



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

**Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia Tullio
Ascarelli**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO GENERALE
(SSD IUS/01)
XXIII Ciclo**

**LA LOTTA CONTRO I RITARDI DI PAGAMENTO NELLE
TRANSAZIONI COMMERCIALI**

Esigenze di tutela, disciplina, prospettive future

Tesi di Dottorato del:
Dott. Francesco Tagliavoro

Tutor:
Ch.mo Prof. Roberto Natoli

Coordinatore:
Ch.mo Prof. Armando Plaia

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

INDICE

Capitolo I

Le finalità sottese alla direttiva 2000/35 CE sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e il complesso iter della sua approvazione: ricostruzione del quadro europeo di riferimento; principali soluzioni accolte dai vari Stati membri.

1. Premessa.....	4
2. Nozioni.....	5
3. Ragioni di una insoddisfazione: ricostruzione giuridica in materia di ritardo nello adempimento in una obbligazione pecuniaria.....	8
4. La 2000/35 CE: <i>rationes</i> , iter di approvazione e principali soluzioni accolte: analisi e attuazione in Germania e in Francia.....	26
4.1 <i>Esigenze di protezione e iter di approvazione della direttiva in commento</i>	26
4.2 <i>Principali soluzioni accolte</i>	34
4.3 <i>Il recepimento della 2000/35 CE in Francia</i>	38
4.4 <i>Il recepimento della 2000/35 CE in Germania</i>	41

Capitolo II

L'attuazione della direttiva 2000/35 CE in Italia

1. Premessa.....	46
2. Aspetti generali.....	48

2.1 Ambito di applicazione <i>ratione temporis</i>	48
2.2 Ambito di applicazione <i>oggettivo</i>	59
2.3 Ambito di applicazione <i>soggettivo</i>	74
2.4 <i>L'apparato sanzionatorio di cui agli articoli 3, 4, 5, 6 del d.lgs. 231/02. Presupposti, decorrenza, misura e natura degli interessi moratori ivi previsti; la disciplina in materia di prodotti alimentari deteriorabili; le altre sanzioni</i>	81
2.5 <i>La disciplina della riserva di proprietà</i>	101
2.6 <i>Il rapporto con le vigenti disposizioni codicistiche</i>	106
3. La nullità dell'accordo gravemente iniquo.....	113
4. La disciplina in materia di ingiunzione di pagamento e la tutela degli interessi collettivi.....	131
4.1 <i>Le modifiche in materia di ingiunzione di pagamento</i>	133
4.2 <i>La tutela degli interessi collettivi</i>	139

Capitolo III

Le rinnovate esigenze di tutela a oltre dieci anni dalla direttiva 2000/35 CE. Analisi dei dati macroeconomici e interni; prospettive di riforma. La nuova direttiva europea in materia di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali

1. Premessa.....	151
2. La disciplina armonizzata di cui alla 2000/35 Ce alla prova: evoluzione dei tempi di pagamento a livello europeo, prospettive ed esigenze di riforma.....	152

3. La contrattazione della Pubblica Amministrazione in Italia alla luce del d.lgs. 231/2002: evoluzione giurisprudenziale in materia di termini di pagamento, il riconosciuto carattere di “imperatività” nella giurisprudenza amministrativa...	170
4. La direttiva 2011/7 UE del 16 febbraio 2011.....	186
4.1 <i>Iter di approvazione</i>	186
4.2.1 <i>Principali soluzioni accolte</i>	195
4.2.3 <i>Le altre disposizioni della 2011/7 UE</i>	206
Bibliografia.....	216

CAPITOLO I

Le finalità sottese alla direttiva 2000/35 CE sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e il complesso iter della sua approvazione: ricostruzione del quadro europeo di riferimento; principali soluzioni accolte dai vari Stati membri

Sommario. 1. Premessa. – 2. Nozioni. – 3. Ragioni di una insoddisfazione: ricostruzione giuridica in materia di ritardo nello adempimento in una obbligazione pecuniaria. – 4. La 2000/35 CE: *rationes*, iter di approvazione e principali soluzioni accolte: analisi e attuazione in Germania e in Francia. 4.1 *Esigenze di protezione e iter di approvazione della direttiva in commento*; 4.2 *Principali soluzioni accolte*; 4.3 *Il recepimento della 2000/35 CE in Francia*; 4.4 *Il recepimento della 2000/35 CE in Germania*.

1. Premessa

Il presente capitolo svolge la funzione di introduzione.

In prima battuta si offrirà una sintetica ricostruzione delle principali nozioni utili ai nostri fini: particolare attenzione sarà dedicata al concetto di “transazione” “commerciale”, e al rapporto tra tale istituto e quello, tradizionale, e dogmaticamente scolpito da secoli di riflessioni giuridiche, di obbligazione pecuniaria.

Successivamente, dato atto del consueto approccio “remediale” adottato, anche in questo ambito, dal legislatore europeo, si tenterà di individuare il bisogno di tutela cui la 2000/35 CE volle dare risposta: a tal fine si offrirà una breve ricognizione delle soluzioni adottate, in tema di ritardo nell’adempimento di una obbligazione pecuniaria, dai principali paesi continentali.

Ciò posto, e rilevata la profonda distanza in materia delle soluzioni adottate nei paesi di common law, si osserverà il diverso impatto delle disposizioni della

2000/35 CE sulle legislazioni interne dei vari Stati europei. Si procederà in tal modo: analisi della normativa pregressa, individuazione della tecnica di recepimento; analisi della normativa successiva; schema di sintesi.

Infine si tenterà una riflessione sul modo di procedere adottato in tale ambito dalla Germania, svolgendo alcune considerazioni sul ruolo del codice civile in seno alla legislazione nazionale, e sulla unità /frammentarietà, tra diritto speciale e generale.

2. Nozioni

La direttiva 2000/35 CE¹ delimita il proprio campo di applicazione ai ritardi di pagamento effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale.

Considerazioni approfondite in merito all'ambito oggettivo, soggettivo, e alle soluzioni poste dalla direttiva, nonché dal d.lgs. 231/2001 che ne costituisce attuazione, saranno svolte nel secondo capitolo. In questa sede si forniranno, a livello didascalico, esclusivamente le nozioni dei principali istituti oggetto di analisi.

Le transazioni commerciali sono contratti tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro pagamento di un prezzo.

¹ Il testo integrale della direttiva, insieme ad ampia appendice legislativa comprendente, tra l'altro, il testo francese, tedesco e inglese della stessa, può essere consultato in G. Denova – S. De Nova, *I ritardi di pagamenti nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 57 ss.; La produzione dottrinale sull'argomento è sterminata. Per un primo approccio è possibile consultare: G. Arnò – B. Ferri, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Giappichelli, 2003; A.M. Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, profili sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2003; R. Conti – G. De Marzo, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.lgs. n. 231/2002*, CEDAM, 2004; L. Mengoni, *La direttiva 2000/35 CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 73 ss.; P. Mengozzi, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, CEDAM, 2007; E. Russo, *Le transazioni commerciali*, CEDAM, 2005; M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, CEDAM, 2004.

La genericità e l'assenza di rigore dogmatico che traspare dalla definizione sopra esposta non deve sorprendere²: l'intervento del legislatore europeo è infatti caratterizzato, da un lato, in prospettiva "teleologica", dall'intento di "risolvere determinati problemi", dall'altro, in chiave di tecnica normativa, dal mancato riferimento ad una dogmatica che, nella misura in cui risenta delle tradizioni giuridiche dei singoli Paesi membri, potrebbe avere l'effetto di ostacolare la ricostruzione dei vari istituti invece che agevolarla. In tal senso non può che farsi riferimento al "frammentario diritto europeo dei contratti", che pare incline non tanto alla creazione di nuovi "tipi" contrattuali quanto a disciplinare specifici aspetti di interi gruppi di contratti³. Va dunque sottolineato che la direttiva in esame, coerentemente con il citato approccio trans-tipico del diritto europeo dei contratti, non crea né disciplina una particolare figura contrattuale sussumibile sotto il *nomen* "transazione commerciale", ma regola particolari effetti di quei contratti che da un lato sono stipulati tra imprese, o tra imprese e una pubblica amministrazione, e, dall'altro, hanno come oggetto un "pagamento a titolo di corrispettivo"⁴.

² Di concetto "ambiguo" parla Russo, E. Russo, *Le transazioni commerciali*, CEDAM, 2005, 28 ss. che evidenzia la distanza tra il concetto tradizionale di "transazione", cui si rifà il codice civile italiano, e quello, inteso come "contratto di qualsiasi denominazione o tipo, stipulato tra imprese", di cui all'articolo 2 della direttiva 2000/35 CE: pare evidente un uso "atecnico" da parte del legislatore comunitario, il quale pare, in tale occasione, privilegiare una terminologia di chiara ispirazione anglosassone.

³ Si veda diffusamente C. Castronovo – S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, II, 859 ss. L'analogia tra la transazione commerciale, qualificata al tempo dall'essere stipulata tra determinati soggetti e dall'avere un particolare oggetto, e la vendita di beni di consumo, è sorprendente e fa riflettere: "se il livello privilegiato dell'intervento del legislatore europeo si assesta a valle, sul terreno dei contratti di consumo, è pur vero che una parte non trascurabile della produzione normativa comunitaria riguarda i rapporti contrattuali c.d. *business to business*" "si tratta a questo punto di considerare se anche tali segmenti normativi mantengano quella caratteristica che si è detto sembra connotare il diritto europeo dei contratti: una scarsa propensione tipologica, una disciplina cioè rivolta a più gruppi di contratti che non alla creazione o alla disciplina di un tipo, e, per altro verso, un costante ricorso alla tecnica della norma imperativa" C. Castronovo – S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, II, 866 In tal senso la risposta affermativa passa attraverso un confronto tra la normativa attinente alla vendita di beni di consumo e quella in materia di sub fornitura: carattere imperativo e normazione trans-tipica sembrano connotati costanti dell'incedere del legislatore comunitario, ora dell'Unione.

⁴ Si vedano a tal proposito le considerazioni svolte da Russo, E. Russo, *Le transazioni commerciali*, CEDAM, 2005, 4 ss, secondo il quale "il *nomen iuris* transazione commerciale è una qualificazione che si aggiunge a quella del tipo contrattuale, ed indica il particolare regime giuridico cui è sottoposta l'obbligazione di pagamento".

Affinchè si possa parlare di transazione commerciale ai sensi della direttiva in esame, dunque, devono necessariamente concorrere due elementi:

- a) deve trattarsi di un contratto stipulato tra imprese o tra imprese e Pubblica Amministrazione (ambito di applicazione soggettivo);
- b) l'oggetto del contratto deve consistere nella consegna di merci o nella prestazione di un servizio contro il pagamento di un prezzo (ambito di applicazione oggettivo).

Particolarmente delicato appare in tale ottica il rapporto tra transazione commerciale e obbligazione pecuniaria: i due concetti, come è evidente, non coincidono essendo la prima fonte contrattuale (di una particolare specie⁵) della seconda. L'accostamento, innanzi accennato, tra transazione commerciale e obbligazione pecuniaria è giustificato dallo stesso concetto di "pagamento", concetto che disvela, invero, la natura della obbligazione che la legge intende disciplinare.

Il pagamento a titolo di corrispettivo è l'atto⁶ solutorio che si pone in un legame di corrispettività con la consegna di merci o con la prestazione di servizi: esso, ne costituisce, dunque, il "prezzo".

Anche in questo caso la terminologia adoperata dal legislatore comunitario è fortemente atenica. In base al combinato disposto di cui agli articoli 1 e 2 della 2000/35 CE emergono due dati: il "pagamento" deve essere legato alla transazione commerciale da un vincolo di corrispettività; il pagamento consiste nel versamento di un "prezzo". Se da un lato, quindi, stante il necessario collegamento sinalagmatico "pagamento-transazione", non ogni pagamento

⁵ Cfr. ancora Russo, E. Russo, *Le transazioni commerciali*, CEDAM, 2005, 5, secondo il quale "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 obbligazioni".

⁶ Atto, secondo la tesi prevalentemente accolta in dottrina, di natura non negoziale. Cfr. M. Prosperetti, *Pagamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990

risulta essere sussumibile sotto la previsione di cui agli articoli citati⁷, dall'altro "il termine prezzo è usato impropriamente perché secondo l'uso comune del linguaggio e 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 non mai un prezzo"⁸. A rigore, invero, "pagamento" è termine indicativo dell'adempimento di una obbligazione pecuniaria⁹.

Riassumendo: la transazione commerciale è fonte trans-tipica di determinate prestazioni in capo a determinati soggetti. A fronte della consegna di merci o della prestazione di servizi si pone una obbligazione pecuniaria che va adempiuta nel rispetto dei termini pattuiti.

La direttiva 2000/35 CE si occupa proprio del caso in cui l'adempimento di questa obbligazione non avvenga nel rispetto di tali termini.

3. Ragioni di una insoddisfazione: ricostruzione giuridica in materia di ritardo nello adempimento in una obbligazione pecuniaria.

Il problema del ritardo nell'adempimento di una obbligazione pecuniaria è affrontato in tutte le legislazioni dei paesi europei.

Come è noto le obbligazioni pecuniarie sono quelle che hanno per oggetto una somma di danaro. Esse sono caratterizzate dalla circostanza che, nella maggior parte dei casi, sussiste un apprezzabile intervallo temporale tra sorgere della obbligazione e adempimento della stessa. Il fenomeno da ultimo citato può essere fisiologico: le parti, ad esempio, concordano che l'obbligazione dovrà essere

⁷ Ne resterebbero esclusi, ad esempio, le restituzioni, i rimborsi, le spese in quanto mezzi di mera reintegrazione patrimoniale.

⁸ E. Russo, *Le transazioni commerciali*, CEDAM, 2005, 29

⁹ Cfr. diffusamente M. Prosperetti, *Pagamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990 Chiarisce sul punto G. De Nova- S. De Nova, *i ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 5 che "pagamento non è sinonimo di adempimento: per pagamento si intende "il pagamento di un prezzo" e dunque la corresponsione di una somma di denaro".

eseguita non prima di una determinata data. Il fenomeno può essere patologico: il termine fissato per l'adempimento non viene rispettato.¹⁰ Il tema, a livello generale, è comunque il medesimo: il ruolo del passaggio del tempo nell'adempimento di una obbligazione pecuniaria.

Orbene, debitore e creditore sono esposti, quand'anche l'eventuale termine di adempimento venga rispettato, alla fisiologica fluttazione del potere di acquisto della somma di denaro oggetto della obbligazione: poiché, peraltro, la moneta tende generalmente a svalutarsi nel tempo, la questione giuridica connessa allo scorrere del tempo sarà, in questo caso, quello della incidenza della svalutazione monetaria nell'ambito del rapporto obbligatorio.

Nel caso in cui, invece, il termine di adempimento non venga rispettato, alla naturale svalutazione monetaria si aggiungono, a carico del creditore, una serie di ulteriori effetti pregiudizievoli: è intuitivo constatare, ad esempio, che il creditore, privato della liquidità cui aveva fatto affidamento, potrebbe essere costretto a ricorrere al mercato del credito, così dovendo sopportare, a sua volta, i costi dell'accesso al finanziamento.

Appaiono così delineati i due estremi del medesimo problema: occorre, da un lato chiedersi come reagisce l'ordinamento alla fisiologica svalutazione monetaria¹¹ nella ipotesi di rispetto del termine di adempimento; dall'altro, occorre vagliare le soluzioni adottate nelle ipotesi di ritardo nell'adempimento.

¹⁰ Cfr. *infra* pag. 22. Può da subito anticiparsi che una tutela offerta solo nelle ipotesi di ritardato adempimento sarebbe tutela debole: quand'anche fossero previsti strumenti sanzionatori dissuasivi, infatti, nulla impedirebbe alle parti di fissare, secondo la "loro" autonomia contrattuale, un termine di "pagamento" molto lungo: a fronte della immediata esecuzione della propria prestazione, in simili scenari, l'adempiente sarebbe esposto alla naturale fluttazione del potere di acquisto della moneta, con evidenti vantaggi da parte del debitore pecuniario/beneficiario della prestazione caratteristica già ricevuta. Cfr. sul punto G. De Nova- S. De Nova, *i ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 3 s.

¹¹ In realtà occorrerebbe mantenere distinti i concetti di "svalutazione monetaria" e "deprezzamento della moneta": il primo attiene a rigore all'alterazione della unità di misura rispetto alla quantità di metallo al quale è ragguagliata, il secondo alla variazione del potere di acquisto dei pezzi monetari al quale si riporta l'unità di misura. Sul punto, T. Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1968, 61.

