in via cautelare*, la inibitoria dell'uso delle clausole impugnate ed in tal caso il comma 2°, dell'art. 8, del decreto, stabilisce che si applichi il procedimento cautelare uniforme regolato dagli artt. 669 bis, ss., c.p.c.

*L'actio inibitoria*, così come da espressa previsione legislativa, potrà essere applicata solo alle clausole contrattuali <<gravemente inique>>, le quali si trovino inserite nelle condizioni generali di contratto, ai sensi dell'art. 1341 c.c.

Mentre, *l'actio inibitoria cautelare*, a differenza della azione inibitoria in senso proprio, la quale, presupposto l'accertamento della illiceità della condotta, può essere esperita solo a seguito di un procedimento ordinario di cognizione, si configura quale strumento cautelare e d'urgenza esercitabile solo in presenza di <<giusti motivi di urgenza>>.

La norma in esame, però, non specifica se alle associazioni di cui alla previsione si affianca una legittimazione autonoma, accanto a quella connessa alle singole azioni dei soggetti lesi, né stabilisce alcunché in ordine al coordinamento tra queste ultime e le azioni collettive.

A tal uopo, la soluzione preferibile cui giungere, appare senz'altro quella della ammissibilità di entrambe le azioni giurisdizionali, quella autonoma e quella collettiva, in osservanza alla *ratio* dell'intervento legislativo, finalizzato ad ampliare gli strumenti di tutela e non a ridurre le azioni processuali riconosciute dall'ordinamento a disposizione dei sinoli<sup>170</sup>.

Poi, in relazione al rapporto tra azione individuale e azione collettiva, si osserva come nella ipotesi di esito favorevole del giudizio promosso da uno dei *co*-legittimati, gli effetti si estenderanno a tutti i cointeressati ad esclusione del caso in cui si miri ad ottenere un provvedimento ulteriore, che non era stato chiesto nel primo procedimento; diversamente, nella ipotesi di sentenza di rigetto della domanda avanzata dalla associazione, gli effetti del giudicato sostanziale non potranno essere prodotti *ultra partes*,

---

<sup>170</sup> V.PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 89.

pertanto sembrerà ammissibile la promozione di successive azioni individuali<sup>171</sup>.

5. La disciplina comunitaria in relazione alle procedure di recupero dei crediti nelle <<transazioni commerciali>>, rientranti nell'ambito di applicazione della normativa, obbliga gli Stati membri ad adottare, secondo le rispettive disposizioni legislative, procedure tali da assicurare a tutti i creditori comunitari, un titolo esecutivo entro 90 giorni dalla presentazione del ricorso o dalla proposizione della domanda giudiziale, sempre che non sia stato contestato il debito o gli aspetti procedurali.

Da qui, il legislatore italiano, ha operato alcune modifiche in tema di procedimento monitorio trasfuso nell'art. 9, D.Lgs. n. 231/2002.

La modifica relativa al procedimento di ingiunzione, si è concretata con la abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 633, c.p.c., il quale stabiliva che <<la ingiunzione non può essere pronunciata se la notificazione all'intimato di cui all'art. 643, c.p.c. (ossia la notificazione del ricorso volto ad ottenere un decreto ingiuntivo e del provvedimento medesimo) deve avvenire fuori della Repubblica o dei territori soggetti alla sovranità italiana>>.

La rimozione di tale divieto, del resto, si è imposta al legislatore italiano, in quanto un giudizio ordinario promosso per recuperare un credito non contestato da un debitore residente all'estero, non avrebbe consentito al creditore di ottenere in meno di 90 giorni, un titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 5, della Direttiva, data, tra l'altro, la lunghezza dei tempi minimi intercorrenti tra la notifica dell'atto di citazione e la prima udienza di trattazione<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> I.PAGNI, *Prime riflessioni sull'art. 3, della L. 281/98*, in la Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (a cura di BARBA), Napoli, 2000, p. 172 ss.

<sup>172</sup> DALMOTTO, *Direttiva sui ritardi nei pagamenti e decreto ingiuntivo da notificare all'estero*, in Riv. Dir. Proc., 2001.

Del resto, già da tempo, la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 633, c.p.c., era stata considerata anacronistica da gran parte della dottrina e, nonostante fosse stata dichiarata costituzionalmente legittima<sup>173</sup>, superando anche il vaglio della Corte di Giustizia europea<sup>174</sup>, alcuni giudici di merito, già in passato, la avevano disattesa, ritenendola in contrasto con il principio della "libera circolazione di beni, servizi, capitali, consacrato negli artt. 28, 29, 49, 56 Tratt. CE<sup>175</sup>.

Il comma 2°, dell'art. 9, del decreto, modifica l'art. 641, comma 1°, c.p.c., prevedendo l'obbligo per il giudice di emanare il provvedimento di ingiunzione nel termine di 30 giorni dalla data di presentazione del ricorso.

Tale intervento legislativo, pur perseguendo la finalità di asservire alla esigenza di consegnare nelle mani del creditore un titolo esecutivo entro un termine breve, in realtà, nella prassi dei tribunali, non trova frequente applicazione, per due ordini di motivi: sia, per la natura meramente ordinatoria del termine fissato; sia, considerati i tempi per niente brevi, ammesso che il D.I. sia emesso nei termini e le notifiche si siano risolte entro pochi giorni, per la liquidazione della imposta di registro e di apposizione della formula esecutiva, attività indispensabili per la stessa azionabilità del titolo esecutivo.

La stessa norma prevede, inoltre, la modifica del comma 2°, dell'art. 641 c.p.c., il quale in precedenza, assegnava un termine tra trenta e centoventi giorni per la proposizione dell'opposizione da parte dell'intimato residente nei territori coloniali soggetti alla sovranità italiana, prevedendo che, qualora l'intimato risieda in uno degli Stati membri della Unione europea, il termine per la proposizione dell'opposizione al decreto è di cinquanta giorni, riducibile dal giudice fino a venti, mentre se l'intimato risiede in uno stato extraeuropeo, tale termine è di sessanta giorni, riducibile fino a trenta ed aumentabile fino a centoventi.

---

<sup>173</sup> V. Corte Cost., ord. 26 marzo 1998, n. 80, in F.I., 1998, I, 2689.

<sup>174</sup> Corte Giust. CE, 22 giugno 1999, causa C-412/97, in F.I., 2000, IV, 290.

<sup>175</sup> Pret. Torino, 12 febbraio 1996, n. 1500, in G.I., 1996, I, 2, 822; Trib. Di Tolmezzo, 8 aprile 1998, in F.I., 1999, I, 1662.

Al comma 3°, dell'art. 9, del decreto, si modifica l'art. 648, comma 1°, c.p.c., disponendo che il giudice, oltre alla facoltà di concedere l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto, qualora l'opposizione non sia fondata su prova scritta o di ronta soluzione, concede la esecuzione provvisoria parziale del decreto ingiuntivo opposto, limitatamente alle somme non contestate, salvo che la opposizione sia proposta per vizi procedurali.

Il legislatore italiano, nella formulazione dell'art. 9, del decreto, ha superato in tal modo, le considerevoli incertezze esistenti sia in dottrina che in giurisprudenza, circa la ammissibilità della provvisoria esecuzione parziale del decreto ingiuntivo.

Rispetto alla previsione di cui all'art. 648, comma 1°, c.p.c., la provvisoria esecuzione, introdotta dal decreto, differisce per i seguenti aspetti: a) il potere discrezionale concesso al giudice di adottare la misura della provvisoria esecuzione parziale del decreto ingiuntivo, è stata sostituita dalla disposizione legislativa che prevede "l'obbligo" del giudice di emettere tale provvedimento; b) i requisiti per la emissione di tale provvedimento, sono costituiti dalla mancanza di contestazione in ordine a parte della somma ingiunta nel decreto opposto, nonché dal fatto che la opposizione non sia fondata su vizi procedurali.