La prima delle due accennate questioni richiama l'enorme dibattito, anche storico¹², in materia del principio della rilevanza del valore nominale del denaro: stante la estrema complessità della materia e, soprattutto, la eccentricità rispetto al presente lavoro, ci si limiterà in questa sede a brevissimi cenni.

Com'è noto il primo comma dell'articolo 1277 c.c. dispone che “i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale.”

Per comprendere appieno portata e limiti del “principio nominalistico” pare opportuna qualche considerazione preliminare: in particolar modo si ritiene opportuno fornire una definizione giuridico-economica di “valore” e, successivamente, completare l'analisi puntualizzando *ratio*, significato e limiti del sintagma “valore *nominale*”.

E' evidente che, nel testo, il termine “svalutazione” è utilizzato in senso atecnico, ed è da intendersi come “deprezzamento della moneta”.

¹² Per il quale si veda diffusamente T. Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1968, 113, ss. Analizzando la dottrina giuridica più attenta ai fenomeni monetari è possibile rilevare che, come sottolineato da E. Quadri in *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979, l'interesse del giurista agli effetti del deprezzamento monetario pare rinvigorirsi nei periodi di crisi economica: l'opera da ultimo citata si colloca, in effetti, nel periodo caratterizzato dalla “stagflazione”, a sua volta causata dall'espandersi del ruolo e del potere contrattuale dell' OPEC . Com' è noto l' Organization of Petroleum Exporting Countries viene costituita il 14 Settembre 1960 durante la Conferenza di Baghdad: “la nascita dell'OPEC non destò particolare interesse nel mondo occidentale: nel 1960, infatti, l'offerta di petrolio era abbondante e il prezzo basso, con il mercato controllato dalle grandi compagnie petrolifere occidentali, le cosiddette Sette Sorelle. In questa prima fase, l'iniziativa dell'OPEC mirò quasi esclusivamente alla difesa del prezzo del petrolio e a contrastare il potere delle grandi compagnie petrolifere internazionali, con l'intento politico ed economico di rivedere il sistema di contratti e concessioni che, dagli anni Venti, regolamentava i rapporti tra Stati produttori ed imprese estere, per permettere ai primi di tutelare meglio il loro diritto allo sfruttamento delle proprie risorse naturali. All'inizio degli anni Settanta, l'influenza internazionale dei paesi OPEC crebbe considerevolmente, così come la loro capacità di contrattazione con le majors straniere. A seguito dell'esplosione della domanda di petrolio nel 1973, l'organizzazione riuscì ad imporre un aumento considerevole del prezzo del petrolio che toccò gli 11 doll./bbl. rispetto ai 3 del periodo precedente, contribuendo così alla prima grande crisi petrolifera della storia.” <http://www.agienergia.it/Notizia.aspx?idd=61&id=37&ante=0>.

Sulle dinamiche della “iperinflazione” si veda P. Cagan, *Monetary Dynamics of Hyperinflation*, in Friedman, editor, *Studies in the Quantity Theory of Money*, 1956

Tra gli altri illustri lavori sul punto è possibile citare T. Ascarelli, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova 1928, scritto al termine del primo conflitto mondiale; L. Mosco, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, e ciò tralasciando la sconfinata produzione dottrinale europea.

Valore è l'attitudine delle cose a procurare utilità; il valore può essere d'uso, quando il bene sia atto a soddisfare immediatamente un bisogno, o di scambio, con ciò intendendo la capacità della cosa di essere scambiata con altre utili. Di regola ogni bene ha sia un valore d'uso che di scambio: il denaro, tuttavia, ha un valore eminentemente di scambio in quanto inidoneo a soddisfare *immediatamente* un bisogno.

Per valore nominale si intende l'attitudine del denaro a estinguere l'obbligazione pecuniaria mediante corresponsione di una quantità di pezzi monetari corrispondenti al multiplo o al sottomultiplo dell'unità di misura legale dell'ordinamento monetario indicato nella costituzione del debito.

Il denaro quindi si distingue dagli altri beni in quanto: può avere un valore "intrinseco", ha certamente un valore di scambio, è rilevante per l'ordinamento per il suo valore nominale. Stante le conseguenze che comporta lo stretto rispetto del principio nominalistico (com'è noto debitore e creditore corrono le sorti del deprezzamento-apprezzamento della moneta), è opportuno chiarire il motivo per cui il legislatore ha scelto di dar rilevanza ad esso. Nella citata norma di cui all'articolo 1277 del codice civile italiano convergono, a ben vedere, una pluralità di *rationes*: storiche, economiche e di politica economica. Il nominalismo coincide, in effetti, e in un primo momento, con l'affermazione del potere dello Stato nazionale di coniare moneta: il potere sovrano, in altri termini, crea strumenti di pagamento conferendo agli stessi la possibilità di essere accettati senza bisogno che il creditore, di volta in volta, accerti le caratteristiche e il valore dei singoli pezzi monetari. A tale giustificazione, di ordine storico, se ne accompagna tradizionalmente un'altra: il nominalismo è l'unico criterio in grado di salvaguardare e favorire i traffici economici¹³. Paradossalmente, infine, a questa giustificazione "mercantilista", si aggiunge un'altra, apparentemente in

¹³ Si è sostenuto, con formula indubbiamente efficace, che "il capitalismo è economicamente inconcepibile senza il sostegno rappresentato dal principio nominalistico". Si veda E. Quadri in, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979, 71.

aperto contrasto: il principio del valore nominale sarebbe l'istituto fondamentale che consentirebbe allo Stato di "manovrare le leve della inflazione e della deflazione, al fine di assicurare la realizzazione degli interessi di volta in volta ritenuti meritevoli di tutela"¹⁴. Com'è noto, ad esempio, un aumento del livello generale dei prezzi comporta svantaggi per chi detiene grandi quantità di moneta, ma vantaggi, in termini di interesse reale¹⁵, per tutti coloro che sono debitori di una somma di denaro: un abbandono del principio del valore nominale del denaro potrebbe comportare la sterilizzazione di gran parte di questi effetti di politica monetaria.

Il nominalismo, tuttavia, non è principio assoluto: da un lato le parti possono garantirsi contro le oscillazioni del potere di acquisto mediante apposite clausole; dall'altro sussistono numerosi rapporti obbligatori che restano sicuramente fuori dalla applicazione dello stesso.¹⁶ Infine devono ritenersi sottratti alla sfera di applicazione del principio nominalistico gli stessi debiti pecuniari, nei casi in cui

¹⁴ E. Quadri in, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979, 81.

¹⁵ Data la ben nota formula dell'economista statunitense Irving Fisher secondo cui il tasso di interesse reale è uguale al tasso di interesse nominale meno il tasso di inflazione: $r = i - \pi$. Fermo il tasso di interesse nominale, un aumento dell'inflazione comporta una riduzione del tasso di interesse reale. Cfr. R. Signorino, *Istituzioni di economia politica*, Vol. I, *Microeconomia*, Torino, 2008, 76.

¹⁶ Trattasi, come è evidente, dei c.d. debiti "di valore". Particolarmente efficace appare la ricostruzione che ne offre L. Mosco, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, 54 e ss. "Com'è noto si suole comprendere sotto questo termine varie specie di debiti, di cui le categorie più note e quasi pacificamente riconosciute sarebbero l'obbligazione tendente al risarcimento dei danni, l'obbligazione alimentare, l'obbligazione d'indennizzo che grava sull'assicuratore, e talune altre che sorgono nel campo del diritto ereditario. (...) il termine "debiti di valore" è equivoco, perché può far nascere il dubbio che si voglia, con esso, indicare debiti di danaro (...) mentre è chiaro che si tratta di debiti che per il loro oggetto e la loro disciplina giuridica si contrappongono nettamente ai debiti pecuniari. In sostanza i debiti di questo gruppo hanno due aspetti comuni essenziali che consistono in ciò: anzitutto sono debiti che non hanno originariamente per oggetto una somma di danaro, ma che vengono, in un momento posteriore alla loro nascita, convertiti in una somma di danaro per quella particolare qualità specifica del danaro di poter fungere da *equivalente giuridico* degli altri beni. Inoltre tali debiti hanno la speciale funzione di reintegrare il patrimonio di un soggetto dalle perdite che per varie cause si sono verificate, com'è nel caso dell'assicurazione danni, in quello del risarcimento del danno, in quello della riduzione per lesione di legittima; mentre in qualche altro caso, e specialmente in materia di alimenti, tendono a fare entrare in un patrimonio beni la cui entità economica è determinata in vista della speciale funzione a cui tali beni servono. Pertanto (...) si può dire che si tratta di debiti tendenti a procurare al creditore dei beni qualitativamente non specificati, e la cui entità economica, che ha solo valore per tali debiti, viene determinata in base a criteri che variano da caso a caso".

il contratto che ne costituisce la fonte sia risolubile per eccessiva onerosità sopravvenuta¹⁷.

Ciò posto, è ora possibile concentrare la nostra attenzione sulle soluzioni accolte nell'ordinamento italiano in tema di ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. L'indagine che si proporrà è strettamente correlata all'oggetto della presente ricerca: come sottolineato, in effetti, la produzione normativa europea in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali prende le mosse proprio dalla rilevata insoddisfazione delle soluzioni accolte in materia dai singoli ordinamenti.

Significativo appare, in particolare, il considerando n. 16 della direttiva 2000/35/CE a mente del quale *“I ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri per i bassi livelli dei tassi degli interessi di mora e/o dalla lentezza delle procedure di recupero.”*

Dalla analisi, anche semplicemente testuale, di questa disposizione, emerge chiaramente il profilo di maggiore criticità posto in rilievo dalle istituzioni europee: a rendere finanziariamente attraente l'inadempimento del debitore “pecuniario” non è, a ben vedere, tanto la presenza, in Italia come in Germania e in Francia, di istituti quali la costituzione in mora, la *mise en demeure*, la *Mahnung*, quanto piuttosto la bassa misura percentuale degli interessi dovuti in caso di ritardato adempimento: pare infatti evidente che un sistema che fissi il tasso di interesse di mora ad un livello inferiore rispetto al tasso di rendimento di uno strumento finanziario, induce il debitore a *non* adempiere, e a lucrare sulla differenza tra quanto dovuto in conseguenza del ritardo, e quanto ottenuto

¹⁷ L. Mosco, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, 55 e ss.

investendo la somma di denaro oggetto della obbligazione in tali strumenti finanziari.¹⁸

La disciplina cui occorre far riferimento è contemplata negli articoli 1219, 1224, 1282 e 1284 del codice civile italiano.

L'articolo 1219 del codice civile¹⁹ è interessante sotto più punti di vista. In prima battuta conferma la tendenza anche del legislatore italiano a differenziare ritardo e mora. In seconda battuta la stessa analisi del punto n. 3, coordinata con i principi generali in tema di obbligazioni, tende ad *escludere*, già a diritto vigente nel 1942, la necessità della costituzione in mora nelle c.d. transazioni commerciali²⁰. Ed in vero, come è noto, a mente dell'articolo 1182 comma 3 del codice civile, se la prestazione ha ad oggetto una somma di danaro la stessa va adempiuta al domicilio che il creditore ha alla scadenza²¹.

A sua volta la scadenza della obbligazione pecuniaria coincide con lo spirare del termine fissato per l'adempimento: se esso non è previsto né dal titolo, né dagli usi né dalla legge, e se la prestazione non richiede un certo tempo per la sua esecuzione, si applica il principio della immediata esigibilità del credito.

¹⁸ Cfr. A. Colombi Ciacchi, *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti B) Germania*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 197 ss. "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."

¹⁹ A mente del quale "Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto. Non è necessaria la costituzione in mora:

1) quando il debito deriva da fatto illecito;

2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione;

3) quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore. 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"

²⁰ In realtà tale è principio risalente nella cultura giuridica continentale. Ricorda in effetti T. Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1968, 559, che già nel Codex Fabrianus, sul presupposto della attività mercantile del debitore, si leggeva "neque enim dubitandum est, quin creditoris intersit, quod pecuniam ad diem non acceperit".

²¹ Cfr. sul punto L. Mengoni, *la direttiva 2000/35 CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 75 "la norma (di cui all'articolo 3, co. 1 direttiva in esame) corrisponde alla disciplina dell'articolo 1219, co.2, n.3 c.c.; essendo riferita esclusivamente a obbligazioni pecuniarie, è superflua la menzione dell'ulteriore presupposto che la prestazione debba essere adempiuta al domicilio del creditore, stante la regola dell'articolo 1182, co.2." Cfr. diffusamente *infra*.

Prima della scadenza l'obbligazione è bensì esistente, ma non esigibile. A sua volta occorre distinguere i concetti di obbligazione scaduta e, quindi, esigibile, e mora del debitore: l'esigibilità attiene alla concreta possibilità di richiedere l'adempimento; la mora è invece il ritardo nell'adempimento che non dipenda da cause non imputabili al debitore.

Nelle obbligazioni *querable* è necessario un atto con il quale il creditore manifesti al debitore di volersi avvalere della prestazione dovuta: fino a quel momento la prestazione è esigibile, perché può essere attualmente richiesta, ma il debitore non è in mora. Nelle obbligazioni *portable*, invece, la scadenza della obbligazione coincide con la mora del debitore a meno che il ritardo nell'adempimento non derivi da cause a quest'ultimo non imputabili.

Più complesso appare il quadro tratteggiato dagli articoli 1224, 1282, 1284 c.c.

Una compiuta, anche se necessariamente sintetica, analisi delle disposizioni da ultimo citate, impone una breve digressione sul concetto di interessi nelle obbligazioni pecuniarie²².

Il legislatore non definisce il concetto di interesse²³. Dal punto di vista giuridico “gli interessi sono quelle prestazioni accessorie, omogenee rispetto alla prestazione tradizionale, che si aggiungono ad essa per effetto del decorso del tempo e che sono commisurate ad una aliquota della stessa”²⁴

²² Si veda sul punto, *ex multis*, B. Inzitari, *Profili del diritto delle obbligazioni*, CEDAM, 2000, 223 ss.

²³ In effetti tale concetto è, prima ancora che concetto giuridico, concetto economico. Distingueremo così tasso di interesse nominale, inteso come saggio di crescita della moneta $i = (M_1 - M_0)/M_0$ e tasso di interesse reale, inteso come tasso di crescita del potere di acquisto in termini reali o tasso di interesse al netto della inflazione secondo la già citata equazione di Fisher $r = i - \pi$.

Dal punto di vista del diritto positivo è possibile rinvenire esclusivamente una definizione “mediata” di tasso di interesse: come è noto, l'articolo 820 considera frutti civili, tra gli altri, anche gli interessi sui capitali: questa norma pare perfettamente in linea con la tendenza dei legislatori a fornire una “descrizione attraverso immagini metaforiche degli interessi”. Cfr. sul punto . Inzitari, *Profili del diritto delle obbligazioni*, CEDAM, 2000, 224.

Per una compiuta indagine storica sul tasso di interesse si veda T. Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1968, 559 s.

²⁴ Secondo la definizione proposta da F. Ferrara, *Il Fallimento*, Milano, 1966, 291.

Ciò posto, è possibile rilevare che la dottrina pressoché unanime²⁵ classifica, quanto alla funzione, gli interessi in corrispettivi, compensativi e moratori²⁶.

Di là, tuttavia, della lineare chiarezza di tali classificazioni, è opportuno rilevare come alla stessa non corrisponda una altrettanto limpida chiarezza del dato normativo. Nello specifico pare opportuno concentrare la nostra attenzione sul fondamento della determinazione del tasso di interesse legale, e sui rapporti sussistenti tra la norma di cui all'art. 1244 c.c. e quella posta dal successivo art. 1282.

A mente dell'articolo 1284 il tasso di interesse legale, fissato annualmente con decreto del Ministro del tesoro, può essere modificato “sulla base del rendimento medio annuo lordo *dei titoli di Stato* di durata non superiore a 12 mesi e tenuto conto *del tasso di inflazione* registrato nell'anno precedente.”

Per cogliere l'importanza di tale norma, ai fini del presente lavoro, è sufficiente porla in contrapposizione con quella di cui all'articolo 3 della direttiva 2000/35 CE : “il livello degli interessi di mora («tasso legale») a carico del debitore è pari al tasso d'interesse *del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea* applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione («tasso di riferimento»), *maggiorato di almeno 7 punti percentuali* («margine»), salvo altrimenti disposto dal contratto.”

²⁵ Secondo C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, Milano, 179 “la distinzione fra interessi compensativi e interessi corrispettivi è generalmente recepita, e può essere anche accettata tenendo comunque presente che gli interessi corrispettivi appartengono alla categoria degli interessi funzione remunerativa (contrapposta a quella degli interessi moratori), e che sia pure in senso ampio sono anch'essi interessi compensativi, onde appare pur sempre preferibile una denominazione unitaria”.

²⁶ Come si accenna nel testo la classificazione è attinente alla funzione che svolgono di volta in volta gli interessi. Interessi *moratori* sarebbero per tanto quegli cui è sottesa la funzione di risarcimento del danno subito dal creditore per il ritardato adempimento della obbligazione; *compensativi* sarebbero quelli cui è sottesa la funzione di riequilibrare vantaggi goduti dal debitore pecuniario quand'anche il credito non fosse ancora esigibile [art. 1499 c.c.]; *corrispettivi* sarebbero gli interessi cui è sottesa la funzione di corrispettivo per il godimento (non di un bene che produca frutti nel periodo precedente al pagamento del prezzo ma) di una somma di denaro.

Non solo, dunque, la base di calcolo pare fundamentalmente diversa, ma il tasso così determinato dovrà essere maggiorato di almeno 7 punti percentuali. Queste brevi considerazioni disvelano invero la principale questione giuridica cui la direttiva in oggetto volle dare risposta: una disciplina come quella prevista dal codice civile italiano, frutto come appresso verrà meglio chiarito della giustapposizione tra codice civile e codice del commercio, e ancora tributaria di antichi retaggi sulla misura massima dei tassi di interesse, è del tutto *insoddisfacente* per indurre il debitore “commerciale” all’adempimento della propria obbligazione pecuniaria.

Le considerazioni che precedono potranno meglio essere intese ponendo semplicemente a confronto le norme di cui agli articoli 1224 e 1282 del codice civile nostrano. Trattasi, in questa materia, del più evidente effetto della giustapposizione tra codice civile e codice del commercio operata nel 1942.

Ed invero, nel vigore del codice del 1865, e, quindi, del codice del commercio del 1882, sussisteva una *netta* differenza tra interessi dovuti in relazione ad una obbligazione civile, e interessi dovuti in relazione ai debiti commerciali. La prima ipotesi era disciplinata dall’articolo 1231 a mente del quale “in mancanza di patto speciale nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, i danni derivanti dal ritardo nell’ eseguirle consistono sempre nel pagamento degli interessi legali salve le regole particolari al commercio alla fideiussione ed alla società”. La decorrenza di tali interessi, peraltro, era fissata unicamente dal giorno della mora, e la mora, secondo l’interpretazione che la giurisprudenza diede del combinato disposto di cui agli articoli 1223, 1249 del codice civile, non era *ex re* ma necessitava della intimazione del creditore²⁷.

²⁷ In effetti se, da un lato, l’articolo 1223, innovando sul punto la tradizionale impostazione del codice francese, prevedeva che “Se l’obbligazione consiste nel dare o nel fare, il debitore è costituito in mora per la sola scadenza del termine”, dall’altro l’articolo 1249 qualificava l’obbligazione del debitore pecuniario come *querable* (Il pagamento deve farsi nel luogo fissato nel contratto. Non essendo fissato il luogo e trattandosi di cosa certa e determinata, il pagamento deve farsi nel luogo ove al tempo del contratto si trovava la cosa che ne forma oggetto. Fuori di questi casi, il pagamento si deve fare al domicilio del

Ben diverso era lo scenario tratteggiato dal codice del commercio: a mente dell'articolo 41, in effetti, “i debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto”.

Prontamente la dottrina colse la differenza tra gli interessi previsti per i debiti commerciali e quelli di cui all'articolo 1231 c.c., definendo i primi interessi “*corrispettivi*” quale compenso dell'uso di quella fecondità del denaro che negli affari commerciali si ritiene “effettiva”; e i secondi interessi “*moratori*”. Mentre quindi nell'ambito dei rapporti commerciali la produzione degli interessi si accompagnava a qualsiasi debito pecuniario liquido ed esigibile, nell'ambito dei rapporti civili la produzione degli interessi rappresentava il risarcimento di un danno subito dal creditore per il ritardato adempimento.

Orbene, con la riforma del 1942, le due regole, fino a quel momento ben distinte, finirono per collimare.

Quanto alle obbligazioni civili, il debito di denaro, definito come *portabile* dall'articolo 1182, finì per essere ricompreso nei casi di mora *ex re* di cui all'articolo 1219; quanto alle obbligazioni commerciali, la norma di cui all'articolo 41 del codice del commercio, peraltro ormai estesa alla generalità delle obbligazioni, conflui nell'attuale articolo 1282: la generalizzazione del principio della decorrenza di pieno diritto degli interessi per tutti i debiti liquidi ed esigibili, già sancito dall'articolo 41 del codice del commercio, ha reso problematica la distinzione tra la categoria degli interessi moratori e interessi corrispettivi.

Per cogliere il perdurante elemento di differenziazione tra interessi moratori e quelli previsti in seno all'articolo 1282 occorre riflettere sulla loro rispettiva funzione: mentre gli interessi di cui all'articolo 1224 hanno una funzione

debitore, salvo ciò che è stabilito dall'articolo 1508): fu proprio quest'ultimo dato a indurre la giurisprudenza a ritenere necessaria l'intimazione del creditore per il dispiegamento degli effetti della mora. Cfr. B. Inzitari, *Profili del diritto delle obbligazioni*, CEDAM, 2000, 111 ss.

risarcitoria, quelli ex articolo 1282 appaiono la concretizzazione normativa del principio della naturale fecondità del denaro: “l’esigibilità del credito comporta una situazione in cui il debitore gode di un capitale attualmente spettante al creditore, e giustifica pertanto che quest’ultimo ne sia compensato mediante gli interessi legali a prescindere dal titolo del rapporto obbligatorio²⁸”. Il che, tuttavia, schiude un altro, complesso e assai dibattuto, problema: gli interessi moratori, data la loro funzione risarcitoria, si salderebbero alle regole di responsabilità contrattuale, richiedendone i presupposti: l’inadempimento colpevole, secondo parte della dottrina, il semplice inadempimento, secondo altra.

Non è possibile in questa sede nemmeno accennare il dibattito in merito al ruolo della colpa nella responsabilità da inadempimento. E’ possibile affermare, tuttavia, che mentre l’inadempimento non colpevole esclude l’obbligo di corresponsione degli interessi moratori (e ciò, si badi, sia nel caso in cui la colpa venga considerata come presupposto della responsabilità, sia nel caso in cui la stessa sia vista come causa ostativa alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta ex articolo 1256), la semplice disponibilità di una somma altrui, liquida ed esigibile, comporterebbe l’obbligo di corresponsione ex 1282, a meno che il debitore non provi di non avere potuto godere della somma.

Il che va coordinato con la natura *portable* del debito pecuniario: il debitore pecuniario è in mora alla semplice scadenza della obbligazione. Casi in cui, dunque, interessi possono essere dovuti in base all’articolo 1282 ma *non* in base all’articolo 1224 sono abbastanza rari: in prima battuta il caso di inadempimento non colpevole con godimento della somma di denaro non tempestivamente trasferita al creditore; in seconda battuta casi di obbligazione pecuniaria qualificata come *querable* dalle parti, in assenza di attività del creditore.

²⁸ C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, Milano, 182

Riassumendo: il sistema delineato dal codice civile del 1942 pone da un lato la regola per cui il debito pecuniario insoluto produce interessi automaticamente dal giorno della mora (articoli 1219, 1182), dall'altro la misura degli interessi legali è, in assenza di determinazione pattizia, quella legale, la quale a sua volta è determinata sulla base di strumenti finanziari, quali i titoli di stato, certamente al di fuori del circuito economico commerciale.

Il quadro testè delineato subisce importanti modifiche qualora il debitore sia una Pubblica Amministrazione. Secondo orientamento consolidato, in effetti, ai fini della produzione degli interessi corrispettivi ex art. 1282, la liquidità e la esigibilità del credito possono essere escluse anche da circostanze e modalità di accertamento dell'obbligazione che, in ragione della natura pubblicistica del soggetto debitore, siano espressamente disciplinate dalla legge o anche da norme di natura regolamentare²⁹. Come è noto, in effetti, le spese correlate ad obbligazioni pubblicistiche devono necessariamente essere precedute dagli stadi dell'impegno, della liquidazione e dell'ordinazione e pagamento³⁰.

Ma se il mancato adempimento di tali formalità, escludendo la liquidità e la esigibilità del credito, comporta la non insorgenza degli interessi ex articolo 1282 c.c, il comportamento della P.A. che *colposamente* ritardi l'attivazione di tali procedimenti può dar luogo a responsabilità da inadempimento, con la conseguente condanna alla corresponsione degli interessi moratori di cui all'articolo 1224. Né il debitore pubblico potrà addurre la mancata disponibilità di fondi per escludere la propria responsabilità: è stato infatti notato³¹ che il difetto di stanziamento di bilancio può far nascere una difesa sul diverso piano dell'annullamento dell'obbligo contrattuale, non su quello della imputabilità del ritardo.

²⁹ Cfr. Cass. 24 settembre 2002, n. 13859, in *Foro it.*, Rep 2002, voce *Contratti della p.a.*, n. 136

³⁰ Su tali concetti si veda R. Conti, G. Di Marzo, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.lgs. n. 231/2002*, CEDAM, 2004, 2 ss.

³¹ Cfr. Cass. 27 luglio 1982, n. 4330, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 487

Come ulteriore elemento di differenziazione con la disciplina applicabile nei rapporti tra privati, infine, è da notare che la scadenza della obbligazione *non* comporta automaticamente la mora della P.A. debitrice: il luogo del pagamento è, in questi casi, non il domicilio del creditore, ma il luogo in cui ha sede l'ufficio di tesoreria tenuto ad effettuare il pagamento, ossia quello della provincia in cui il creditore è domiciliato. Sarà dunque sempre necessaria la formale costituzione in mora.

Ne risulta, in definitiva, un quadro nel quale la misura del tasso di interesse risulta essere alquanto contenuta e nel quale, pertanto, paiono del tutto giustificate le preoccupazioni manifestate dal legislatore europeo.

Una situazione non dissimile da quella italiana era peraltro rinvenibile negli ordinamenti di Francia e Germania, ordinamenti nei quali è tuttora presente la dicotomia codice del commercio/codice civile.

Mentre in Francia, però, la direttiva 2000/35 CE ha comportato una progressiva modificazione del solo codice del commercio, in Germania la stessa ha costituito occasione per un ripensamento dell'intero diritto delle obbligazioni.

In questa sede limiteremo la nostra attenzione unicamente alla situazione normativa precedente al 2001.

Quanto alla Francia corre fare riferimento agli articoli 1139, 1146, 1153 del codice civile, e agli articoli L 441-3 e L441-6 del codice del commercio.

L'articolo 1146 codifica una norma fedele alla già accennata tradizione: *“Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante”*. Quanto alla costituzione in mora l'articolo 1139 specifica che *“le débiteur est constitué en demeure, soit par*

une sommation ou par autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.” Da un lato, dunque, gli interessi sono dovuti dal giorno della mora, dall'altro è necessaria una *sommation* ai fini della costituzione della stessa: è stato a tal proposito rilevato che il sistema francese risulta, sul punto, “ormai lontano e talora, nei principi di fondo, opposto a quello italiano”³² stante la imprescindibile necessità della intimazione del creditore ai fini della costituzione in mora.

Quanto alla misura degli interessi moratori l'articolo 1153 dispone che “ dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance.”

La regola pare in parte sovrapponibile a quella di cui all'articolo 1224 del codice civile italiano.

Infine la misura del tasso di interesse legale è quella pari à la moyenne arithmétique des douze dernières moyennes mensuelles des taux de rendement actuariel des adjudications de bons du Trésor à treize semaines.

³² B. Inzitari, *Profili del diritto delle obbligazioni*, CEDAM, 2000, 243

Come per l'articolo 1284 del codice italiano, dunque, il parametro di riferimento del tasso di interesse legale francese è quello dei buoni del Tesoro.

L'ordinamento francese conosce tuttavia, com'è già stato accennato, un separato codice del commercio. La normativa in vigore precedentemente al processo di attuazione della direttiva 2000/35 CE, tuttavia, non pare molto dissimile da quella prevista per la generalità delle obbligazioni.

Particolarmente interessante pare la disposizione di cui all'articolo L441-6 secondo e terzo comma del codice del commercio: *“les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les modalités de calcul et les conditions dans lesquelles des pénalités sont appliquées dans le cas où les sommes dues sont versées après la date de paiement figurant sur la facture, lorsque le versement intervient au-delà du délai fixé par les conditions générales de vente.*

Ces pénalités sont d'un montant au moins équivalent à celui qui résulterait de l'application d'un taux égal à une fois et demie le taux de l'intérêt légal.”

Riassumendo: quanto alle generalità delle obbligazioni il diritto francese si caratterizza per la necessità, da un lato, dell'atto di intimazione ai fini della costituzione in mora del debitore, dall'altro, per la misura contenuta degli interessi moratori. Quanto, invece, alle obbligazioni commerciali, mentre, come notato, il termine di decorrenza delle *pénalités* è stabilito dalle *conditions de règlement*, la misura concreta di queste ultime risulta, ancora una volta, alquanto contenuta.

Parzialmente diverso si presentava, in ordine ai profili giuridici oggetto di analisi, il diritto tedesco.

Giova ancora una volta ricordare che, proprio in materia di obbligazioni, il diritto tedesco è stato quello che più ha saputo innovarsi scegliendo la tecnica della modifica al codice civile: in questa sede si commenteranno le norme precedenti a dette riforme.

Ebbene le regole fondamentali in materia di saggio di interessi e di decorrenza degli stessi erano contenute nei § 284, 288 del BGB. Una regola simile a quella di cui all'articolo 1282 del codice italiano si trova poi nel §353 del HGB.

Il paragrafo 284 prevede, come regola generale ai fini della costituzione in mora, la necessità di una intimazione da parte del creditore: “il debitore che, ricevuta dal creditore una intimazione di pagamento dopo che il debito è divenuto esigibile, ciononostante non provvede ad eseguire la prestazione, viene costituito in mora attraverso l'intimazione.”³³. Il successivo comma secondo, tuttavia, prevede che, qualora l'obbligazione sia a termine, e tale termine sia scaduto, il debitore è costituito in mora senza necessità di una intimazione. Come è evidente il comma secondo del § 282 non distingue tra obbligazioni *portable* o *querable*: fu compito di dottrina e giurisprudenza quello di procedere alle necessarie precisazioni in relazione a quei casi in cui l'attività di adempimento debba svolgersi in collaborazione con il creditore.

Quanto alla misura degli interessi di mora il successivo § 288 prevedeva un tasso del 4% annuo³⁴.

Di là, dunque, della norma di cui al § 353 del HGB, norma che appare in tutto simile all'articolo 1282 del codice civile italiano, e che sancisce, ancora una volta, il principio della naturale fruttuosità del denaro (per lo meno nei rapporti tra commercianti),³⁵ è possibile notare che anche nel diritto tedesco si riscontra

³³ Testo precedente alla riforma del diritto delle obbligazioni tedesco: “Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. [2] Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich. Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. [2] Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt.”. La relativa disciplina è oggi confluita nel § 286.

³⁴ § 288 BGB precedente alla riforma “Eine Geldschuld ist während des Verzugs *mit vier vom Hundert* für das Jahr zu verzinsen. [2] Kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen, so sind diese fortzuentrichten”. Si noti che il comma secondo prevede espressamente che la richiesta di danni ulteriori non è esclusa.

³⁵ Per il quale si veda diffusamente B. Inzitari, *Profili del diritto delle obbligazioni*, CEDAM, 2000, 237 ss.

quella misura contenuta del tasso di interesse legale che abbiamo riscontrato in riferimento agli ordinamenti italiano e francese.

Alla luce delle superiori osservazioni possediamo tutti gli elementi per valutare le *rationes* che spinsero il legislatore europeo alla approvazione della 2000/35 CE.

Nello specifico ragioni di carattere economico e considerazioni di natura prettamente giuridica paiono saldarsi: il quadro normativo appena delineato costituisce, in effetti, terreno fertile sul quale può spiegarsi, con effetti negativi per il mercato comune, il comportamento opportunistico del contraente “forte”.

E’ stato in effetti notato³⁶ che “l’impresa forte sa che la controparte debole, per paura di rovinare il rapporto d’affari, non la metterà in mora e a maggior ragione non la citerà in giudizio. E quand’anche venisse messa in mora o citata in giudizio, l’impresa forte non avrebbe nulla da perdere: pagherebbe il debito e poi chiuderebbe il rapporto d’affari con la controparte debole, rimpiazzandola con una sua concorrente”.