## Capitolo Quarto

### **L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA SUI RITARDI NEI PAGAMENTI IN GERMANIA: PROFILI COMPARATIVI.**

SOMMARIO: 1. Storia dell'attuazione della direttiva in Germania: dal *Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen* (2000) al *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* (2002). – 2. La nuova disciplina, cenni sistematici e novità contenutistiche: I presupposti della *mora debitoris*. – 3. I rimedi contro il ritardo dei pagamenti vero e proprio nella disciplina tedesca di attuazione e gli effetti della *mora debitoris*: : gli *interessi moratori*; maggiore responsabilità del debitore; risarcimento del danno derivante dal ritardo. - 4. I rimedi contro il ritardo improprio: *l'inefficacia delle clausole gravemente inique*. – 5. L'azione delle associazioni; La riserva di proprietà. – 6. Osservazioni conclusive: un bilancio sulla attuazione della Direttiva nella legislazione tedesca.

1. In Germania, la direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, è stata attuata mediante la novellazione del BGB, nel contesto della complessiva riforma del diritto delle obbligazioni entrata in vigore il 1° gennaio 2002<sup>176</sup>.

Il fenomeno dei ritardi di pagamento era particolarmente acuto nel settore delle costruzioni immobiliari nei nuovi *Länder*, dopo la riunificazione. Molte piccole imprese, soprattutto artigiane, fallivano proprio perché non riuscivano a coprire i costi dell'opera realizzata per un committente che poi non le pagava<sup>177</sup>.

La Germania aveva quindi molta fretta di combattere i ritardi di pagamento, al punto che ha cercato di dare attuazione alla direttiva comunitaria ancor prima che questa venisse approvata.

Il 1° maggio del 2000, è entrato in vigore il *Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen*<sup>178</sup>, ispirato sia alla proposta di direttiva comunitaria sia

---

<sup>176</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, BGB 1, n. 61, 29-11-2001, 3138 s.

<sup>177</sup> Pare che alcuni imprenditori tedeschi dell'est, siano ricorsi addirittura a metodi criminali per ottenere dal committente il pagamento del corrispettivo dovuto, Cfr. K.WEBER, *Zahlungsmoral im Baugewerbe ein Problem für den Gesetzgeber*, ZRP, 1999, 282 ss.

<sup>178</sup> BGBI., I, n. 14, 7-4-2000, 330 ss.

alla nuova legge inglese: il *Late Payment of Commercial Debt (Interest) Act* del 1998<sup>179</sup>.

Le materie oggetto della direttiva non collimavano esattamente con quelle disciplinate dal *Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen*, l'unico ambito di applicazione comune era l'istituto della mora del debitore e comunque anche in questo campo la disciplina tedesca del 2000, non era conforme al testo definitivo della direttiva.

Anzitutto, il *Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen* prevedeva un saggio di interesse di mora pari solo a 5, anziché 7 punti percentuali in più rispetto al tasso base della Banca centrale europea; inoltre, prima della novella del 2000, la mora del debitore era disciplinata dal § 284 BGB.

In base al comma 1 di tale norma, la costituzione in mora, presupponeva un atto di intimazione (*Mahnung*) effettuato dal creditore dopo la scadenza della obbligazione. A questa regola facevano eccezione i casi di mora automatica disciplinati al comma 2, del §284.

Nel 2000, il *Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen*, aggiunse al §284 un terzo comma, strutturato espressamente come normativa speciale in deroga ai primi due commi. Questa nuova norma estendeva a tutte le obbligazioni pecuniarie, eccettuate quelle aventi ad oggetto prestazioni periodiche, la regola della mora automatica dopo 30 giorni dal momento in cui il debitore riceveva la fattura o un altro tipo di richiesta di pagamento.

Così come era strutturato, il comma 3 del § 284 BGB, faceva sì che il creditore di una obbligazione pecuniaria (la quale non avesse ad oggetto prestazioni periodiche) non potesse mettere in mora il debitore prima dello scadere dei 30 giorni dal ricevimento della richiesta, nemmeno qualora fosse previsto un termine legale o convenzionale per il pagamento.

---

<sup>179</sup> Per ulteriori riferimenti bibliografici, A.COLOMBI CIACCI, *Il Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen: attuazione anticipata della nuova direttiva comunitaria contro il ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali?*, Annuario di diritto tedesco 2000, a cura di S.Patti (Milano 2001), p. 239 ss.

Il *Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen* era, quindi, paradossalmente una legge che rallentava il pagamento dei crediti scaduti<sup>180</sup>. Il comma 3° del §284 BGB, anziché avvicinare la disciplina tedesca della mora alla proposta di direttiva comunitaria sui ritardi di pagamento, l'aveva allontanata da essa. Infatti, secondo l'art. 3, comma 1, lett. a) della direttiva, se è previsto un termine legale o convenzionale di pagamento, gli interessi di mora iniziano a decorrere dal giorno successivo a quello in cui scade tale termine. Il vecchio § 284 BGB comma 2, prima della entrata in vigore del *Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen*, era conforme a tale principio. La novella aveva quindi creato un contrasto con la direttiva, che prima non c'era.

Per tali motivi, la novella del 2000 fu oggetto di aspre e unanime critiche da parte della dottrina tedesca<sup>181</sup>, e due anni dopo, in occasione della ampia riforma del diritto delle obbligazioni attuata mediante il *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, il legislatore corresse gli errori del *Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen*.

---

<sup>180</sup>In tal senso, D.MEDICUS, *Bemerkungen zur Neu regelung des Schuldnerverzugs*, DNotZ, 2000, 257; G.BASTY, *Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen*, DNotZ, 2000, 261; D.COESTER-Waltjen, *Neuregelungen im Schuldnerverzug*, Jura, 2000, 445; A.WEISHAUPT, *Verlangsamter Schuldnerverzug durch das Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen?*, NJW, 2000, 1704.

<sup>181</sup>Vedi G.BITTER, *Gesetz zur <<Verzögerung>> falliger Zahlungen- Kritische Ammerkungen zum neuen § 284 Abs. 3 BGB-*, WM, 2000, 1282, ss.; W.ERNST, *Deutsche Gesetzgebung in Europa-am Beispiel ds Verzugrechts-*, ZEuP, 2000, 767 ss.; H.FABIS, *Das Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen- Inhalt und Auswirkungen*, ZIP, 2000, 865 ss.; B. GSELL, *EG-Verzugruchtlinie und Reform der Reform des Verzugsrechts in Deutschland*, ZIP, 2000, 1864 ss.

2. Già dal punto di vista sistematico, i cambiamenti apportati con la legge di riforma<sup>182</sup>, sono notevoli. La disciplina è attualmente concentrata in tre soli articoli di legge (§286-288 BGB) rispetto ai sei articoli della normativa precedente (§284-288, 326 BGB). Il carattere più coinciso della nuova normativa, è dovuto soprattutto al suo inquadramento nella nuova disciplina dell'inadempimento in generale, denominato <<*Pflichtverletzung*>> (violazione di un obbligo) e regolato dal § 280 BGB. Il comma 1° di tale disposizione, corrisponde quasi perfettamente alla norma generale sull'inadempimento, contenuta tra l'altro nell'art. 1147 c.c. francese, nell'art. 1218 c.c. italiano e nell'art. 45, comma 1°, lett. b) della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili. Il § 280, comma 1°, BGB, riconosce al creditore un diritto al risarcimento del danno nel caso in cui il debitore violi un obbligo nascente dal rapporto obbligatorio.

Questa <<violazione di un obbligo>>, criticata nel dibattito scientifico precedente alla riforma, tra l'altro, sotto il profilo semantico, perché si discosta dal termine più diffuso della non performance (inexecution, inadempimento), mira allora a comprendere tutte le situazioni in cui la prestazione non viene eseguita o viene eseguita in modo tardivo o inesatto<sup>183</sup>. Di conseguenza, anche il diritto al risarcimento del danno derivante dal ritardo (*Verspatungsschaden*), precedentemente disciplinato in una apposita norma<sup>184</sup>, trova il suo fondamento nella nuova disposizione generale sul risarcimento del danno in caso di inadempimento (violazione di un obbligo).

L'inquadramento della *mora debitoris* nella disciplina generale dell'inadempimento si ripercuote anche su altri due istituti precedentemente inerenti alla mora: il diritto al risarcimento del danno derivante da inadempimento nei casi in cui il creditore non abbia più alcun interesse alla

---

<sup>182</sup> Legge 26 novembre 2001.

<sup>183</sup> CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in JZ 2001, p. 499 ss., 522 ss.

<sup>184</sup> Cfr. § 286, comma 1°, BGB (testo precedente).

prestazione dovuta dal debitore moroso<sup>185</sup> e il diritto alla risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive in caso di mora<sup>186</sup>.

Questi due istituti si ritrovano ora nella disciplina generale dell'inadempimento (§§ 281 e 323 BGB), il che significa che la loro applicabilità non richiede più tutti i presupposti tecnici della mora.

Per ciò che concerne la disciplina e i presupposti dell'istituto della *mora debitoris*, il legislatore tedesco ha rafforzato sotto vari profili la posizione del creditore nella disciplina generale (§ 286, comma 2°, BGB) ed ha creato una nuova normativa sulla costituzione in mora qualora sia dovuto dal creditore un corrispettivo (§ 286, comma 3°, BGB), normativa emanata in attuazione della Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

I presupposti tradizionali sono rimasti sempre tre: - il requisito della *interpellatio*: l'intimazione ad adempiere (*Mahnung*), che fa sì che il mero ritardo come tale non produca già conseguenze giuridiche gravose per il debitore (§ 286, comma 1°, BGB); - la regola del *dies interpellat pro nomine*, che rende superflua la *interpellatio*, nei casi in cui il debitore non è degno di tutela perché già in base agli accordi presi con il creditore conosce il termine dell'adempimento (§ 286, comma 2°, n. 1 BGB); - la imputabilità della mora al debitore (§§ 280, comma 1°, frase 2 e 286, comma 4°, BGB).

Le novità riguardano in special modo il secondo presupposto, ovvero i casi in cui non è necessaria la intimazione.

Il n. 1 del comma 2°, del § 286, contiene una versione più moderna di detto brocardo, versione in ogni caso più ispirata al *favor creditoris* di quanto lo fosse prima. Nella disciplina previgente, il creditore era esentato dall'onere di una formale intimazione ad adempiere anche nel caso in cui la prestazione doveva essere preceduta da una richiesta (*Kündigung*) e la data per la prestazione era stabilita in modo da potersi calcolare, a partire dalla

---

<sup>185</sup> §§ 286, comma 2°, 326, comma 1° e 2°, BGB (testo precedente)- *Interessenwegfall*.

<sup>186</sup> § 326, comma 1°, BGB (testo precedente); cfr. in diritto italiano gli artt. 1453 e 1454 c.c.

richiesta, in base al calendario (§ 284, comma 2°, frase 2, BGB, testo precedente).

Dalla combinazione tra la versione classica della regola *dies interpellat pro nomine* (§ 284, comma 2°, frase 1, BGB, testo precedente), si deduceva che in tutti gli altri casi non bastava la mera calcolabilità di tale data, essendo la data di partenza per tale calcolo collegata ad un evento futuro ed incerto (per il debitore). Di conseguenza non si aveva mora automatica per esempio, nei casi in cui la scadenza del prezzo era collegata al momento della consegna (<<pagamento dopo 10 gg dopo la consegna>>) o al momento del rilascio o della data di una fattura (<<pagamento entro 60 gg. dalla data della fattura>>)<sup>187</sup>.

Questa interpretazione restrittiva dei presupposti della mora automatica comportava un eccessivo *favor debitoris*, eliminato con la legge di riforma del 2001.

Il nuovo § 286, comma 2°, n. 2 BGB, infatti, esenta il creditore dal requisito della intimazione anche nel caso in cui la prestazione deve essere preceduta da un evento (*Ereignis*) ed è stabilito un periodo di tempo ragionevole per la prestazione, così che esso può essere calcolato in base al calendario a partire dall'evento stesso. Con questa formula, che usa come data di partenza per il calcolo non più la richiesta da parte del creditore ma un qualsiasi evento, si è fatto sì che anche il collegamento della scadenza di pagamento alla consegna della merce o alla data della fattura soddisfa i requisiti della mora automatica.

Il n. 3 del comma 2°, § 286 BGB, contiene poi un principio, noto pure al giurista italiano<sup>188</sup>, <<non è necessaria la costituzione in mora, quando il debitore rifiuta, in modo serio e definitivo, la prestazione>>.

La riforma, ha codificato questa regola, già applicata da una giurisprudenza costante che invocava la clausola generale della buona fede (§ 284 BGB). Nella prassi prevalgono i casi in cui il debitore dichiara di non

---

<sup>187</sup> Vedi P.KINDLER, *Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht*, Tubinga 1996, monografia recensita da P.INZITARI, in Banca, Borsa, tit.cred., 1997, I, p. 142 ss.

<sup>188</sup> Cfr. art. 1219, comma 2°, n. 2, c.c.

essere in grado di eseguire la prestazione oppure dichiara ingiustificatamente la risoluzione del contratto.

Da ultimo, il n. 4 del comma 2°, § 286 BGB, con una sorta di clausola generale, esenta il creditore dall'onere della intimazione quando per motivi particolari e considerando gli interessi di entrambe le parti, è giustificato che ci sia la mora immediatamente.

Il comma 3° del § 286 BGB, stabilisce che si configura *mora debitoris* al più tardi 30 giorni dopo il ricevimento di una fattura, anche qui senza che occorra la intimazione. Nel suo ambito oggettivo il comma 3°, in esame, comprende <<tutti i crediti che costituiscono un corrispettivo (*Entgeltforderungen*)>>; in quello soggettivo, la norma appare tracciata in modo più generale della Direttiva: Tutti i creditori, siano essi imprenditori, liberi professionisti, consumatori o altro, possono invocare la messa in mora mediante fattura. Incontriamo qui una differenza significativa anche rispetto alla normativa di recepimento italiana che riguarda solo i rapporti fra imprese o fra imprese e pubbliche amministrazioni. E per quanto riguarda la posizione del debitore, il *favor creditoris* è attenuato dalla legislazione tedesca, nei casi in cui esso sia un consumatore.

Il comma 3°, infatti, pur essendo stato formulato in attuazione dell'art. 3, comma 1°, lett. b) della Direttiva, va ben oltre il disposto comunitario, applicandosi con qualche modifica, in Germania, anche nei confronti di un debitore-consumatore<sup>189</sup>. La legge protegge all'uopo, la figura del consumatore sotto un duplice profilo: - la mora mediante fattura presuppone, nei suoi confronti, che la sua attenzione sia stata richiamata, nella fattura o nella distinta del credito, in particolare su queste conseguenze (§ 286, comma 3°, frase 1, parte 2 BGB); - inoltre, la regola secondo cui, se non vi è certezza sulla data del ricevimento della fattura, il debitore è messo in mora *al più tardi* 30 giorni dalla scadenza e il ricevimento della

---

<sup>189</sup> La Direttiva non disciplina i contratti con i consumatori, v. considerando 13.

controprestazione, non trova applicazione nei confronti di un debitore-consumatore<sup>190</sup> (§ 286, comma 3°, frase 2, BGB)<sup>191</sup>.