Emerge quindi, chiara, una duplice necessità: da un lato prevedere istituti che, superando la necessità di un atto formale di costituzione in mora, possano comportare effetti negativi per l’inadempiente in maniera automatica; dall’altro fissare il tasso di interesse “moratorio” in misura così talmente alta da non rendere più “appetibile” l’inadempimento.

Il tutto a tutela:

- 1) delle piccole e medie imprese
- 2) della libertà di esportazione, libertà minata, di fatto, dal dislivello tra nord e Sud della Europa quanto a puntualità nei pagamenti.

³⁶ A. Colombi Ciacchi, *l’attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti B) Germania*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 198

La direttiva, in definitiva, mira a combattere due tipi di ritardo nei pagamenti: il ritardo “proprio” cioè quello che costituisce inadempimento contrattuale, e un ritardo “improprio” vale a dire quello conforme a contratto: i termini di pagamento eccessivamente lunghi, anche se pattiziamente “concordati”, mettono infatti in pericolo la situazione finanziaria dei creditori e scoraggiano l’esportazione verso i paesi che li praticano³⁷.

4. La 2000/35 CE: *rationes*, iter di approvazione e principali soluzioni accolte: analisi e attuazione in Germania e in Francia.

4.1 Esigenze di protezione e iter di approvazione della direttiva in commento

Al termine del precedente paragrafo sono state messe in luce alcune delle principali *rationes* che spinsero il legislatore europeo all’adozione dello strumento di cui alla direttiva 2000/35 CE.

A ben vedere, tuttavia, le stesse superiori considerazioni poggiano su un dato sul quale pare opportuno riflettere. E’ stato nel testo notato che, “il quadro normativo appena delineato costituisce, in effetti, terreno fertile sul quale può spiegarsi, con effetti negativi per il mercato comune, il comportamento opportunistico *del contraente “forte”*; e ancora che *“l’impresa forte sa che la controparte debole, per paura di rovinare il rapporto d’affari, non la metterà in mora e a maggior ragione non la citerà in giudizio.”*

Ebbene, la direttiva 2000/35 CE pare ispirata, similmente a quanto già avvenuto in materia di sub-fornitura, e in sorprendente analogia con quanto previsto dalla imponente legislazione “consumeristica”, alla tutela del contraente *sostanzialmente* debole. Il che, ovviamente, non è un dogma, ma frutto di una precisa scelta tra diverse concezioni economiche. Al contrario, probabilmente, il

³⁷ Cfr. ancora una volta A. Colombi Ciacchi, *l’attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti B) Germania*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 198 s.

vero dogma che l'imponente produzione normativa comunitaria pare lentamente scardinare è quello che vuole i contraenti, di là di situazioni di errore, violenza, dolo, o stati di pericolo/bisogno, unici arbitri della "giustizia" contrattuale, in omaggio, probabilmente, ad una rigorosa visione della (presunta) razionalità individuale di ogni soggetto "economico".

Orbene, tradizionalmente, alla particolare tutela del consumatore, inteso come contraente (anche) formalmente "debole" nell'ambito del rapporto contrattuale, si contrapponeva la necessaria autonomia di cui avrebbero dovuto godere i contraenti dotati di "pari forza".

In prospettiva opposta, tuttavia, in virtù di riflessioni che in questa sede non è possibile accennare, si è andata contrapponendo l'idea che la tutela del mercato e dei suoi equilibri si fondi sulla autonomia, non sulla illimitata libertà contrattuale: emerge dunque la convinzione che anche nei rapporti tra imprenditori possano verificarsi situazioni di squilibrio di potere contrattuale tali da menomare la stessa libera concorrenza. Ci si è ben presto accorti, dunque, che "la condizione di libero mercato e di piena concorrenza fra le imprese richiedeva interventi diretti che fissassero delle regole volte ad impedire che la libertà assoluta finisse col provocare effetti negativi sul mercato comune".³⁸ E' stato sul punto notato, peraltro, che "impedire le prevaricazioni dei contraenti forti sui deboli consente di selezionare fra imprese più efficienti e imprese meno efficienti: significa far prevalere sul mercato le imprese che per il loro successo puntano non sull'abuso di posizioni dominanti, ma sul miglioramento della qualità e sul contenimento dei prezzi resi possibili dalla innovazione tecnologica, dalla riduzione dei costi interni, dalla razionalizzazione dei processi produttivi e

³⁸ Cfr. R. Conti, G. Di Marzo, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.lgs. n. 231/2002*, CEDAM, 2004, 14 s

distributivi; significa, in breve, un mercato che garantisce la migliore efficienza nella allocazione delle risorse.”³⁹

La direttiva 2000/35 CE in materia di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali si innesta a pieno titolo in tale *trend* normativo.⁴⁰ Essa, come è stato notato⁴¹, “finisce col predisporre una griglia di tutela in favore di uno dei soggetti parti di una contrattazione fra imprenditori, così *esportando* un metodo che era stato particolarmente sfruttato per la tutela del consumatore”.

A tal proposito può in questa sede ricordarsi il testo del *considerando* n. 7: “I periodi di pagamento eccessivi e i ritardi di pagamento impongono pesanti oneri amministrativi e finanziari alle imprese, *ed in particolare a quelle di piccole e medie dimensioni*. Inoltre tali problemi costituiscono una tra le principali cause d'insolvenza e determinano la perdita di numerosi posti di lavoro.”

Più in generale può affermarsi che la 2000/35 CE propone una riconsiderazione del rapporto tra creditore e debitore: com'è noto, nella tradizione giuridica continentale, soggetto “forte” è stato sempre considerato il creditore; soggetto debole il debitore⁴². Come notato in dottrina, tuttavia, “ciò nella economia moderna non risulta affatto vero”⁴³: basti pensare alla situazione giuridica del prestatore di lavoro subordinato che, a fronte dell'esercizio della propria attività lavorativa, diviene “creditore” nei confronti del datore di lavoro.

³⁹ Cfr. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e p. Zatti, Milano, 2001, 904.

⁴⁰ Anzi, ne costituisce soltanto un limitato esempio. Nel corpo del testo saranno analizzate le *specifiche* esigenze di *policy* del diritto che hanno portato all'adozione della direttiva in materia di ritardi di pagamento. Per una riflessione più generale cfr. Roppo V, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?* In *Corriere giuridico*, 2009, 2, 267 ss.

⁴¹ Vedi R. Conti, G. Di Marzo, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.lgs. n. 231/2002*, CEDAM, 2004, 18

⁴² E' possibile inquadrare nella linea di tendenza che considera il debitore come parte debole del rapporto obbligatorio lo stesso principio nominalistico: e invero, come già notato, il potere di acquisto del denaro è soggetto a naturale fluttuazione nel tempo. In linea teorica tale variazione può essere tanto nel segno di un aumento, tanto nel segno di una riduzione: in linea “pratica”, tuttavia, è molto raro che il livello generale dei prezzi scenda provocando deflazione, risultando storicamente molto più frequente il caso inverso. Orbene, la regola della irrilevanza della variazione del potere di acquisto del denaro, letta in connessione con una naturale tendenza del denaro stesso a perdere, nel tempo, potere di acquisto, è regola che avvantaggia chi quel denaro è tenuto a prestare

⁴³ Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali*, CEDAM, 2005, 300.

Nel corso del presente paragrafo si procederà dunque ad individuare i principali strumenti “protettivi” apprestati dalla direttiva in commento, prendendo le mosse dalla analisi del complesso iter di approvazione della direttiva stessa.

Successivamente si rifletterà sulle diverse modalità di recepimento del dato normativo in esame, prendendo in considerazione le esperienze maturate in Francia e in Germania.

L’analisi del recepimento della 2000/35 CE nel nostro ordinamento sarà invece effettuata nel corso del capitolo secondo.

Nell’approcciarsi al complesso e tortuoso percorso che portò, nel 15 giugno del 2000, all’approvazione della direttiva in materia di lotta contro i ritardi di pagamento delle transazioni commerciali, l’interprete non può che notare l’imponente lasso di tempo intercorrente tra la prima proposta in materia⁴⁴, e la stesura definitiva del provvedimento in esame.

E’ di tutta evidenza, in effetti, che le tematiche oggetto del provvedimento erano potenzialmente idonee ad influenzare, quando non addirittura ad “intaccare”, alcuni snodi fondamentali del diritto civile, agendo, peraltro, su di un quadro di riferimento tutt’altro che “comune”.

Il termine chiave che viene più spesso alla mente, in proposito, è quello di autonomia: autonomia degli Stati membri nella ricerca di soluzioni idonee ad arginare il problema dei ritardi nei pagamenti; autonomia contrattuale tra parti tradizionalmente collocate su un piano di parità.

Ed in vero è dato rilevare, da un lato, che l’adozione di uno strumento vincolante quale la direttiva non solo fu soluzione controversa, ma, soprattutto, fu soluzione non immediatamente praticata; dall’altro che il risultato normativo

⁴⁴ Si allude alla richiesta di parere, formulata dal Parlamento europeo al Comitato economico e sociale, del 22 dicembre 1992

del complesso iter di approvazione della 2000/35 CE fu una regolamentazione (quasi) completamente derogabile dalle parti.

Quanto al primo dei due aspetti ora ricordati è possibile rilevare, in effetti, la diversità di opinioni sul punto tra Comitato economico e sociale, propenso per l'adozione di un atto non vincolante⁴⁵, e Parlamento europeo, più incline alla soluzione cogente⁴⁶.

La scelta cadde infine, sull'adozione di un atto non vincolante: disattendendo l'invito del Parlamento europeo, la Commissione, in data 12 maggio 1995, adottava la Raccomandazione riguardante i termini di pagamento nelle transazioni commerciali, invitando gli Stati membri ad adottare i provvedimenti più adatti al loro quadro giuridico in tema di acquisti fra imprese o fra enti pubblici.⁴⁷

Le linee guida di tale provvedimento sono fundamentalmente quattro; il provvedimento poggia sul perseguimento di due obiettivi.

Gli obiettivi: annullare lo squilibrio fra impresa forte e impresa debole, e tra impresa e pubblica amministrazione, in materia di *fissazione* dei termini di pagamento; dissuadere il debitore dall'inadempimento, con particolare riguardo al rispetto dei termini di pagamento fissati.

Le linee guida: proporre l'introduzione di una regolamentazione del termine e della scadenza del pagamento valevole in mancanza di accordo tra le parti; adozione di un tasso di interesse di mora da agganciare al tasso commerciale per i crediti allo scoperto, o al tasso di sconto maggiorato di una certa percentuale; velocizzare le procedure di recupero del credito; disciplinare *in maniera*

⁴⁵ Parere del 22 dicembre 1992 in GUCE n. C, 249 del 13 settembre 1993, 21.

⁴⁶ Risoluzione sulla comunicazione concernente la messa in atto di un programma integrato a favore delle piccole e medie imprese – A4-0022/94 – del 24 ottobre 1994, in GUCE n. C, 323 del 21.11.1994, 19. Emerge comunque la necessità di tutelare le PMI attesa la loro maggiore vulnerabilità rispetto ai ritardati adempimenti dei grossi clienti: come si nota le basi del “terzo contratto” sono già gettate.

⁴⁷ In GUCE, N. L, 127 del 10 giugno 1995, 19.

differenziata la materia degli appalti pubblici, attraverso l'introduzione di una disciplina *cogente* in materia di termine di pagamento e corresponsione di eventuali interessi moratori⁴⁸.

Gli effetti del provvedimento appena descritto non furono, però, quelli auspicati: nello specifico mancò qualsiasi armonizzazione sia sotto il profilo della determinazione del tasso di interesse moratorio, sia quanto alla adozione di procedure giudiziali che consentissero un rapido recupero del credito.

Nel corso del 1996, dunque, Consiglio⁴⁹ e Parlamento europeo⁵⁰ chiesero formalmente alla Commissione di esaminare la possibilità di trasformare la sua Raccomandazione in una proposta di direttiva.

Si arriva così, il 23 aprile del 1998, alla proposta di direttiva relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali⁵¹.

Scorrendo il provvedimento in esame risultano di estrema evidenza: la giustificazione dell'adozione di uno strumento cogente quale la direttiva, giustificazione incentrata sulla esigenza di evitare "la creazione di distorsioni della concorrenza", considerato che "i ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri dai bassi livelli dei tassi degli interessi di mora e dalla lentezza delle procedure di ricorso"; la differenziazione di regime tra *contratti stipulati tra imprenditori, e contratti di appalto pubblici*.

⁴⁸ Cfr. art. 6 della Raccomandazione. La *ratio* è evidente e poggia sulla condizione estremamente debole in cui versa il contraente/creditore nei confronti della Pubblica Amministrazione.

⁴⁹ Proposta di decisione del Consiglio relativa ad un Terzo programma pluriennale per le piccole e medie imprese (PMI) nell' Unione europea (1997-2000), GUCE n. C 156 del 31/05/1996 p. 5, [http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/com/96/com\(96\)-98.htm](http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/com/96/com(96)-98.htm)

⁵⁰ Relazione sulla Raccomandazione della Commissione riguardante i termini di pagamento nelle transazioni commerciali (C(95)1075 - C4-0198/95), 8 maggio 1996, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1996-0161+0+DOC+XML+V0//IT>

⁵¹ Consultabile al seguente indirizzo internet:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51998PC0126:IT:HTML>

Quanto all'aspetto da ultimo citato è già stato notato⁵² che, dal punto di vista strettamente tecnico, la disciplina applicabile nei casi il debitore sia una Amministrazione pubblica non è perfettamente sovrapponibile a quella operante nella generalità dei casi. Deve ora sottolinearsi che, tra contraente pubblico e imprenditore privato, sussiste una disparità di forza contrattuale molto accentuata, disparità che va probabilmente oltre quella sussistente tra impresa forte e impresa debole. Di queste considerazioni, tecniche e, soprattutto, economiche, mostra di essere ben consapevole la Commissione: in relazione alle contrattazioni "tra privati", in effetti, si prevede una disciplina caratterizzata dalla decorrenza automatica degli interessi dal giorno successivo al termine di scadenza del pagamento⁵³, e dall'obbligo di risarcimento anche del danno ulteriore. Ciò che più interessa, tuttavia, è che la disciplina appena illustrata opera "salvo quanto altrimenti disposto dal contratto o dalle condizioni generali di vendita predisposte"⁵⁴: trattasi, quindi, di norma chiaramente dispositiva.

In relazione alla materia degli appalti pubblici, al contrario, la disciplina che viene posta ha carattere *non derogabile*: "il termine per il pagamento dei debiti contrattuali da parte delle autorità pubbliche, determinato secondo l'articolo 3, paragrafo 1, lettere a) e b), non deve superare i 60 giorni di calendario; *il contratto non può in alcun caso prevedere termini di pagamento superiori*".⁵⁵

La proposta di direttiva si completa, poi, con specifiche norme in materia di riserva di proprietà e in materia di recupero accelerato di crediti non contestati.

⁵² Cfr. *supra*, pagina 16.

⁵³ Cfr. art. 3 : questo articolo si preoccupa di fissare:

- 1) il *termine* entro cui il pagamento deve essere corrisposto "il termine per il pagamento dei debiti non deve essere superiore ai 21 giorni di calendario dalla data della fattura";
- 2) il *momento di decorrenza* degli interessi moratori "gli interessi devono decorrere automaticamente dal giorno successivo al termine di scadenza senza che sia necessaria una costituzione in mora";
- 3) la *misura* di detti interessi "livello degli interessi di mora («tasso legale»), cui ha diritto il creditore, deve essere almeno pari a quello risultante dalla somma del tasso d'interesse per operazioni di riacquisto (pronti contro termine) della Banca centrale europea («tasso di riferimento») e di otto punti percentuali («margine»)

⁵⁴ Cfr. art. 3 lett. a).

⁵⁵ Cfr. art. 8 n. 1).

Ai sensi dell'articolo 251 del Trattato CE, dunque, la proposta di direttiva veniva trasmessa al Parlamento europeo⁵⁶, il quale procedeva, con la risoluzione del 12/10/1998⁵⁷, agli opportuni emendamenti⁵⁸. Il Consiglio, tuttavia, sempre in

⁵⁶ Pare opportuno ricordare il testo di cui all'articolo 251 del trattato CE (oggi articolo 294 TFUE), anche in considerazione del fatto che la procedura ivi indicata è stata, nel caso in esame, "percorsa per intero": La Commissione presenta una proposta al Parlamento europeo e al Consiglio.

Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata e previo parere del Parlamento europeo:

- se approva tutti gli emendamenti contenuti nel parere del Parlamento europeo, può adottare l'atto proposto così emendato;

- se il Parlamento europeo non propone emendamenti, può adottare l'atto proposto;

- adotta altrimenti una posizione comune e la comunica al Parlamento europeo. Il Consiglio informa esaurientemente il Parlamento europeo dei motivi che l'hanno indotto ad adottare la posizione comune. La Commissione informa esaurientemente il Parlamento europeo della sua posizione.

Se, entro un termine di tre mesi da tale comunicazione, il Parlamento europeo:

a) approva la posizione comune o non si è pronunciato, l'atto in questione si considera adottato in conformità con la posizione comune,

b) respinge la posizione comune, a maggioranza assoluta dei membri che lo compongono, l'atto proposto si considera non adottato,

c) propone emendamenti alla posizione comune, a maggioranza assoluta dei membri che lo compongono, il testo così emendato viene comunicato al Consiglio e alla Commissione che formula un parere su tali emendamenti.

3. Se, entro un termine di tre mesi dal ricevimento degli emendamenti del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, approva tutti gli emendamenti, l'atto in questione si considera adottato nella forma della posizione comune così emendata; tuttavia il Consiglio deve deliberare all'unanimità sugli emendamenti su cui la Commissione ha dato parere negativo. Se il Consiglio non approva tutti gli emendamenti, il presidente del Consiglio, d'intesa con il presidente del Parlamento europeo, convoca entro sei settimane il comitato di conciliazione.

4. Il comitato di conciliazione, che riunisce i membri del Consiglio o i loro rappresentanti ed altrettanti rappresentanti del Parlamento europeo, ha il compito di giungere ad un accordo su un progetto comune a maggioranza qualificata dei membri del Consiglio o dei loro rappresentanti e a maggioranza dei rappresentanti del Parlamento europeo. La Commissione partecipa ai lavori del comitato di conciliazione e prende tutte le iniziative necessarie per favorire un ravvicinamento fra le posizioni del Parlamento europeo e del Consiglio. Nell'adempiere tale compito il comitato di conciliazione si richiama alla posizione comune in base agli emendamenti proposti dal Parlamento europeo.

5. Se, entro un termine di sei settimane dopo la sua convocazione, il comitato di conciliazione approva un progetto comune, il Parlamento europeo e il Consiglio dispongono di un termine di sei settimane a decorrere dall'approvazione per adottare l'atto in questione in base al progetto comune, a maggioranza assoluta dei voti espressi per quanto concerne il Parlamento europeo e a maggioranza qualificata per quanto concerne il Consiglio. In mancanza di approvazione da parte di una delle due istituzioni entro tale termine, l'atto in questione si considera non adottato.

6. Se il comitato di conciliazione non approva un progetto comune, l'atto proposto si considera non adottato.

7. I termini di tre mesi e di sei settimane di cui al presente articolo sono prorogati rispettivamente di un mese e di due settimane, al massimo, su iniziativa del Parlamento europeo o del Consiglio.

Come si accennava la procedura sopra descritta, in vigore alla data di approvazione della 2000/35 CE, è oggi confluita nell'articolo 294 TFUE con alcune semplificazioni.

⁵⁷ In Gazzetta ufficiale n. C313 del 12/10/1998, 142.

⁵⁸ Il più significativo dei quali concerne la eventualità che le parti concordino un termine di pagamento superiore a 45 giorni: tale pattuizione è valida anche se, in questo caso, l'acquirente sarebbe stato tenuto alla emissione di una cambiale in favore del venditore con avallo di un istituto di credito. Siamo ancora lontani dalla nullità per grave iniquità, ma questa disposizione ne costituisce certo una anticipazione. Per

base alla accennata procedura di cui all'articolo 251 Trattato CE, riteneva di *non* adottare l'atto così come proposto e emendato, ma addiveniva alla posizione comune del 29 aprile 1999: la novità più importante, rispetto al testo proposto dalla Commissione ed emendato dal Parlamento, consisteva nella scomparsa della differenziazione di regime fra transazioni commerciali concluse tra imprenditori e appalti pubblici.⁵⁹

La fase successiva si caratterizzò, da un lato per la rinnovata volontà del Parlamento europeo apportare emendamenti alla proposta del Consiglio, emendamenti condivisi dalla Commissione⁶⁰, dall'altro per la presa di posizione del Consiglio il quale, non ritenendo di accogliere tutte le osservazioni proposte, rendeva necessaria la convocazione del Comitato di conciliazione.

Si giungeva così, finalmente, all'intesa del 9 marzo 2000 cui seguiva l'approvazione definitiva delle scelte del Comitato di conciliazione in data 15 giugno 2000.

4.2 Principali soluzioni accolte

Alla luce della breve disamina appena compiuta appare evidente come la direttiva che qui si commenta sia frutto di una serie di compromessi attinenti, ad esempio, alla misura degli interessi moratori, alla fissazione dispositiva del termine per il pagamento, al regime applicabile nella materia degli appalti pubblici.

gli ulteriori emendamenti si veda R. Conti – G. De Marzo, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.lgs. n. 231/2002*, CEDAM, 2004, 39 ss.

⁵⁹ Sia consentito rilevare, a tal proposito come la proposta della Commissione, organo caratterizzato dalla indipendenza dei rispettivi membri, e del Parlamento, unico organo comunitario composto da soggetti eletti direttamente dai cittadini della Unione, sia stata sovvertita sul punto dal Consiglio, organo che costituisce, come è noto, riflesso dei Governi degli Stati membri. Per le altre modifiche (incidenti, ad esempio, sulla misura del tasso di interesse moratorio ridotto di 2 punti percentuali) si veda ancora R. Conti – G. De Marzo, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.lgs. n. 231/2002*, CEDAM, 2004, 45, ss.

⁶⁰ Parere della Commissione (COM) 2000,133, 1998/0099 (COD)

Possediamo adesso, alla luce delle premesse definitorie di cui al paragrafo secondo, al lungo *exkursus* in materia di obbligazioni pecuniarie di cui al paragrafo terzo, e alla disamina delle ragioni e delle soluzioni proposte nel tempo dagli organi comunitari, tutti gli elementi per apprezzare al meglio le soluzioni adottate dal legislatore comunitario.

Quanto all'ambito di applicazione, soggettivo e oggettivo, è possibile rinviare alle considerazioni svolte *supra*⁶¹.

In questa sede saranno oggetto di analisi le principali soluzioni accolte dalla direttiva in commento: a titolo di premessa si precisa che, da un lato, e fatta salva la previsione di cui all'articolo 3 comma terzo, la disciplina oggetto della direttiva ha natura *dispositiva*; dall'altro che, conformemente alla prima modifica apportata dal Consiglio alle determinazioni della Commissione come emendate dal Parlamento europeo, scompare ogni differenza tra transazione stipulata tra privati e contratti di appalto pubblici.

Al fine di meglio apprezzare la portata delle norme in commento, pare opportuno ricordare che il legislatore comunitario si muove secondo due direttrici. Da un lato, si vuole contrastare il fenomeno del ritardo "proprio" cioè quello che costituisce inadempimento contrattuale; da un lato si cerca di impedire, o quanto meno di limitare, il ritardo "improprio" vale a dire quello conforme a contratto: i termini di pagamento eccessivamente lunghi, anche se pattiziamente "concordati", mettono in pericolo la situazione finanziaria dei creditori e scoraggiano l'esportazione verso i paesi che li praticano.

Della prima linea di tendenza possono considerarsi appartenenti quelle norme che prevedono: decorrenza automatica degli interessi moratori, misura degli stessi, refusione delle spese sostenute per il recupero del credito, possibilità per il creditore di ottenere in tempi rapidi un titolo esecutivo.

⁶¹ Pagine 3 ss.

Ebbene, quanto al primo aspetto, l'articolo terzo prevede due ipotesi a seconda che il termine di pagamento sia stato o meno contrattualmente fissato.

Nella prima ipotesi gli interessi moratori iniziano a decorrere il giorno successivo alla scadenza di tale termine: la regola, trattandosi di una obbligazione consistente nel pagamento di una somma di denaro, corrisponde a quella prevista dall'articolo 1219 co. 2 n.3 c.c. letta alla luce del disposto di cui all'articolo 1182 co. 3.

Innovativa è invece la ipotesi prevista per il caso in cui il termine di adempimento non sia contrattualmente determinato⁶²: in tali ipotesi l'articolo 3 della direttiva in commento prevede che gli interessi cominciano a decorrere automaticamente, e senza che sia necessario un "sollecito"⁶³ trascorsi 30 giorni dal ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta equivalente di pagamento. Se non vi è certezza sulla data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, gli interessi decorrono trascorsi 30 giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, o 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, trascorsi 30 giorni dal ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi. Infine 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, gli interessi decorrono trascorsi 30 giorni da quest'ultima data.

⁶² Né direttamente, né indirettamente: le parti possono stabilire un termine di adempimento correlato ad un evento futuro e incerto come avviene, ad esempio, con la clausola "pagamento alla consegna".

⁶³ Tale termine è, con ogni probabilità volutamente, atecnico: è stato infatti notato come un semplice sollecito non sia, comunque, atto fondativo della mora debendi. La previsione va dunque letta come se fosse "senza bisogno di costituzione in mora" Cfr. L. Mengoni, *La direttiva 2000/35 CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 76 in nota 1.

La norma è quindi destinata a porsi in conflitto, sussistendone i presupposti di applicazione, con il principio sancito dall'articolo 1183 c.c. per il quale *quod sine die debetur statim debetur*: questa conclusione, però, postula che la norma dettata dall'articolo 3 della 2000/ 35 CE detti un termine di scadenza della obbligazione e non invece un termine di grazia su un debito già scaduto: in altre parole, stante la previsione dell'articolato reticolo di termini appena descritti, può dirsi che l'obbligazione scada immediatamente, salvo lo spostamento della decorrenza degli interessi moratori, oppure l'obbligazione è inesigibile prima dello spirare di detti termini?

Sul punto in dottrina è stato chiarito che “la norma comunitaria (...) si presenta come norma sussidiaria che stabilisce un termine legale sostitutivo della autonomia privata. Infatti, nella lettera b) non è riprodotto dal modello tedesco⁶⁴ l'inciso «nach Fälligkeit» (dopo la scadenza) appunto perché il termine di trenta giorni è inteso dal legislatore comunitario come termine di scadenza, non come termine che distanzia dalla scadenza le sanzioni della mora”⁶⁵.

Quanto alla misura degli interessi moratori⁶⁶, la lettera d) dell'articolo 3 dispone che essi siano “pari al tasso d'interesse *del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea* applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione («tasso di riferimento»), *maggiorato di almeno 7 punti percentuali* («margine»), salvo altrimenti disposto dal contratto.”

Orbene una misura così elevata del tasso di interesse moratorio schiude perlomeno due problemi. Anzitutto se tale misura pare idonea a contrastare le

⁶⁴ Ci si riferisce al § 284 del BGB come modificato nel maggio del 2000, cfr. *infra* Cap. II, par. 2.6.

⁶⁵ L. Mengoni, *La direttiva 2000/35 CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 78

⁶⁶ dovuti, beninteso, “a meno che il ritardo non sia imputabile al debitore”, Cfr. lett. c) art. 3.

pratiche di autofinanziamento del debitore contraente forte⁶⁷, la stessa appare inadeguata nel caso in cui a non adempiere puntualmente fosse il contraente debole del rapporto.⁶⁸ In seconda battuta il tasso di cui all'articolo 3 della 2000/35 CE è fissato in una percentuale così alta da superare di regola il danno effettivo subito dal creditore in caso di ritardo: la direttiva avrebbe in tal modo previsto una ipotesi di danni punitivi⁶⁹.

Quanto alla seconda linea di tendenza, contrasto al ritardo “improprio”, la direttiva prevede: la inefficacia dell'accordo gravemente iniquo, l'obbligo da parte degli Stati membri di prevedere mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a condizioni gravemente inique.

4.3 Il recepimento della 2000/35 CE in Francia

In base all'articolo 6 del provvedimento in esame gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente all'8 agosto 2002. Italia, Francia e Germania hanno fornito sul punto soluzioni ben diverse fra loro: la Francia ha assolto agli obblighi di cui alla direttiva in commento mediante una novellazione del codice del commercio; la Germania ha profondamente modificato l'assetto stesso del diritto delle obbligazioni così come disciplinato nel proprio codice civile; l'Italia ha approntato una disciplina autonoma, secondo la consolidata tecnica di recepimento basata su legge comunitaria/decreto legislativo di attuazione.

⁶⁷ Il quale, se il tasso di interesse moratorio fosse inferiore al tasso richiesto per le operazioni di rifinanziamento, preferirebbe trattenere la liquidità dovuta, compensandola con la corresponsione degli interessi da ritardo;

⁶⁸ Cfr. . Mengoni, *La direttiva 2000/35 CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 82 s.

⁶⁹ Si veda Colombi Ciacchi, *l'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti B) Germania*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 202. La tesi non convince: cfr. diffusamente le considerazioni svolte *infra*, Capitolo II, pagina 97

Al termine del presente capitolo si analizzeranno brevemente le soluzioni tedesche e francesi, con particolare attenzione agli aspetti riguardanti misura e decorrenza degli interessi moratori. Il d. lgs. 9 ottobre 2002, N. 231 sarà invece analizzato del corso dell'intero capitolo secondo.

Quanto alla Francia⁷⁰ corre fare riferimento, anzitutto, alla legge NRE (Nouvelles Régulations Economiques) del 15 maggio 2001 n. 420. Con detto provvedimento l'ordinamento francese diede inizio ad una serie di modifiche al proprio codice del commercio, innovando in particolare le previsioni di cui agli articoli L441-3 e L441-6.

Il primo di detti articoli si occupa della determinazione del termine di adempimento. Particolare importanza è data al ruolo della fattura: *“la facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente ainsi que le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé.”*

Di estremo interesse è l'articolo L441-6 così come modificato dalla NRE.

Quanto al termine di adempimento si precisa che *“Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.”*

Quanto alla misura degli interessi di mora *“les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur*

⁷⁰ Si segnala il seguente sito internet nel quale è possibile scorrere la versione consolidata del code du commerce, nonché ogni versione precedente
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>

la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire *qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à une fois et demie le taux d'intérêt légal*, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.”

Come si vede la misura pari ad una volta e mezzo il tasso legale, che nella versione precedente costituiva il tasso di interesse moratorio applicabile in materia commerciale, diviene ora la misura *minima* al di là della quale nemmeno l'autonomia delle parti può porsi. Significativa pare poi la sanzione di cui al sesto comma “toute infraction aux dispositions visées ci-dessus est punie d'une amende de 100000 F”.

Attenzione: gli articoli in commento usano il termine *pénalités* de retard et non *intérêts* de retard con ciò ponendo le accennate previsioni al riparo da qualsiasi contrarietà alla normativa anti usura.

L'articolo L441-6 è stato oggetto di plurime modifiche⁷¹. La più importante modifica al testo in commento è stata apportata dalla LOI n°2008-776 del 4 août 2008 - art. 92. In forza di tale provvedimento l'articolo L441-6 dispone che: “les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. *Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal*, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire”; “*Est puni d'une amende de 15 000*

⁷¹ Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002; Loi n°2005-882 du 2 août 2005 - art. 41 JORF 3 août 2005; Loi n°2006-10 du 5 janvier 2006 - art. 26 JORF 6 janvier 2006; Loi n°2008-776 du 4 août 2008; Loi n°2010-853 du 23 juillet 2010.

euros le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième et onzième alinéas, le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à la première phrase du douzième alinéa ainsi que le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité selon des modalités non conformes aux dispositions du même alinéa”.

Spicca, come è evidente, il significativo aumento della misura del tasso di interesse (*rectius*, del tasso di penalità) moratorio: da un lato se le parti nulla hanno determinato in proposito si applica il tasso base europeo maggiorato di dieci punti, dall'altro, considerato che il tasso di interesse legale era fissato in Francia nella misura del 3,79 %⁷², si giunge ad un minimo inderogabile pari al 11,37%. La disposizione prevede infine una vera e propria sanzione pecuniaria prevista per *le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés*.

Un particolare regime è poi previsto, dall'articolo L443-1, per i beni deteriorabili⁷³.

4.4 Il recepimento della 2000/35 CE in Germania

Diversamente da quanto avvenuto in Italia e in Francia, l'attuazione della 2000/35 CE in Germania è transitata attraverso una complessiva e imponente riforma del diritto delle obbligazioni⁷⁴. In questa sede verranno analizzate le

⁷² Anno 2010: 0,65%; 2011: 0,38 %

⁷³ Cfr. *infra* Cap. II, paragrafo 2.4, pagina 84

⁷⁴ Tra i provvedimenti di maggior rilievo a tal fine possono citarsi: il Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf euro, del 27 giugno 2000 il quale, fra l'altro, inserì nel BGB le nozioni di consumatore e imprenditore (§§ 13 e 14); il Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts del 19 giugno 2001 con il quale la disciplina speciale in materia di locazione fu inserita nel BGB innovando la regolamentazione ivi contenuta, il Zweites Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften del luglio 2001 in materia di contratto di viaggio e, soprattutto, il Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts del 26 novembre 2001 contenente le più profonde innovazioni del BGB. Si consulti, a riguardo, G. De Cristofaro, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, CEDAM, 2003; G. Cian, *Significato e lineamenti della riforma dello "Schuldrecht" tedesco*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, p. 1 e ss; E. Rajneri, *La riforma del codice civile tedesco: spunti di riflessione*, in *Giust. Civ.*, 2003, p. 325 e ss.

norme dettate in materia di termine di adempimento, costituzione in mora e misura degli interessi da ritardo.

Occorre tuttavia rilevare che, data la particolare sensibilità tedesca per la materia dei ritardi di pagamento⁷⁵, l'attuazione della direttiva in commento fu addirittura anticipata con l'adozione del Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen del 1 maggio 2000: tale provvedimento dettò una disciplina provvisoria oggetto di vivaci critiche da parte della dottrina tedesca⁷⁶. Ed invero, il novellato §284 prevedeva, al comma 3, una disciplina speciale applicabile a *tutte* obbligazioni pecuniarie⁷⁷, in base alla quale si sarebbe verificata una automatica costituzione in mora decorsi 30 giorni *dalla scadenza o*⁷⁸ *dal ricevimento di una fattura o richiesta di pagamento*. Ne risultava un sistema nel quale da un lato, veniva previsto un termine “di grazia” di un debito già scaduto, dall'altro il creditore non poteva mettere in mora il debitore pecuniario prima dello spirare dei 30 giorni dalla scadenza.

Significative appaiono poi le soluzioni adottate in relazione alla misura degli interessi moratori. Come si ricorderà il § 288, nella sua formulazione originaria, prevedeva un tasso di interesse valido per ogni obbligazione pecuniaria pari al 4% annuo. Ebbene, agendo anche sul §288, il Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen prevedeva che “nel caso di mora nell'adempimento di una obbligazione pecuniaria, sono dovuti interessi ad un tasso superiore di 5 punti percentuali rispetto al tasso base, ai sensi del § 1 della legge di transizione del

⁷⁵ Il fenomeno dei ritardi di pagamento era molto acuto soprattutto nel settore immobiliare. Cfr. A. Colombi Ciacchi, *l'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti B) Germania*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 199 che richiama K. Weber, *Zahlungsmoral im Baugewerbe – ein Problem für den Gesetzgeber*, ZRP, 1999, 282

⁷⁶ E italiana. Di modello “bizzarro” parla L. Mengoni, *La direttiva 2000/35 CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 77

⁷⁷ Quindi anche quelle costituite tra consumatori: l'unica eccezione era rappresentata da quelle aventi ad oggetto prestazioni periodiche.

⁷⁸ A dire la verità nel testo della norma è utilizzata la congiunzione “e” : L. Mengoni, *La direttiva 2000/35 CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 78 in nota 5

tasso di sconto del 9 Giugno 1998”. Un unico tasso di interesse, peraltro inferiore a quanto previsto dalla 2000/35 CE, applicabile ad ogni caso di ritardo comprese le contrattazioni tra consumatori.

Alle segnalate aporie si rimediò con la riforma attuata tramite il Gesetz zur Modernisierung del Schuldrechts del 26 novembre 2001 il quale, nell’ambito di una complessiva riforma del diritto delle obbligazioni, modificò la disciplina prevista nei §§ 286, 288 del BGB.

Nello specifico, quanto alla decorrenza della mora *debendi*, la disciplina, contenuta nel §284 come modificato dal Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen del 1 maggio 2000, conflui nell’attuale § 286 che così dispone:

(1) il debitore che, ricevuta dal creditore una intimazione di pagamento dopo che il debito è divenuto esigibile, ciononostante non provvede ad eseguire la prestazione, viene costituito in mora attraverso l’intimazione. Sono equiparati alla intimazione la proposizione di una domanda giudiziale e la notificazione del decreto ingiuntivo nell’ambito del procedimento di ingiunzione.

(2) Non è necessaria l’intimazione di pagamento quando:

1. è stato fissato un termine di calendario per l’esecuzione della prestazione,
2. la prestazione deve essere preceduta da un evento, e si prevede che essa debba essere eseguita entro un congruo periodo di tempo, calcolabile secondo il calendario e decorrente dal giorno in cui l’evento si è verificato,
3. il debitore rifiuta seriamente e definitivamente di eseguire la prestazione,
4. l’immediata costituzione in mora del debitore si giustifica alla luce di una valutazione degli interessi di entrambe le parti del rapporto obbligatorio

(3) Il debitore di un corrispettivo è costituito in mora al più tardi allorché siano trascorsi 30 giorni da che il debito è divenuto esigibile ed egli abbia ricevuto la fattura o una richiesta di pagamento equivalente, senza che la prestazione sia stata eseguita; *per i debitori che siano consumatori ciò vale soltanto se nella fattura o nella richiesta di pagamento è stato inserito un apposito e specifico richiamo a queste conseguenze*. Se non vi è certezza in merito al momento in cui la fattura o la richiesta di pagamento equivalente è stata ricevuta dal debitore, quest'ultimo, *se non è consumatore*, è costituito in mora al più tardi 30 giorni dopo che il debito è divenuto esigibile e che la prestazione cui ha diritto gli è stata procurata.

(4) Il debitore non è costituito in mora se la mancata esecuzione della prestazione è dovuta ad una circostanza non imputabile alla sua responsabilità.

Analizzando questa disposizione non può che notarsi come dell'originario §284 sia sopravvissuto unicamente il comma primo: il resto della disposizione è, in effetti, notevolmente arricchito, e non sarà sfuggita la diversità di disciplina applicabile per i debitori che siano consumatori.

Quanto alla misura degli interessi moratori il novellato §288 prevede che “(1) Nel caso di mora nell'adempimento di una obbligazione pecuniaria, debbono essere corrisposti gli interessi sulla somma dovuta. Il tasso degli interessi moratori è pari al tasso di interesse base, maggiorato di cinque punti percentuali. (2) Trattandosi di obbligazioni aventi ad oggetto corrispettivi pecuniari dovuti sulla base di negozi a titolo oneroso che non siano stati conclusi da un consumatore, il tasso di interessi moratori è pari *al tasso di interesse base* maggiorato di otto punti.

A paragone di questa disposizione quella prevista dal § 288 come modificato nel 2000 dal Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen appare in tutta la sua scarsezza: è dato in questa sede rilevare, in particolare, come sia scomparsa la

unificazione di regime tra contrattazione tra consumatori e rapporti commerciali tra imprenditori e come il tasso di interesse moratorio valevole per i primi sia comunque, a differenza di quanto previsto dal nostro articolo 1224, diverso da quello legale.

La determinazione del tasso di interesse moratorio, così come prevista dal novellato §288, pare tuttavia in contrasto con quanto disposto dall'articolo 3 lett. d) della 2000/35 CE: invece di prevedere un misura pari ad almeno 7 punti percentuali in più rispetto al tasso d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale, il diritto tedesco prevede una maggiorazione di otto punti percentuali del *tasso base*, così come determinato dal precedente §247. Differenza, questa, che non appare giustificata.

Infine, il legislatore tedesco ha completamente omesso di attuare l'art. 3 comma 3 in materia di accordo gravemente iniquo, ritenendo sufficienti gli strumenti dettati dai §§ 307, in materia di condizioni generali di contratto, e 138-242 in materia di buona fede e buon costume.

Ciò posto, è di indubbia evidenza che la soluzione tedesca sia, fra tutte, quella più innovativa: nell'ottica del rapporto sempre più magmatico tra disciplina generale e discipline settoriali, il rinnovato BGB mira a riconquistare quella centralità sistematica (già) propria dei codici civili ottocenteschi e fornisce materiale utilissimo per la circolazione ed evoluzione del diritto del domani⁷⁹.

⁷⁹ Queste ultime affermazioni vanno precisate. Com'è noto, occorre tenere distinte le due coppie dialettiche "codice civile-legislazione particolare" e "diritti generali-diritti speciali". La prima attiene alle fonti, la seconda, anche nota come contrapposizione tra diritti "primi e secondi", corre sul piano delle materie. E così, ad esempio, il diritto del lavoro è diritto speciale, ma la relativa disciplina è contenuta (anche) nel codice civile. Specularmente, la materia della espropriazione, disciplinata dalla legislazione speciale, attraverso l'articolo 834 c.c. "penetra nel codice a dare completezza, sotto tali profili, al diritto di proprietà in esso disciplinato". In altre parole: mentre una disciplina speciale può essere contenuta nel codice, una legge speciale può contenere delle norme aventi carattere generale. La scelta tedesca pare dunque innestare, nel corpo del codice civile, una disciplina speciale che ne era estranea, ma che non per questo, infine, si confonde con essa. Il tema non può essere ulteriormente approfondito. Per una riflessione che, traendo spunto dalla disciplina della assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, approfondisce i rapporti tra legislazione speciale e codice, nonché tra diritti primi e secondi, si veda C.

CAPITOLO II

L'attuazione della direttiva 2000/35 CE in Italia

Sommario. 1. Premessa. – 2. Aspetti generali. 2.1 *ambito di applicazione ratione temporis*; 2.2 *ambito di applicazione oggettivo*; 2.3 *ambito di applicazione soggettivo*; 2.4 *l'apparato sanzionatorio di cui agli articoli 3, 4, 5, 6 del d.lgs. 231/02. Presupposti, decorrenza, misura e natura degli interessi moratori ivi previsti; la disciplina in materia di beni deteriorabili; le altre sanzioni*. 2.5 *la disciplina della riserva di proprietà*; 2.6 *il rapporto con le vigenti disposizioni codicistiche*. – 3. La nullità dell'accordo gravemente iniquo. – 4. La disciplina in materia d'ingiunzione di pagamento e la tutela degli interessi collettivi.

1. Premessa

Nel corso del presente capitolo verrà illustrata la attuale disciplina italiana in materia di lotta⁸⁰ contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Come notato⁸¹ il nostro legislatore ha dato attuazione alla direttiva 2000/35 CE con la consueta tecnica della legislazione speciale delegata.

Le tematiche poste dal d.lgs. 231/2002, ad onta di un testo normativo composto unicamente da 11 articoli, sono vaste e molto complesse: si è ritenuto opportuno, per tanto, procedere come segue. Nel corso del paragrafo n. 2 verranno analizzate le principali questioni di carattere generale: ambito di

Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 353 ss. Sul punto, diffusamente, A. Plaia (a cura di) *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008.

⁸⁰ Il termine è inusuale nella legislazione civilistica. E' stato notato, in proposito, che "lotta, nel suo significato letterale e consueto, implica un combattere contro qualcosa o contro qualcuno; espressione nuova, o quanto meno inusuale, alla legislazione civile. Il legislatore, preso da un intento quasi guerresco, vuole "combattere" contro i ritardi nei pagamenti, servendosi dell'arma costituita dalla sua potestà normativa: il ritardo, dunque, come "ostacolo al buon funzionamento del mercato interno" e come fenomeno socialmente ed economicamente dannoso, che merita una disciplina d'assalto, di tipo preventivo – repressivo. (...) quasi come se, ritardando il pagamento, il debitore ledesse non solo un interesse del creditore, ma anche un interesse generale dell'ordinamento giuridico". Cfr. A.M. Benedetti, *i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 20.

⁸¹ Cfr. Cap. I, pag. 35

applicazione oggettivo, soggettivo e diritto intertemporale; presupposti, misura, calcolo e decorrenza degli interessi da ritardo; disciplina in materia di beni “deteriorabili”; salvezza delle disposizioni vigenti “più favorevoli al creditore”; disciplina in materia di riserva di proprietà.

Nel corso del terzo paragrafo sarà affrontato il tema del riflesso delle norme in commento sulla materia della contrattazione pubblica.

Il quarto paragrafo illustrerà la disciplina applicabile in caso di accordo “gravemente iniquo”.

Il quinto paragrafo, infine, sarà dedicato all’analisi delle principali questioni processuali: modifiche in materia di ingiunzione di pagamento e regime delle azioni “a tutela degli interessi collettivi”.

Come già rilevato nel corso del primo capitolo, la materia oggetto di analisi è suscettibile di essere declinata sotto molteplici punti di vista. Uno propriamente teorico: ci si riferisce ai riflessi sulla materia del ritardato adempimento di una obbligazione pecuniaria, e al non sempre cristallino coordinamento tra le disposizioni di cui al d.lgs. 231/2002 e quelle, tradizionali, contenute nel codice civile.

Uno prettamente pratico: si pensi alle formalità necessarie per dar luogo alla decorrenza “automatica” degli interessi moratori di cui all’articolo 4 del decreto, al regime delle azioni collettive, al concetto di grave iniquità specie nell’ambito della contrattazione pubblica.

Si è ritenuto opportuno, pertanto, affiancare alla tradizionale indagine dottrinale un compiuto quadro delle principali decisioni giurisprudenziali in materia. La scelta di non versare l’analisi dei principali contributi giurisprudenziali in un paragrafo dedicato non è casuale: si ritiene infatti, specie in questa materia, che una completa comprensione di tutti i rivi della disciplina in esame possa pervenire al lettore unicamente dalla lettura combinata di *law in*

the books e law in action, binomio quest'ultimo ben noto anche al giurista domestico⁸².

2. Aspetti generali

2.1 Ambito di applicazione *ratione temporis*

L'ambito di applicazione della normativa in commento è consegnato agli articoli 1, 2 e 11 del d.lgs. 231/02.

Si ritiene opportuno prendere le mosse dal campo di applicazione "temporale".

Come segnalato il legislatore italiano ha dato attuazione alla 2000/35 CE con la consueta tecnica della legislazione delegata⁸³. A mente dell'articolo 6.1 della direttiva "*Gli stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente all'8 agosto 2002. Esse ne informano immediatamente la Commissione*". Con l'art. 26 della legge 1 marzo 2002 n. 39, il legislatore delegava il Governo ad emanare, entro il termine di un anno dall'entrata in

⁸² Cfr. la prefazione di V. Roppo al testo di A.M. Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003

⁸³ Lo studio delle modalità attraverso le quali il nostro ordinamento si conforma al "diritto europeo" non può essere oggetto di puntuale analisi. Appare tuttavia utile ricordare quanto segue. Com'è noto, mentre i Trattati (istitutivi delle Comunità europee, quelli che li hanno modificati nel tempo, il TUE, il Trattato di Amsterdam, quello di Nizza e da ultimo quello di Lisbona), considerati a tutti gli effetti alla stregua di trattati internazionali, sono stati recepiti nel nostro ordinamento con legge ordinaria contenente il relativo "ordine di esecuzione" (prassi ritenuta costituzionalmente legittima, grazie alla riconduzione della relativa cessione di sovranità nell'alveo dell'articolo 11 della Costituzione), le fonti del diritto "secondario" e, tra esse, in particolar modo, le direttive, hanno posto il fondamentale problema della più efficace tecnica di "recepimento". Attualmente l'ordinamento italiano si "adatta" alla normativa europea derivata priva di immediata efficacia mediante gli strumenti posti, per la prima volta, dalla legge 9 marzo 1989 n.86 (c.d. legge La Pergola): ogni anno il Parlamento approva una legge (cd. Legge "comunitaria") che contiene provvedimenti volti a dare attuazione alle norme europee il cui termine di recepimento è in scadenza: generalmente, anche se non è escluso che la stessa legge comunitaria provveda direttamente, si procede mediante la tecnica della delega legislativa, con conseguente approvazione, da parte del Governo, di un decreto legislativo contenente la normativa interna di recepimento. Cfr. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, IV ed., Milano, 2010, 213 ss.

vigore della legge stessa⁸⁴, uno o più decreti legislativi per adeguare la normativa vigente in materia di ritardi di pagamento ai principi della direttiva 2000/35 CE⁸⁵.

Il decreto legislativo di attuazione, emanato il 9 ottobre 2002, entrava in vigore soltanto il 7 novembre 2002, non rispettando, almeno da un punto di vista teorico, il limite massimo previsto per il recepimento della 2000/35 CE.

Risulta in tal modo evidente il significato del primo comma dell'art. 11 del d.lgs. 231/2002 il quale, prevedendo che “le disposizioni del presente decreto non si applicano ai contratti conclusi⁸⁶ prima dell'8 agosto 2002”, mira ad evitare qualsiasi ipotesi di responsabilità dello Stato italiano per tardivo recepimento della direttiva⁸⁷.