Dal punto di vista sistematico, il comma 3° § 286 BGB, diversamente dal comma 3° del § 284 BGB (testo precedente) inserito con la infelice mini-riforma del 2000, non esclude la applicabilità dei precedenti commi 1 e 2 del § 286 BGB anche ai crediti da esso contemplati, cioè quelli aventi ad oggetto un corrispettivo. Di conseguenza, il creditore può, anche in questi casi, mettere in mora il debitore con la intimazione (comma 1°, n. 1), e può concordare con il debitore una data di scadenza dopo la quale si ha la mora automatica in base alla regola del *dies interpellat pro homine* (comma 1°, n. 1).

In definitiva, il disposto in esame, ha dunque carattere sussidiario e non costituisce più, come il precedente comma 3° del § 284 BGB, un ostacolo per il creditore che voglia ottenere la messa in mora prima dei 30 giorni dalla scadenza e il ricevimento di una fattura.

---

<sup>190</sup> Tale duplice protezione del consumatore è basata sulla idea che il consumatore è meno abile negli affari e nei traffici giuridici e di conseguenza sarebbe ingiustificato sottoporlo ai gravosi effetti della mora solo se avvertito in merito alle conseguenze della sua eventuale morosità.

<sup>191</sup> Cfr. art. 3, comma 1°, lett. b), ii) della Direttiva.

3. Alla base del malcostume del ritardo dei pagamenti sta un calcolo economico: se gli interessi moratori sono inferiori al profitto ottenibile impiegando in maniera redditizia le somme dovute ai creditori, all'impresa conviene comunque ritardare i pagamenti. Per tale motivo, la direttiva (art. 3, comma 1°, lett. d) obbliga gli Stati membri a fissare gli interessi di mora ad un saggio molto alto, almeno pari a sette punti percentuali in più rispetto al tasso di interesse applicato dalla Banca centrale europea nelle operazioni di rifinanziamento principale.

Prima della legge del 2000, denominata legge di accelerazione dei pagamenti scaduti, gli interessi moratori, fatta eccezione per le materie speciali quali i titoli di credito etc.<sup>192</sup>, erano pari al 5% nelle obbligazioni commerciali (§ 352 HBG, testo precedente) e al 4% nelle obbligazioni civili (§ 288, comma 1°, BGB, testo precedente). Questa disparità non era giustificabile sotto il profilo costituzionale<sup>193</sup>, nemmeno considerando la possibilità per il creditore, sia esso un commerciante o meno, di chiedere il risarcimento del danno maggiore subito (§ 288, comma 2°, BGB, testo precedente)<sup>194</sup>.

La legge del 2000 ha in parte rimediato a questi difetti della situazione legislativa, stabilendo un unico tasso per gli interessi di mora in campo civile e commerciale, nella misura del c.d. tasso di base maggiorato di 5 punti (§ 288 BGB, testo del 2000), il che comportava da ultimo un tasso dell'8,62 %<sup>195</sup>. Con il nuovo § 288 BGB, come modificato dalla legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni, il legislatore ha finalmente introdotto il sistema del tasso variabile, sistema già anticipato dalla miniriforma della *mora debitoris* del 2000.

La riforma tedesca del 2002, al § 288 BGB, ha dettato due diverse discipline: una per i negozi tra professionisti ed una per tutti gli altri negozi. Per le obbligazioni pecuniarie nascenti da negozi tra professionisti, gli

---

<sup>192</sup> P.KINDLER, *Op. cit.*, . 263 ss.

<sup>193</sup> CANARIS, *Handelsrecht*, 23 ed., Monaco di Baviera 2000, p. 491.

<sup>194</sup> Cfr. LIBERTINI, voce <<Interessi>>, in Enc. Del dir., XXII, s.d., Milano 1972, p. 95 ss.

<sup>195</sup> LORENZ-RIEHM, *Op. cit.*, p. 140.

interessi moratoricorrispondono al tasso base aumentato di 8 punti percentuali; per gli altri negozi, invece, il saggio è pari al tasso base più 5 punti.

In linea di principio, appare giusto che i consumatori non debbano pagare interessi di mora troppo alti, pur tuttavia è proprio il settore del mercato edile, il più colpito dalle conseguenze socio-economiche negative dei ritardi di pagamento, in cui spesso i committenti non sono imprese bensì persone fisiche<sup>196</sup>. Una prima difformità tra la direttiva comunitaria e la disciplina tedesca di attuazione, è costituita dalla definizione tedesca del tasso base. Il Basiszinssatz di cui al § 247 BGB non è lo stesso di cui alla direttiva. Purtroppo il legislatore tedesco non ha collegato gli interessi di mora direttamente al tasso di interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca Centrale europea applicato alla più recente operazione di rifinanziamento principale, come invece, previsto dalla Direttiva (art. 2, . 4, art. 3, comma 1°, lett.d ) e fedelmente trascritto tra l'altro dal legislatore italiano (art. 5, comma 1°, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231).

E' rimasta invece invariata dalla legge di riforma, la facoltà delle parti di pattuire gli interessi moratori in misura diversa da quella prevista ex lege nonhè la possibilità per il creditore di chiedere il risarcimento del danno maggiore (§ 288, commi 3° e 4°, BGB).

Invariata, invece, dalla legge di riforma la facoltà delle parti di pattuire gli interessi moratori in misura diversa da quella prevista ex lege, nonché la possibilità per il creditore di chiedere il risarcimento del danno maggiore (§ 288, commi 3° e 4°, BGB).

Per quanto riguarda il secondo effetto della mora debitoris, non è cambiato alcunché rispetto alla precedente disciplina. Durante la mora pertanto, il debitore risponde anche per colpa lieve, non può invocare la limitazione della sua responsabilità per colpa grave o per *diligentia quam in*

---

<sup>196</sup> Cfr. WEBER, *Zahlungsmoral im Baugewerbe*, cit., p. 282 ss.

*suis*<sup>197</sup>, e al debitore moroso è accollato il rischio derivante da causa non imputabile che, in caso di adempimento tempestivo della obbligazione, sarebbe a carico del creditore<sup>198</sup>.

Infine, la riforma ha abrogato la norma che disciplinava il diritto del creditore al risarcimento del danno derivante dal ritardo (§ 286, comma 1°, BGB, testo precedente). Nel nuovo diritto delle obbligazioni non c'è più posto per una norma speciale, se si ritiene che la nozione generale dell'inadempimento (la *Pflichtverletzung*) ricomprenda il ritardo.

Anche in questi casi il debitore <<viola un obbligo nascente dal rapporto obbligatorio>> ( § 280, comma 1°, frase !, BGB), cioè l'obbligo di eseguire puntualmente la prestazione dovuta. Di conseguenza, ogni ritardo, a prescindere dalla imputabilità al debitore, è una *Pflichtverletzung*. La frase 2 del comma 1°, del § 280 BGB esclude però la responsabilità qualora non ci sia, appunto, la imputabilità dell'inadempimento. Ma non basta, il comma 2° del § 280 BGB, stabilisce che il creditore ha diritto al risarcimento del danno derivante dal ritardo della prestazione solo se sussistono i presupposti di uno dei casi della mora automatica, inclusa la mora mediante fattura, introdotta in attuazione della Direttiva.

---

<sup>197</sup> §§ 199, comma 1°, n. 2, 346, comma 3°, n. 3, 357, comma 1°, 690, 708, 1359, 1664, 2131 BGB; § 277 BGB.

<sup>198</sup> Cfr. nella legislazione italiana l'art. 1221 c.c.