⁸⁴ In proposito è stato giustamente notato che “è allora lecito dubitare che una gestazione a livello comunitario di quasi due lustri riesca ad essere correttamente trasposta con un decreto legislativo approntato in tutta fretta dal legislatore delegato sulla base di criteri di delega sostanzialmente evanescenti e ben lungi dall'essere rigorosi e serrati ed in un contesto nel quale la consapevolezza delle istanze portate dalla dir. 2000/35 CE era comunque modesta.” Cfr. R. Conti – G. De Marzo, *I ritardi nei pagamenti della Pubblica Amministrazione dopo il d.lgs. n. 231/2002*, Padova, 2004, 90

⁸⁵ Il testo del citato art. 26 della legge 1.3.2002 n.39 può essere consultato in G. De Nova – S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 121 s. In relazione al contenuto del citato articolo 26 della legge delega 1 marzo 2002, è stato notato che “Per la verità, sebbene nella rubrica dell'articolo 26 si faccia un semplice riferimento alla attuazione della direttiva, l'obiettivo affidato dal Parlamento al Governo sembra essere più ambizioso. E' infatti previsto (...) che la delega deve aspirare ad adeguare la normativa vigente in materia di ritardi di pagamento ai principi e alle prescrizioni della direttiva 2000/35 CE. Ciò significa che il potere normativo dell'esecutivo non è limitato al mero profilo dell'adattamento del diritto interno alle regole sovranazionali, ma è funzionale ad un disegno di radicale riorganizzazione della disciplina delle conseguenze del ritardo nell'adempimento”. Cfr. G. De Marzo, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I contratti*, 2002, 628.

⁸⁶ Secondo i modelli delineati dagli articoli 1326 ss. c.c cfr. A.M. Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 34.

⁸⁷ Al fine di comprendere limiti e presupposti di tale responsabilità, occorre schematicamente ricordare quanto segue. Decorso infruttuosamente il termine previsto per il recepimento della direttiva, occorrerà valutare se la stessa possa avere “efficacia diretta”. I criteri elaborati a tal fine dalla Corte Europea di Giustizia possono essere sintetizzati con le espressioni “sufficiente precisione” e “incondizionatezza”: una direttiva che specifichi titolare dell'obbligo, titolare del diritto, contenuto del diritto-obbligo creato dalla norma stessa (requisito della sufficiente precisione) e che non presenti clausole che subordinino l'applicazione delle norme a ulteriori interventi normativi da parte degli Stati membri o delle istituzioni della Unione (requisito della incondizionatezza), può assumere, scaduto il limite previsto per il suo recepimento, efficacia diretta “verticale”, efficacia cioè limitata ai rapporti tra cittadino e autorità pubblica. Chiarisce a tal proposito L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, IV ed., Milano, 2010, 218 “Dal momento che l'efficacia interna della direttiva inattuata è conseguenza dell'obbligatorietà della stessa nei confronti degli Stati membri, si comprende perché la Corte abbia limitato tale efficacia ai soli rapporti verticali e, più specificamente, ai rapporti in cui la direttiva è invocata *contro* un'autorità pubblica. Viceversa, la direttiva inattuata, benché contenente disposizioni sufficientemente precise ed incondizionate, non può produrre effetti diretti nei rapporti orizzontali o comunque in modo da addossare

La disposizione sopra ricordata, pur nella sua apparente chiarezza, pone non pochi dubbi esegetici. Come spesso accade, in effetti, tra la zona di fenomeni certamente riconducibili nell'alveo della disposizione e quella, più ampia, di

obblighi ai soggetti privati, i quali non possono essere in alcun modo considerati responsabili della mancata attuazione”.

Accanto ai requisiti della sufficiente precisione e della incondizionatezza assume quindi dirimente importanza la natura del soggetto nei confronti del quale si intenda invocare la direttiva.

Qualora difettino i caratteri sopra enunciati la direttiva non potrà essere invocata neppure nei rapporti verticali: si schiude in questa ipotesi la possibilità del *risarcimento del danno per mancata attuazione*. Le condizioni definite dalla giurisprudenza perché il diritto al risarcimento sorga sono: attitudine della norma europea a conferire diritti ai singoli danneggiati, il cui contenuto deve potere essere individuato sulla base della norma stessa; carattere grave e manifesto della violazione della norma; nesso di causalità tra violazione e danno.

Cfr. in tema A. Di Majo, *la tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 217 per cui “Trattasi naturalmente di una via diversa da quella di cui può disporre il privato allorché la norma comunitaria sia capace di effetto “diretto”. Ove tale via non sia invece percorribile perché la norma comunitaria non è capace di effetto diretto (...), ecco che soccorre il *risarcimento sostitutivo* (a carico dello Stato inadempiente).

Applicando le superiori considerazioni di ordine generale alla 2000/35 CE, può dubitarsi che la stessa, in assenza della citata previsione di cui al comma 1 dell'articolo 11 d.lgs. 231/2002, avrebbe potuto spiegare effetti diretti: di là della difficoltà di cesellare una efficacia verticale nell'ambito di una direttiva pensata per avere effetti (anche) nei rapporti tra privati, è indubbio notare come difettino, in svariate previsioni, sia il requisito della sufficiente precisione, sia quello della incondizionatezza. Quanto al primo possono ricordarsi: art. 3 comma 2 “*per talune categorie di contratti che saranno definite dal legislatore nazionale*, gli Stati membri possono elevare fino a 60 giorni il periodo alla cui scadenza sono dovuti gli interessi, qualora essi rendano inderogabile per le parti del contratto tale termine o stabiliscano un tasso d'interesse inderogabile, sensibilmente superiore al tasso legale.”; Art. 3 comma 3: “gli Stati membri dispongono che un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento che non sia conforme alle disposizioni di cui ai paragrafi 1, lettere da b) a d) , e 2 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; art. 3 comma 4 e 5: “gli Stati membri assicurano che, nell'interesse dei creditori e dei concorrenti, esistano *mezzi efficaci ed idonei* per impedire il continuo ricorso a condizioni gravemente inique nel senso di cui al paragrafo 3. I mezzi di cui al paragrafo 4 sono tra l'altro disposizioni che consentono a *organizzazioni titolari di un riconoscimento ufficiale di legittimo interesse* a rappresentare piccole e medie imprese, possono agire a norma della legislazione nazionale dinanzi ai tribunali o a organi amministrativi competenti per decidere se le condizioni contrattuali stabilite per uso generale sono gravemente inique ai sensi del paragrafo 3, in modo che possano ricorrere a mezzi appropriati ed efficaci per impedire che si continui a ricorrere a tali condizioni.

Quanto al secondo: art. 4 “Gli Stati membri *possono adottare o mantenere* disposizioni relative ad anticipi già versati dal debitore.”; art. 6 comma 2 “Gli Stati membri *possono lasciare in vigore od emanare norme* che siano più favorevoli al creditore di quelle necessarie per conformarsi alla presente direttiva.”

Dello stesso avviso, peraltro, pare V. Pandolfini per il quale “Diventa, dunque, superfluo interrogarsi in ordine alla eventuale applicabilità diretta della normativa comunitaria (...) applicabilità, invero alquanto dubbia nel caso di specie, posto che la direttiva 2000/35 CE sembra rimandare l'efficacia delle disposizioni in essa contenute alla trasposizione delle medesime nelle singole legislazioni nazionali”. Cfr. V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 112.

In assenza di efficacia diretta (ancorché limitata ai rapporti tra privati e amministrazione pubblica), si sarebbe potuta aprire la strada per richieste di risarcimento del danno a carico dello Stato italiano. L'art. 11 del d.lgs. 231/02 recide il problema alla radice, (retro)datando la propria efficacia al termine ultimo fissato per il recepimento della 2000/35 CE.

realtà certamente non sussumibili entro la stessa, si pone un territorio di incerta qualificazione. Occorrerà pertanto chiedersi la sorte:

- A) dei contratti conclusi dopo il giorno 8 agosto 2002 ma incidenti su contratti stipulati prima di tale data (contratti modificativi, contratti che determinano novazione oggettiva, contratti transattivi);
- B) dei contratti stipulati prima dell'8 agosto 2002 ma i cui effetti perdurino nel tempo (c.d. "contratti di durata");
- C) delle disposizioni processuali di cui all'articolo 9 del d.lgs. 231/2002, nello specifico quelle attinenti alla modifica degli articoli 641, 648 c.p.c. e alla abrogazione dell'articolo 633 c.p.c.

Quanto ai primi occorrerà distinguere. In caso di novazione oggettiva non sussistono particolari dubbi: si è in presenza, in questo caso, di un contratto consensuale costitutivo di un *nuovo* rapporto obbligatorio sicché, sussistendo i presupposti di cui agli articoli 1230 s.s. c.c., non può negarsi l'applicabilità *ratione temporis* del d.lgs. in commento⁸⁸.

Quanto alle transazioni su contratti conclusi prima dell'8 agosto 2002 deve ritenersi che le stesse siano escluse dal campo di applicazione della nuova normativa unicamente qualora le conseguenti obbligazioni possano essere considerate "pagamenti a titolo di risarcimento del danno" e ciò in virtù del disposto di cui all'articolo 1, secondo comma, lett. c. Diversamente al *contratto* di transazione sarà interamente applicabile la nuova disciplina (sempre, beninteso, che sia concluso dopo l'8 agosto 2002).

⁸⁸ Cfr. tuttavia E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 35 per il quale "la novazione estingue l'obbligazione preesistente sostituendola con una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso. In entrambi i casi la nuova obbligazione fuoriesce dall'ambito delle transazioni commerciali". Nel pensiero dell'Autore citato, in effetti, le previsioni di cui al d.lgs. 231/2002 sono dirette a tutelare lo scambio: si comprende così il motivo per cui i contratti solutori si pongano al di fuori del perimetro di tutela offerto dalla normativa in commento "l'intento solutorio fa fuoriuscire il contratto dall'ambito delle transazioni commerciali, le quali, deve ritenersi, comprendono lo scambio primario e non i successivi svolgimenti di tale scambio."

Quanto ai contratti modificativi e nello specifico, in tema di appalto, alle variazioni *concordate* nel progetto di cui agli articoli 1659 e 1660 c.c., è stato osservato in dottrina⁸⁹ che “si deve ritenere che ricadano sotto la nuova disciplina i pagamenti derivanti dagli accordi (successivi) intervenuti, che producano un *aumento* del corrispettivo, nei limiti della differenza rispetto al prezzo originariamente concordato. (...) Ciò che rientra sotto la nuova normativa è l’aumento del pagamento originario. Tale aumento deriva da transazione commerciale e rientra nell’applicazione della nuova normativa.”.

Quanto al punto sub B occorre premettere alcune classificazioni di natura istituzionale. Com’è noto, in ragione del diverso atteggiarsi dell’*attuazione* delle prestazioni contrattuali, è possibile distinguere i contratti in due grandi categorie: contratti ad esecuzione istantanea e contratti di durata. I primi, (a loro volta distinguibili in contratti a esecuzione immediata, nei quali esiste contestualità tra conclusione e *tutte* le prestazioni contrattuali⁹⁰, e contratti ad esecuzione differita, nei quali almeno una delle prestazioni deve attuarsi in un momento successivo a quello della conclusione⁹¹) non pongono particolari problemi: occorrerà valutare non la data della *esecuzione* del contratto (ove, logicamente, non contestuale al perfezionamento), ma la data della *conclusione* dello stesso.

Problemi sorgono invece per i contratti di durata⁹² e per i c.d. contratti “quadro”.

Sul punto si registra una divaricazione di opinioni tra dottrina e giurisprudenza.

⁸⁹ Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 76 ss.

⁹⁰ Esempi: donazione di un bene, permuta con immediati effetti traslativi.

⁹¹ Esempi: vendita c.d. “obbligatoria”; vendita con pagamento dilazionato in più rate; vendita con consegna ripartita nel tempo.

⁹² A loro volta distinguibili in contratti ad esecuzione continuata e contratti ad esecuzione periodica: si noti che i contratti ad esecuzione periodica devono essere distinti dai contratti ad esecuzione istantanea con pluralità di atti esecutivi: è così contratto ad esecuzione istantanea con pluralità di atti esecutivi la vendita di una enciclopedia con consegna mensile di ognuno dei dodici volumi; è contratto ad esecuzione periodica il contratto di “abbonamento” ad una rivista: ciò che conta, dunque, è l’*interesse* del ricevente.

Quanto alla dottrina è stato sottolineato che “nel caso di contratti di durata conclusi prima dell’8 agosto 2002 si pone il problema di vedere se gli stessi sono da configurarsi come contratti quadro in relazione ai quali vengono conclusi contratti di vendita (come avviene nella subfornitura) o come contratti al cui interno le singole prestazioni si configurano come semplici atti di esecuzione di tale contratto (come avviene per la somministrazione)”⁹³ La normativa di cui al d.lgs 231/2002 sarebbe applicabile solo nel primo caso avendo come riferimento la data dei singoli contratti di vendita/fornitura. Più articolata pare la posizione di chi, richiamando la nota C. Cost. n. 204 del 27 giugno 1997 in materia di c.d. fideiussioni *omnibus*, in particolare il principio per cui la persistenza del negozio in quanto rapporto di durata rende possibile l’immediata applicazione dello *ius superveniens* anche qualora quest’ultimo incida sul fatto generatore⁹⁴, giunge a negare la applicabilità del d.lgs. 231/2002 unicamente ai contratti ad esecuzione istantanea o differita⁹⁵, postulandone di risulta la applicabilità a quelli di durata, anche se limitatamente alle prestazioni compiute o da compiersi dopo l’8 agosto 2002.

La giurisprudenza offre soluzioni diverse se non addirittura opposte.

Scorrendo le decisioni delle corti territoriali è possibile riscontrare un quadro alquanto composito. I casi pratici attengono, principalmente, ai rapporti tra azienda sanitaria e struttura in regime di preaccreditamento, da un lato, ai rapporti tra farmacie e SSN, dall’altro.

Quanto ai primi la giurisprudenza *esclude* l’applicabilità delle previsioni di cui al d.lgs 231/2002. Per due ragioni: la prima è quella sottolineata dalla prima sezione civile del Tribunale Palermo⁹⁶, per la quale “*non è applicabile "ratione*

⁹³ Cfr. G. De Nova – S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 50

⁹⁴ La citazione è in V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 115; per la citata sentenza si veda Corte Cost., 27 giugno 1997, n. 204 in *Foro it.*, 1997, I, 2033

⁹⁵ *Rectius* contratti ad esecuzione *immediata* o differita.

⁹⁶ Tribunale Palermo sez. I, 27 agosto 2007, inedita.

temporis" la d. lg. n. 231 del 2002 al rimborso delle spese specialistiche effettuato dall'azienda sanitaria verso strutture in regime di preaccredimento, poiché l'art. 11 prevede che "le disposizioni del presente decreto non si applicano ai contratti conclusi prima dell'8 agosto 2002" e la fonte dell'obbligazione è in ogni caso precedente alla data di efficacia indicata dalla stessa.". La seconda è quella proposta dal Tribunale di Nocera Inferiore⁹⁷ per il quale *"le disposizioni del d.lg. n. 231 del 2002 relative al saggio degli interessi sono inapplicabili in caso di pretesa conseguente della struttura accreditata verso l'ente erogatore dell'assistenza sanitaria per il rimborso delle somme relative alle prestazioni anticipate, trattandosi di pagamento non effettuato a titolo di corrispettivo contrattuale, e pertanto non posto, in legame sinallagmatico con le prestazioni specialistiche di diagnostica strumentale e di laboratorio."*

Come si vede, da un lato i giudici palermitani escludono l'applicabilità della nuova normativa *ratione temporis*; dall'altro i giudici di Nocera pervengono al medesimo risultato facendo leva sul difetto dell'elemento oggettivo.

Il quadro in materia di rapporti tra farmacie e SSN è più complesso. Sul punto la giurisprudenza appare oscillante, anche se si registra una prevalenza per la soluzione dell'esclusione.

A favore della riconducibilità del rapporto tra farmacie e SSN entro le previsioni di cui al d.lgs. 231/2002 è stato osservato⁹⁸ che *"il principio di irretroattività non impedisce che la specifica disciplina dettata dal d.lgs. n. 231/2002 si applichi, sia pure con effetto "ex nunc", ai rapporti che pur avendo avuto origine a fronte di un accordo collettivo tra Ssn e farmacie antecedente allo stesso d.lg. n. 231/2002 siano destinati a durare ulteriormente"*. I giudici

⁹⁷ Tribunale Nocera inferiore, 14 ottobre 2004, inedita

⁹⁸ Tribunale Reggio Calabria sez. II, 07 maggio 2008, n. 656 in *Rass. dir. Farmaceutico*, 2008, 4, 720

calabresi si mostrano dunque inclini a ritenere la previsione di cui all'articolo 11 non ostativa circa la applicabilità delle previsioni del decreto medesimo.