4. In linea di principio, la Direttiva intende dettare una disciplina della mora del debitore che consiste in norme dispositive. Questo principio, fa salvo, tuttavia, il caso di *abuso della libertà contrattuale* a danno del creditore, menzionato espressamente al Considerando n. 19. Una concretizzazione di tale abuso viene fornita dall'art. 3, comma 3°, della Direttiva: se una pattuizione riguardante il termine di pagamento o le conseguenze del ritardo di pagamento è <<gravemente iniqua>> per il creditore, gli Stati membri devono disporre che tale pattuizione non possa essere fatta valere e non dia diritto a un risarcimento del danno.

L'uso della congiunzione <<e>> è una particolarità della versione italiana della direttiva. Le altre versioni linguistiche presentano la congiunzione <<o>>: gli Stati membri dispongono che l'accordo non possa essere fatto valere oppure dia diritto al risarcimento del danno<sup>199</sup>.

Condivisibile appare la *ratio* seguita dal legislatore italiano nella suesposta previsione: in realtà, non avrebbe alcun senso prevedere un risarcimento del danno per una clausola contrattuale gravemente iniqua che resta efficace. L'obbligo di risarcire il danno non può sorgere in conseguenza di un fatto lecito. L'unico fatto illecito che qui viene in considerazione è l'abuso della libertà contrattuale, il superamento del limite di correttezza mediante la predisposizione di una clausola gravemente iniqua.

In realtà, nemmeno la Direttiva prende sul serio l'alternativa del risarcimento del danno. Ciò è dimostrato dall'ultima frase del comma 3°: <<Ove si accerti che tale accordo è gravemente iniquo, si applicano i termini legali, a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità>>. Non c'è quindi alcuna alternativa alla inefficacia delle clausola.

---

<sup>199</sup> Cfr. le versioni inglese, francese e tedesca dell'art. 3, comma 3°, della Direttiva: <<Member States shall provide that an agreement... either shall not be enforceable or shall give rise to a claim for damages...>>; <<Les États membres prévoient qu'un accord... ne soit pas applicable, ou puisse donner lieu à une action en réparation du dommage...>>; <<Die Mitgliedstaaten bestimmen, dass eine Vereinbarung... entweder nicht geltend gemacht werden kann oder einen Schadensersatzanspruch begründet...>>.

Il considerando n. 19 offre, poi, ulteriori spunti per concretizzare la clausola generale della <<grave iniquità>>: può essere considerato come abuso della libertà contrattuale, un patto che ha principalmente la funzione di assicurare ulteriori fonti di liquidità al debitore a danno del creditore, o un patto con cui l'appaltatore costringe i suoi fornitori e subappaltatori a condizioni di pagamento non giustificate in base alle condizioni di pagamento che egli stesso gode nei confronti del committente.

Per procedere alla valutazione sul se una pattuizione sia o meno iniqua, ai sensi dell'art. 3, comma 3° della Direttiva, devono inoltre considerarsi tutte le circostanze del caso, inclusa la buona prassi commerciale e il tipo di merce.

L'intervento comunitario, lascia libere le parti di stabilire i termini di pagamento e anche le conseguenze dell'inadempimento, ma non si tratta di un *laissez faire* indiscriminato.

L'art. 3, comma 3°, della Direttiva testualmente dispone: <<Gli Stati membri dispongono che un accordo sulla data di pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento che non sia conforme alle disposizioni di cui ai paragrafi 1, lett. da b) a d) non possa essere fatto valere e non dia diritto a un risarcimento del danno, se, considerate tutte le circostanze del caso, ivi compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto, risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore. Per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, si terrà conto inter alia se il debitore ha qualche motivo per ignorare le disposizioni dei paragrafi 1, lett. da b) a d), e 2. Ove si accerti che tale accordo è gravemente iniquo, si applicano i termini legali, a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità>>.

Il legislatore tedesco, ha omesso di recepire i meccanismi di controllo contrattuale previsti dalla direttiva comunitaria di cui alle previsioni dell'art. 3, comma 3°, forse ritenendo sufficienti gli strumenti già esistenti, il § 307 BGB (già § 9 AGB-*Gesetz*), che disciplina il controllo contenutistico sulle

condizioni generali di contratto e le clausole generali di buona fede e buon costume (§§ 138 e 242 BGB)<sup>200</sup>.

La principale obiezione da muovere a tale omissione, risiede nel fatto che l'*Inhaltskontrolle* è ammesso nella misura in cui la clausola è inserita in condizioni generali di contratto; in caso contrario, la clausola gravemente iniqua sfugge al controllo giudiziale. Obiezione di fondo consiste nella osservazione secondo la quale, non si può non recepire una direttiva comunitaria, ritenendo che l'ordinamento presenti una situazione conforme per la ragione che i giudici possono utilizzare le clausole generali di buona fede e buon costume per sanzionare gli accordi gravemente iniqui<sup>201</sup>.

Sotto questo profilo, più volte la Corte di Giustizia ha ribadito che la trasposizione di una direttiva nel diritto nazionale non implica necessariamente la riproduzione delle sue disposizioni in una norma espressa e specifica; ma in ogni caso la conformità di una prassi alle norme imperative di tutela, dettate da una direttiva, non esonera lo Stato dall'obbligo di attuare la direttiva stessa nell'ordinamento interno mediante disposizioni atte a delineare situazioni precise tali da consentire ai singoli di conoscere con esattezza i propri diritti<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> In tal senso, la *Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, Bundesministerium der Justiz, 6-3-2001. Dello stesso avviso, G.BRUGGERMEIER e N.REICH, *Europaisierung des BGB durch grobe Schuldrechtsreform?*, BB, 2001, 215; B.GSELL, *EG-Verzugsrichtlinie*, cit., 1872; HUBER, *Das Gesetz zur*, cit. p. 959.

<sup>201</sup> Cfr. A.COLOMBI CIACCHI, *Op. cit.*, p. 213: << ... non si possono attuare direttive comunitarie semplicemente invitando i giudici ad arricchire di nuovi Fallgruppen l'interpretazione di clausole generalissime come la buona fede o il buon costume>>.

<sup>202</sup> Cfr. Corte CE, 30 maggio 1991, causa 361/88, in Racc., 1991, I-02567; Corte CE, 30 maggio 1991, causa c-59/89, in Racc., 1991, I. Nella sentenza i giudici della Corte di Giustizia affermano: <<La trasposizione di una direttiva nel diritto nazionale non implica necessariamente la riproduzione ufficiale e testuale delle sue disposizioni in una norma espressa e specifica. A questo scopo, a seconda del contenuto della direttiva stessa, può essere sufficiente il contesto giuridico generale, purchè quest'ultimo garantisca effettivamente la piena applicazione della direttiva in modo sufficientemente chiaro e preciso, affinché, qualora la direttiva miri ad attribuire diritti ai singoli, i destinatari siano posti in grado di conoscere la piena portata dei loro diritti ed eventualmente avvalersene dinanzi ai giudici nazionali. La conformità di una prassi alle norme imperative di tutela dettate da una direttiva non dispensa dall'obbligo di recepire la direttiva stessa nell'ordinamento interno mediante disposizioni atte a delineare situazioni precise, chiare e trasparenti per consentire ai singoli di conoscere i propri diritti e di avvalersene. Infatti, al

Il legislatore tedesco privilegia una tendenza generalizzante, non introduce norme speciali per attuare la direttiva comunitaria, ma ne coordina i principi con il sistema preesistente, tentando di evitare una frammentazione sistematica.

5. Il comma 4°, dell'art. 3 della Direttiva, dispone che: «< Gli Stati membri assicurano che, nell'interesse dei creditori e della concorrenza, esistano mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a condizioni gravemente inique nel senso di cui al comma 3°>>».

Uno di questi mezzi efficaci ed idonei è indicato nel comma 5°: l'azione delle associazioni rappresentative delle piccole e medie imprese, volta a far accertare, in un procedimento giurisdizionale o amministrativo, la grave iniquità di condizioni generali di contratto, e ad impedirne l'uso.

L'azione delle associazioni è necessaria perchè la singola piccola o media impresa, vessata dalla controparte più forte mediante condizioni di contratto gravemente inique, di solito non oserà citarla in giudizio, per non rovinare il rapporto di affari<sup>203</sup>.

Anche con riferimento ai rispettivi comma 4° e 5°, dell'art. 3 della Direttiva, una normativa tedesca di attuazione manca del tutto.

Anche l'art. 4, della Direttiva, dedicato alla riserva di proprietà, è rimasto inattuato in Germania. In questo caso, però, la omissione è giustificata, perché l'art. 4, non richiede più di quanto l'ordinamento tedesco già offre.

Infatti, il comma 1°, della disposizione in esame, obbliga gli Stati membri a «<provvedere, in conformità con le disposizioni nazionali,

---

fine di garantire la piena applicazione delle direttive, in diritto e non solo in fatto, gli Stati membri devono stabilire un preciso ambito normativo nel settore di cui trattasi.

<sup>203</sup> Cfr. Sculte-Braucks, *Zahlungsverzug*, cit. p. 16.

applicabili secondo il diritto internazionale privato, affinché il venditore conservi il diritto di proprietà sui beni fintanto che essi non siano stati pagati totalmente, qualora sia stata esplicitamente concordata una clausola di riserva di proprietà tra l'acquirente e il venditore prima della consegna dei beni>>. Non risulta essere chiara la previsione di tale norma comunitaria, in quanto tutti gli ordinamenti della Unione europea già prevedono la possibilità di pattuire una vendita con riserva di proprietà<sup>204</sup>.

Il comma 2°, dell'art. 4, poi, non prevede la "obbligatorietà" ma solo la "possibilità" per gli Stati membri di adottare disposizioni relative agli anticipi già versati dal debitore.

Per comprendere la funzione dell'art. 4, della direttiva, è necessario procedere ad una breve ricostruzione circa i lavori preparatori.

Originariamente, il Parlamento e la Commissione europea, intendevano introdurre una norma dirompente, che trasformasse il patto di riserva della proprietà in un negozio unilaterale: <<una comunicazione scritta al venditore, fatta pervenire all'acquirente al più tardi al momento della consegna della merce o addirittura inserita nella fattura, sarebbe dovuta bastare a produrre gli effetti della riserva di proprietà>>. Tale norma venne bocciata in Consiglio. A quel punto, il Parlamento e la Commissione elaborarono una seconda proposta, in base alla quale <<il patto di riserva di proprietà avrebbe dovuto produrre effetti anche se contenuto solo nelle condizioni generali di contratto del venditore alle quali l'acquirente non si fosse opposto. Inoltre, la riserva di proprietà avrebbe dovuto essere opponibile senza formalità nei confronti di terzi, soprattutto in caso di fallimento del debitore>>. Ma neanche tale seconda variante ha ottenuto il *placet* da parte del Consiglio.

---

<sup>204</sup>Cfr. M. SCHULZ, *Europäische Einflüsse auf das Recht der Mobiliarsicherheiten*, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, 1999, p. 112.

Ciò è comprensibile, in quanto la norma proposta si scontrava con il principio di pubblicità dei diritti reali, vigente nella maggior parte degli Stati membri<sup>205</sup>.

In definitiva, del progetto originario, nell'art. 4, della Direttiva, non è rimasto praticamente nulla, tanto che può dirsi che la norma non contiene alcun precetto sostanzialmente innovativo<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> M. SCHULZ, *Europäische*, cit. p. 119 ss.

<sup>206</sup> In tal senso, SCHMIDT-RANTSCH, *Zur Zahlungsverzugrichtlinie der EU*, *ZfIR*, 2000, p. 485.

6. Volendo tracciare le linee per un bilancio finale sulla attuazione della Direttiva in Germania, essa ha senza dubbio il pregio della sistematicità, in quanto la disciplina di origine comunitaria è stata fusa con le norme del *BGB* sulle obbligazioni in generale. Tuttavia, la direttiva comunitaria ed i relativi meccanismi di riequilibrio contrattuale, sono circoscritti alle transazioni commerciali, intese come contratti tra imprese e tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo.

Il legislatore tedesco, nel recepire la Direttiva, prescinde dalla qualificazione soggettiva di imprenditore ed estende la disciplina comunitaria anche ai *consumatori*, non menzionando le pubbliche amministrazioni; sotto il profilo oggettivo, fa riferimento a tutti i pagamenti dovuti a titolo di corrispettivo, senza specificare, come fa la direttiva, che deve trattarsi di corrispettivi per le prestazioni di servizi o consegna di merci.

Se l'ampliamento della tutela sotto il profilo oggettivo non suscita dubbi<sup>207</sup>, di converso, l'ampliamento sotto quello soggettivo e la estensione della disciplina comunitaria anche al consumatore, destano alcune perplessità, specie ove si tenga conto che nella direttiva sono espressamente esclusi i contratti con i consumatori<sup>208</sup>.

In tal modo, l'obiettivo di armonizzazione perseguito dalla Direttiva comunitaria sarebbe vanificato, poiché verrebbero introdotti elementi di differenziazione rispetto alle altre discipline nazionali.

Il recepimento della direttiva è censurabile anche nella misura in cui omette l'attuazione dell'art. 3, punto 3, della Direttiva, ritenendo una situazione già conforme nell'ordinamento tedesco, vista la presenza di clausole di buona

---

<sup>207</sup> Cfr. l'art. 6.2 della Direttiva che testualmente dispone: «... Gli Stati membri possono lasciare in vigore od emanare norme più favorevoli al creditore per conformarsi alla presente direttiva».

<sup>208</sup> V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, in *Contratto e Impresa*. Europa, CEDAM, 2006, p. 364.

fedele e buon costume, e la possibilità di *Inhaltskontrolle* per le clausole inique contenute in condizioni generali di contratto<sup>209</sup>.

Il recepimento della direttiva 2000/35/CE, nell'ordinamento tedesco, si presenta "sbilanciato" poiché, da un lato, ne ha ampliato l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo, ma, dall'altro, ha completamente omesso il recepimento dei meccanismi di riequilibrio contrattuale.

Indi, l'attuazione realizzata attraverso il *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* è soltanto parziale.

Per raggiungere la piena conformità con la Direttiva, sarebbe necessario un ulteriore intervento legislativo, che: A) allinei il tasso base di cui al § 247, comma 1°, *BGB* a quello della Banca centrale europea menzionato nella Direttiva, B) elimini il requisito della congruità del termine dal § 286, comma 2°, n. 2, *BGB*; C) inserisca nel *BGB*, una disposizione speciale di *Inhaltskontrolle* sulle clausole contrattuali relative ai termini di pagamento e alle conseguenze della mora, la quale concretizzi il giudizio di grave iniquità mediante i parametri espressamente indicati dall'art. 3, comma 3° della Direttiva; D) novelli l'*Unterlassungsklagegesetz*, introducendo una fattispecie di azione inibitoria delle associazioni ai sensi dell'art. 3, comma 4° e 5° della Direttiva.

La direttiva sui ritardi di pagamento è, dunque, la porta di ingresso verso il nuovo diritto europeo dei contratti, in cui il principio generale del divieto di abuso della libertà contrattuale è destinato a rivestire un ruolo centrale anche fuori dall'ambito della tutela del consumatore. Tale principio generale potrà e dovrà essere riconosciuto anche al di là dei singoli strumenti legislativi, guidando l'interpretazione evolutiva del diritto vigente<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, cit. p. 364.

<sup>210</sup> A. COLOMBI CIACCHI, *Op. cit.*, p. 216

## Brevi riflessioni conclusive

Accade a volte, terminata la lettura dei considerando di una direttiva europea, di avvertire un senso di insoddisfazione: troppi i principi in essi contenuti. Appare, in tal modo, una operazione di non facile soluzione, ricondurre le regole analitiche scritte nel testo della direttiva al contesto culturale di politica del diritto che proprio quei principi dovrebbero palesare.

La direttiva n. 2000/35/CE, che disciplina i ritardi di pagamento nella contrattazione tra imprese e tra imprese e pubblica amministrazione, rappresentando l'esito di un percorso non breve, risulta in tal senso essere trasparente: l'analisi dei ventitrè *Considerando* consente di individuare con chiarezza il rapporto tra principi e regole<sup>211</sup>.

L'obiettivo di politica del diritto che la Direttiva ha voluto perseguire si manifesta in tutta la sua forza fin dalla intestazione: <<tutelare il creditore dal rischio di non ricevere il pagamento nel tempo dovuto>>.

In vista di ciò, la Direttiva racchiude al suo interno un corpo unitario di principi e di regole diretto a rendere effettiva tale tutela.

I principi, sul piano del diritto sostanziale, risultano essere due, ed entrambi sono rivolti alla difesa del contratto, seppure da prospettive diverse: i) tutelare il contratto, nel senso di tutelare le pretese di ciascun contraente al reciproco adempimento<sup>212</sup>, cioè al rispetto del contratto<sup>213</sup>. L'idea è che il contratto è un accordo liberamente pattuito tra le parti e come tale vincolante; ii) tutelare il contratto, nel senso di reprimere gli abusi, attuati

---

<sup>211</sup> A.ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium Iuris*, 2001, 261.

<sup>212</sup> Il *Considerando* n. 16, infatti, afferma che il ritardo nel pagamento costituisce una violazione contrattuale.

<sup>213</sup> In prospettiva più ampia, con riferimento al problema della violazione del contratto e delle tutele, cfr. A.LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002, 1037 ss.

attraverso un utilizzo strumentale del principio di libertà contrattuale, a danno delle parti, e specificamente del creditore<sup>214</sup>.

L'idea è che, a volte, la contrattazione non è libera perché qualche fattore (ad esempio il potere economico di una parte) altera la normale dialettica contrattuale, a danno, appunto, della libertà (di una) delle parti, nella fase della formazione del regolamento contrattuale: nella direttiva, l'ipotesi è che l'abuso di libertà contrattuale operi in danno del creditore <<costretto>> ad accettare termini di pagamento troppo lunghi, e quindi economicamente svantaggiosi.

Il tema, delicato e complesso, è quello dei limiti della libertà contrattuale: se il contratto- cioè l'affare che le parti concludono- è un accordo, esso va tutelato in tanto in quanto risulti dal libero consenso delle parti medesime ad accettare come vincolante quel determinato regolamento di interessi che entrambe hanno concorso a costruire e dal quale derivano reciproche obbligazioni.

In tal senso, difendere il contratto significa tutelare la pretesa di entrambe le parti al mutuo rispetto del contratto medesimo.

Ma quando accade che la conclusione del contratto, anziché fondarsi sul libero accordo delle parti, sia la conseguenza del potere economico di una di esse, a fronte del quale l'altra, se è interessata all'affare, deve anche accettare clausole molto gravose, allora, astrattamente, ci si deve interrogare sulle ragioni e sui limiti dell'autonomia privata, nel momento in cui essa, da strumento di libertà, diviene strumento di abuso.

Il principio di libertà contrattuale va limitato quando esso operi quale strumento di abuso economico<sup>215</sup>, e quindi contrattuale, a danno della parte più debole (nell'ottica della direttiva, si assume che la parte debole sia il creditore): si pensi, ad esempio ad una clausola che preveda un termine molto lungo per il pagamento del prezzo della prestazione o del servizio resi.

---

<sup>214</sup> Il *Considerando* n. 19 si apre con la seguente affermazione: <<La presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore>>.

<sup>215</sup> Sulla nozione di abuso economico, cfr. A.BORGIOI-S.MARIANI, *L'abuso di posizione dominante*, in *Diritto privato*, 1997.

Ricevere il pagamento molto tempo dopo l'esecuzione della prestazione costituisce uno svantaggio economico-finanziario a carico dell'impresa, tanto più se si tratti di impresa medio-piccola.

L'autonomia contrattuale, cioè la libertà di stipulare contratti e di stipularli con un certo contenuto liberamente concordato tra le parti, trova quindi un limite quando emerga che il potere economico di una delle parti ha giocato un ruolo anomalo nella determinazione del regolamento contrattuale, sfociando in un abuso di potere contrattuale; l'abuso economico si configura come abuso giuridico: una parte, avvalendosi della propria forza economica, ottiene che l'altra accetti clausole contrattuali per essa decisamente sfavorevoli.

Tale abuso economico rende, *in re ipsa*, la contrattazione non libera e non paritaria; di qui l'azione, in funzione riequilibratrice, del legislatore comunitario. Il problema, evidentemente, è duplice: si tratta di decidere quando sia lecito intervenire sul contratto per modificare dall'esterno un determinato assetto di interessi che, almeno formalmente, deriva da un accordo delle parti, e come tale intervento possa e debba essere condotto.

L'impatto della normativa comunitaria Direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, è risultato di grande rilevanza sul sistema tanto da far affermare che il testo della stessa, secondo alcuni <<assai affascinante>><sup>216</sup>, si presenta nella sua apparente *nonchalance*, come portatore di novità significative sul piano dell'ordinamento<sup>217</sup>.

Secondo altri, pur riconoscendo l'importanza delle novità introdotte, il contenuto delle stesse <<non deve essere eccessivamente esaltato>><sup>218</sup>, ed altri ancora, mantenendosi su posizioni squisitamente teoriche, pongono l'attenzione sulle caratteristiche di precarietà della normativa in riferimento all'intero corpo del contratto, in quanto essa disciplina esclusivamente le obbligazioni pecuniarie derivanti da transazione commerciale e tralascia

---

<sup>216</sup> A.PERRONE, L'accordo gravemente iniquo, cit., p. 66.

<sup>217</sup> S.G.SIMONE, Il pagamento tardivo, ESI, Napoli, 2005, p. 12.

<sup>218</sup> R. CLARIZIA, Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti, cit., p. 57.

tutte le altre obbligazioni che nascono dal contratto stesso, e che rimangono quindi assoggettate alle norme previgenti<sup>219</sup>.

Alla luce di tali valutazioni dottrinali, si concorda con la convinzione di chi sostiene che «recepire direttive comunitarie nel diritto interno non è mai una operazione semplice»<sup>220</sup>, anche perché l'approccio del giurista nazionale ad una normativa comunitaria, tende a ravvisarvi disposizioni la cui *ratio* risulta estranea al proprio bagaglio conoscitivo<sup>221</sup>.

E' ormai acquisito, nella consapevolezza dei più autorevoli studiosi del diritto civile, che «il contratto di oggi non è più quello di ieri»<sup>222</sup>, ciò in relazione alla circostanza secondo la quale, con la partecipazione dell'Italia alla Comunità Europea<sup>223</sup> (che istituzionalmente tende all'adozione di misure dirette al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri aventi ad oggetto la instaurazione ed il funzionamento del mercato interno)<sup>224</sup>, ad una disciplina generale del contratto, si sono sovrapposte delle frammentarie discipline di carattere particolare, imperniate sulla salvaguardia o di soggetti ben definiti oppure di situazioni ritenute meritevoli di tutela<sup>225</sup>.

---

<sup>219</sup> E. RUSSO, La nuova disciplina dei ritardi di pagamento, cit. p. 453, discorre infatti di disciplina «zoppa».

<sup>220</sup> E. MINERVINI, Tutela del consumatore e clausole vessatorie, Napoli, 1999, p. 10. Sul punto,

<sup>221</sup> R. CONTI e G. DE MARZO, I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione, cit., p. 6; G. BENACCHIO, Diritto privato della Comunità europea, Padova, 2002, p. 19.

<sup>222</sup> V. SCALISI, Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti, in Europa e dir. Priv., 2001, p. 489; P. PERLINGIERI, Il diritto dei contratti, cit., e Nuovi profili del contratto, p. 417 ss., e In tema di tipicità e atipicità nei contratti, p. 391 ss.; Cfr. anche A. GENTILI, I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?, in Riv. Dir. Priv., 2001, p. 20 ss. Per una analisi storica, cfr. F. RANIERI, Alle origini del diritto civile europeo. Alcune osservazioni sui rapporti tra pandettistica tedesca e civilistica italiana in tema di negozio giuridico, in Europa e dir. Priv., 2000, p. 805 ss.

<sup>223</sup> A. JANNARELLI, La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori, in Tratt. Di dir. Priv. Eur. Lipari, III, 2 ed., Padova, 2003, pp. 66 e 67.

<sup>224</sup> Cfr. Capo III, artt. 94-97 del Trattato istitutivo della Comunità europea. Sul processo di edificazione di un diritto privato europeo, cfr. P. PERLINGIERI e F. CASUCCI (a cura di), Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo, ESI, Napoli, 2003.

<sup>225</sup> Cfr. V. ROPPO, Il contratto del duemila, Torino, 2002, p. 25 ss.

L'unico modo per ricercare l'unitarietà del sistema è costituito dallo studio delle fonti interne e comunitarie, il quale può consentire una rilettura degli istituti, vecchi e nuovi, alla luce dei principi costituzionali<sup>226</sup> e di diritto comunitario, secondo una interpretazione che rispetti il fatto e proceda alla individuazione della normativa ad esso più conforme.

---

<sup>226</sup> In osservanza all'autorevolissima dottrina da noi condivisa del Prof. Pietro Perlingieri.

## Bibliografia

- BASTY G., *Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen*, DNotZ, 2000.
- BENEDETTI A.M., in BENEDETTI A.M., CANEPA P., GRONDONA M., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953.
- BIGLIAZZI GERI L., *Risoluzione per inadempimento II*,
- BISCONTINI G., *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli, ESI, 1984.
- BREGOLI A., *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in Riv. dir. priv., 2003.
- BIANCA C.M., *Diritto civile.4. L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993.
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1979.
- BITTER G., *Gesetz zur <<Verzögerung>> falliger Zahlungen- Kritische Anmerkungen zum neuen § 284 Abs. 3 BGB-*, WM, 2000.
- BOLOGNINI S., *La Disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *Commentario*, a cura di G. DE CRISTOFARO, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, 2004.
- BONELLI-RELLINI, *Effetti della clausola <<if and when>>: una rassegna ragionata della giurisprudenza italiana e internazionale*, in *Dir. Comm. Int.*, 1997.
- BRUGGERMEIER G. e REICH N., *Europaisierung des BGB durch grobe Schuldrechtsreform?*, BB, 2001.
- CAGNASSO O. e FRIGNANI A., *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003.
- CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001.
- CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998.
- CIAN G., voce *Pagamento*, in *Dig. IV ed.*, sez. civ., XIII, Utet, Torino, 1995.

COESTER D.-Waltjen, *Neuregelungen im Schuldnerverzug*, Jura, 2000.

COLOMBI CIACCI A., *Il Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen: attuazione anticipata della nuova direttiva comunitaria contro il ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali?*, Annuario di diritto tedesco 2000, a cura di S. Patti, Milano 2001.

CONTI R., *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corriere Giuridico*, 2002.

CONTI R., *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corriere Giuridico*, 2002.

CRISCUOLO F., *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, ESI Napoli, 2003.

CUOCCI V., *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, in *Contratto e Impresa. Europa*, CEDAM, 2006.

DALMOTTO E., *Direttiva sui ritardi nei pagamenti e decreto ingiuntivo da notificare all'estero*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001.

DE CRISTOFARO G., *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Le Nuovi Leggi Civili Commentate*, 2004.

DE MARZO G., *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 6/2002.

DE NOVA S., in DE NOVA G. e DE NOVA S., *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali. D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, Milano.

DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2002.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al cod. civ.* Scialoja-Branca, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1988.

DRAETTA U., *Criteri per la redazione di un subcontracto internazionale*, in *I Contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995.

ERNST W., *Deutsche Gesetzgebung in Europa-am Beispiel ds Verzugrechts-*, ZEuP, 2000.

- FABIS H., *Das Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen- Inhalt und Auswirkungen*, ZIP, 2000.
- FAUCEGLIA G., *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2001.
- FEDERICO A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli <<accordi>> tra privati e pubbliche amministrazioni*, ESI, Napoli, 1999.
- FINESSI A., in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2004.
- GABRIELLI E., *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1991.
- GIGLIOLA, *Le clausole <<if and when>> nel contratto di subappalto*, in *Contratti e impresa*, 1996.
- GIORGIANNI M., *Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965.
- GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1959.
- GSELL B., *EG-Verzugruchtlinie und Reform der Reform des Verzugsrechts in Deutschland*, ZIP, 2000.
- KINDLER P., *Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht*, Tubinga 1996, monografia recensita da P. INZITARI, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1997, I.
- LIBERTINI M., voce <<Interessi>>, in *Enc. del dir.*, XXII, s.d., Milano 1972.
- MEDICUS D., *Bemerkungen zur Neu regelung des Schuldnerverzugs*, DNotZ, 2000.
- MENGONI L., *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e dir. Priv.*, 2001.
- MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. Cred.*, 1997, I.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, in *Trattato dir. civ. e comm., diretto da Cicu e Messineo*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1984.

OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999.

OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1918.

PAGNI I., *Prime riflessioni sull'art. 3, della L. 281/98*, in *la Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti* ( a cura di BARBA), Napoli, 2000.

PANDOLFINI V., *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, Commento al D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231. Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Giuffrè, Milano, 2003

PAIARDI P. (a cura di ), *Codice del fallimento*, Milano, 1997.

PANZANI L., (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, in *Il dir. priv. nella giur.*, a cura di P.CENDON, Torino, 2000, I.

PASSAGNOLI G., *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione <<autentica>>* , in VETTORI G., (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, Padova, 2002.

PERRONE A., *L'accordo gravemente iniquo nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004.

PROSPERETTI M., voce *Pagamento (dir. civ)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2001

RUSSO E., *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003.

SANNA P., *L'attuazione della direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: introduzione al*

d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (prima parte), in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003.

SCHULZ M., *Europäische Einflüsse auf das Recht der Mobiliarsicherheiten*, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, 1999.

SCHMIDT-RANTSCH, *Zur Zahlungsverzugsrichtlinie der EU*, ZfIR, 2000.

SIMONE S.G., *Il Pagamento tardivo*, Napoli, ESI, 2005.

SPOTO G., *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti. Italia*, in *Europa e diritto privato*, 2004.

TEDESCHI G.U., (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Torino, 1996, I.

VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000.

VISCONTI F., *Le piccole e medie imprese nei nuovi scenari economici*, Milano, 2000.

VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1987.

K.WEBER, *Zahlungsmoral im Baugewerbe-ein Problem für den Gesetzgeber*, ZRP, 1999.

WEISHAUP T. A., *Verlangsamter Schuldnerverzug durch das Gesetz zur Beschleunigung falliger Zahlungen?*, NJW, 2000.

ZACCARIA A., *La Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001.

ZUCCHETTI S., in DE CRISTOFARO G., (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2004.