Anche dal punto di vista oggettivo, peraltro, non sussisterebbero impedimenti, atteso che *“non può disconoscersi la riconducibilità del rapporto tra farmacista e Azienda sanitaria all'ambito di operatività del d.lg. n. 231/2002, essendo indubbiamente ravvisabile un nesso sinallagmatico tra erogazione dei farmaci e somme dovute al farmacista, pure alla stregua del disposto dell'art. 4 d.P.R. 371/1998.”*

Se queste sono le premesse, appare logica la conclusione *“dall'applicabilità al rapporto tra farmacista e Azienda sanitaria della specifica disciplina dettata dal d.lgs. n. 231/2002 consegue che per la costituzione in mora dell'amministrazione non sia più necessaria una formale intimazione scritta, per cui l'ASP deve essere considerata in mora, con il relativo obbligo di corrispondere gli interessi al tasso di cui all'art. 5 d.lg. n. 231/2002, automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento.”*

A medesime soluzioni perviene anche altra giurisprudenza⁹⁹ che sottolinea che *“la disciplina del sistema di pagamento delineato dal d.P.R. n. 371 del 1998 nel regime convenzionale dei rapporti tra l'ente erogatore dell'assistenza farmaceutica nell'ambito del S.s.n. (la A.s.l.) ed i titolari di farmacia (che contempla un tasso d'interesse da ritardo che non può superare il tasso legale, l'esclusione della mora automatica, il differimento del termine di rimborso rispetto all'erogazione del servizio e la parziale anticipazione mediante un acconto del corrispettivo annuale) si pone come fonte di grado secondario del rapporto e può ricevere applicazione solo se più favorevole (come non è: n.d.e.) per il farmacista creditore rispetto alle prescrizioni contenute nel d.l. vo n. 231 del 2002, applicabili alla fattispecie”*.

⁹⁹ Tribunale Nocera Inferiore, 27 dicembre 2006, n. 1244 in, *Ragiufarm* 2007, 99, 80

Queste le soluzioni favorevoli all'inclusione. Tutte le altre decisioni pervengono a soluzioni opposte¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Cfr. Tribunale Latina sez. II, 27 gennaio 2011, inedita; T.A.R. Reggio Calabria, sez. I, 12 settembre 2008 n. 471 in Rass. dir. Farmaceutico, 2009, 547; Tribunale Nocera Inferiore, 14 ottobre 2004, inedita; T.A.R. Lazio, sez. III, 12 febbraio 2004, n. 1362, in Rass. dir. Farmaceutico, 2005, 313.

Non può non notarsi come casi analoghi abbiano trovato soluzioni in giurisdizioni diverse. Per un quadro completo delle problematiche in materia di giurisdizione amministrativa in questo specifico ambito si veda F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 268 ss.

Si veda a tal proposito la citata sentenza del Tribunale Amministrativo Reggio Calabria del 2008, n. 471 che, in relazione al profilo della giurisdizione, afferma "va affermata la giurisdizione del GA in ordine alla controversia in materia di prestazioni farmaceutiche, in ossequio all'indirizzo giurisprudenziale già più volte espresso da questo Tar con varie pronunce (tra cui v. le nn. 1342; 13460; 1741; 1742 del 2005).

Questo Tribunale, infatti, condivide le osservazioni svolte dal T.A.R. di Catania, II Sezione, con sentenza n. 466/2005, in cui si afferma che dalla decisione della Corte Costituzionale n. 204/2004 non possa argomentarsi l'insussistenza "tout court" della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di corrispettivi conseguenti ad un servizio pubblico.

In estrema sintesi, deve osservarsi che il T.A.R. di Catania ha rilevato che:

1) l'indagine sulla sussistenza del presupposto potere autoritativo (che la sentenza della Corte n. 204/2004, ha ritenuto essere necessario ai fini della attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo) va rivolta al momento della costituzione del rapporto e non già a quello in cui emergono i diritti soggettivi e, quindi, i rapporti obbligatori; in altri termini, ove il rapporto controverso sia caratterizzato dalla presenza di diritti soggettivi, esso potrà comunque essere sottoposto alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo, anche se in relazione a tali situazioni o posizioni soggettive non si percepisce l'immediata manifestazione di un potere autoritativo, in quanto lo stesso, per definizione, si manifesta nella fase antecedente della regolamentazione del rapporto;

2) la giurisdizione esclusiva è stata estesa dalla Corte alla nozione di affidamento di servizio pubblico, figura non sussistente nel vecchio testo dell'art. 33 del decreto legislativo n. 80/98, da intendersi quale sintesi di tutte le ipotesi in cui si manifesta un potere autoritativo relazionato ad un "autentico" servizio pubblico, che, in quanto posto innanzi a posizioni soggettive qualificabili come interessi legittimi, diventa presupposto per l'affidamento di una giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo, ove sussistano riflessi relativi a diritti soggettivi;

3) l'elemento caratterizzante la possibilità di conferimento al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in tale materia è correlato alla circostanza che il servizio pubblico non sia svolto direttamente dall'Amministrazione, ma che sia "affidato" ad altri con provvedimento specifico o generale;

4) gli elementi che connotano la nozione di servizio pubblico sono "la generalità dei destinatari" e la "riconosciuta rilevanza sociale" del servizio.

D'altronde, le conclusioni che precedono risultano assolutamente confermate dal tenore letterale del dispositivo della Corte, atteso che, a seguito della citata sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, la nuova formulazione dell'art. 33 del decreto legislativo n. 8/1998, come sostituito dall'art. 7, lettera a), della legge 21 luglio 2000, n. 205, limita la giurisdizione del giudice amministrativo "alle controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481".

Non v'è dubbio, pertanto, che la Corte abbia lasciato integra la norma, e quindi la giurisdizione esclusiva, ove riferita, per quanto interessa nel presente giudizio, alla "materia" del servizio farmaceutico, anche in relazione al pagamento dei crediti derivanti dal suo svolgimento.

Va evidenziato che la Corte ha inserito nel nuovo testo del citato art. 33 le controversie relative alla concessione di pubblici servizi, "escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi".

E' possibile in particolare concentrare l'analisi sulla pronuncia data dai giudici amministrativi del Tribunale di Reggio Calabria, letta in correlazione con quella, peraltro dalla stessa citata espressamente, resa dal TAR del Lazio nel febbraio 2004¹⁰¹. Ebbene i Giudici amministrativi da un lato escludono l'applicabilità *ratione temporis* del d.lgs. in commento ai rapporti tra farmacie e SSN; dall'altro considerano in ogni caso come "non gravemente inique" le previsioni in materia contenute nel D.P.R. 371 del 1998 che recepisce la contrattazione collettiva nel settore farmaceutico.

Questo il passaggio maggiormente significativo: *"in ordine alla spettanza degli interessi legali previsti dal d.lgs. 231/2002, inizialmente riconosciuti dal decreto ingiuntivo opposto, il Collegio, ad un più attento esame della questione, ritiene di aderire alla linea interpretativa espressa dal TAR Lazio, con le sent. 1362; 1378; 1379 del 2004, che ha negato l'applicabilità della normativa invocata da parte opposta ai crediti derivanti da prestazioni farmaceutiche. (...)*

Quest'ultima riserva appare relazionata alla sola materia delle concessioni, e non risulta, quindi, applicabile ai pubblici servizi "strictu sensu", per cui sembrerebbe trasparire che il momento successivo dei corrispettivi (e, quindi, dei diritti soggettivi "monetari" o, più esattamente, dei crediti pecuniari), mentre è stato escluso dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le prime, è rimasto incardinato per questi ultimi.

Inoltre, se la giurisdizione esclusiva dovesse ritenersi limitata alla mera fase procedimentale dell'affidamento, la decisione della Corte risulterebbe contraddittoria, in quanto nulla aggiungerebbe ad una competenza già sussistente.

Risulta del tutto chiaro, pertanto, che, accedendo ad una interpretazione di diverso tenore, la norma "riscritta" dalla Corte Costituzionale resterebbe una "scatola vuota", una semplice affermazione di principio, priva, in sostanza, di qualsiasi effetto.

Occorrerebbe, in effetti, chiedersi quale possa mai essere la giustificazione dell'attribuzione di una giurisdizione esclusiva nella materia in esame, se poi il giudice amministrativo dovesse "fermarsi" nel momento in cui debba incontrare dei diritti soggettivi.

Del resto, l'inserimento nella giurisdizione esclusiva per materia anche delle fasi esecutive del rapporto e della dinamica dei corrispettivi (ove non espressamente esclusi, come per le concessioni) finisce con il valorizzare alcuni momenti regolati ormai in posizione paritaria, ma pur sempre relativi all'utilità collettiva che dalla gestione del pubblico servizio discendono (cfr. Consiglio di Stato, Sezione, V, 12 ottobre 2004, n. 6574).

In altri termini, ove il rapporto controverso sia caratterizzato dalla presenza di diritti soggettivi, lo stesso potrà comunque essere sottoposto alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo, anche se in relazione a tali situazioni o posizioni soggettive non si percepisca l'immediata manifestazione di un potere autoritativo, in quanto lo stesso, per definizione, si manifesta nella fase antecedente della regolamentazione del rapporto."

¹⁰¹ Per un breve commento critico si veda P. Menegozzi, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Padova, 2007, 57 ss.

se dunque sono certamente esclusi dall'applicazione del nuovo regime degli interessi moratori nelle transazioni commerciali i singoli contratti di diritto privato stipulati in data anteriore alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 231, sembra ragionevole ritenere che ne sia escluso anche il contratto (collettivo) con il quale il SSN ed i Farmacisti hanno inteso liberamente regolare il settore delle prestazioni farmaceutiche e dei relativi pagamenti, tenuto conto che il citato decreto presidenziale che lo ha recepito reca una disciplina convenzionale del tutto specifica ed autonoma di tutta la materia relativa al completo ristoro spettante al creditore, in caso di ritardato adempimento, da parte dell'Azienda Sanitaria, dell'obbligazione pecuniaria nascente dall'erogazione dei medicinali agli assistiti dal S.S.N”.

Se, dunque, la citata giurisprudenza esclude l'applicabilità del decreto in commento “*rationae temporis*”, non mancano decisioni che, nel pervenire al medesimo risultato pratico, appaiono tuttavia ancorate a diverse *rationes*. E' stato in effetti sostenuto che “*Ai rapporti tra farmacista e Asl non è applicabile la disciplina in tema di ritardati pagamenti introdotta dal d.lg. n. 231 del 2002 che ha trasposto la direttiva 2000/35/Ce, non potendo il rapporto concessorio intercorrente fra le parti sussumersi nel concetto di "transazione commerciale"*¹⁰²”.

La giurisprudenza da ultimo richiamata merita di essere condivisa. Se infatti il legislatore, recependo sul punto la facoltà concessa dalla 2000/35 CE, ha ritenuto di escludere dalla applicazione del d.lgs. 231/2002 i contratti conclusi prima del giorno 8 agosto 2002, non può artatamente crearsi una differenza di regime in relazione agli effetti che tali contratti siano diretti a produrre. Ciò che conta, dunque, è la data di conclusione del singolo contratto, collettivo o individuale, ad efficacia istantanea o di durata. L'opinione segnalata dal Russo in materia di

¹⁰² Tribunale Nocera Inferiore 24 settembre 2004 in *Giur. merito* 2005, 1, 151 con nota critica di R. Conti.

appalto, peraltro, è condivisibile e non si pone in contrasto con quanto appena sostenuto: se, infatti, “ si deve ritenere che ricadano sotto la nuova disciplina i pagamenti derivanti dagli accordi (successivi) intervenuti, che producano un *aumento* del corrispettivo, nei limiti della differenza rispetto al prezzo originariamente concordato. (...)”, è fatto salvo il principio per cui vengono disciplinati dalla nuova normativa solo quegli *accordi* successivi alla data di cui all’articolo 11 del decreto, nei limiti, se del caso, del contenuto modificativo apportato al contratto “base”.

Quanto, infine, al punto sub C, si rinviano le relative considerazioni al paragrafo n. 5 nel quale verrà analizzata l’intera problematica.

2.2 Ambito di applicazione oggettivo

L’ambito di applicazione *ratione materiae* è disciplinato dagli articoli 1 e 2 del d.lgs. 231/2002.

Le disposizioni del decreto in commento si applicano ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale; “transazioni commerciali” sono contratti, comunque denominati, tra imprese o 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. Risulta del tutto evidente come ambito di applicazione oggettivo e soggettivo si fondano e si integrino a vicenda. Nel corso della presente trattazione verrà dunque adottata la seguente ipotesi di lavoro: l’ambito di applicazione del d.lgs in commento è delineato da una unica norma, versata, a sua volta, nel testo degli articoli 1 e 2; tale norma è definitoria; nell’ambito di tale definizione è possibile isolare elementi oggettivi ed elementi soggettivi. Elementi oggettivi della definizione sono: pagamento di un prezzo, in rapporto di corrispettività, alla effettuazione di una prestazione, avente ad oggetto la consegna di merci o la

effettuazione di un servizio. Questa è la prima “porzione” della transazione commerciale.

Elementi soggettivi della definizione sono: natura imprenditoriale o professionale di almeno uno dei contraenti; natura pubblica o imprenditoriale o professionale dell'altro contraente. Rimangono per tanto esclusi: contratti tra consumatori (cd. “C2C”); contratti tra pubbliche amministrazioni (almeno uno dei contraenti deve essere un imprenditore o un professionista); contratti tra un imprenditore e un consumatore (l'altro contraente deve necessariamente essere una amministrazione pubblica, un imprenditore o un professionista). Questa la seconda “porzione” della transazione commerciale.

L'analisi avrà a oggetto anzitutto gli aspetti oggettivi della definizione.

Pagamento di un prezzo e consegna di merci o prestazione di servizi sono, con tutta evidenza, le prestazioni oggetto della “transazione” commerciale.

Quanto al pagamento di un prezzo e al rapporto tra tale nozione e quella, tradizionale, di adempimento di una obbligazione pecuniaria, si rinvia alle considerazioni svolte *supra*¹⁰³. In questa sede è possibile aggiungere qualche ulteriore considerazione. Anzitutto è da rilevare come il decreto in commento non offra una disciplina competa dell'obbligazione di pagamento, ma si limiti a stabilire specifiche norme in tema di conseguenze del ritardato adempimento. Prendendo atto di ciò l'interprete dovrà applicare anzitutto le disposizioni generali di cui agli articoli 1188 – 1196 del codice civile¹⁰⁴, *combinando*¹⁰⁵ poi le stesse con le specifiche norme di cui al d.lgs. 231/2002.

¹⁰³Sul concetto di pagamento e sul rapporto tra tale concetto e obbligazione pecuniaria cfr. Cap. I, 4; sulle conseguenze del ritardato adempimento di una obbligazione pecuniaria cfr. diffusamente Cap I, 4 ss. Per il rapporto tra pagamento e adempimento

¹⁰⁴Ci si riferisce alle norme in materia di: adempimento del terzo, luogo dell'adempimento, adempimento parziale, computo del tempo e decadenza dal beneficio del termine, pagamento a creditore apparente o incapace, pagamento eseguito da un incapace o con cose altrui, imputazione del pagamento. Una trattazione analitica delle singole ipotesi e del rapporto tra le stesse e le previsioni di cui al decreto in commento è in E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005,35 ss.

Il concetto stesso di “pagamento”, poi, evoca quello di “corrispettività”: in ogni caso nel recepire la direttiva 2000/35 CE, il nostro legislatore specifica la necessità di tale ultimo requisito all’articolo 1 del d.lgs. 231/2002. Com’è noto, nella più ampia categoria dei contratti onerosi, si pongono quelli (anche) corrispettivi: contratti onerosi sono quelli in cui ciascuna parte effettua una prestazione a favore dell’altra, e la prestazione è il sacrificio che la parte sopporta per il vantaggio rappresentato dal ricevere la prestazione di controparte; contratti con prestazioni corrispettive sono quei contratti onerosi in cui la prestazione di una parte è *scambiata* con la prestazione dell’altra, nei quali, dunque, le due prestazioni si pongono in rapporto di *reciprocità e interdipendenza*. In tale ottica mentre un contratto di vendita è contratto oneroso e a prestazioni corrispettive, un contratto associativo come quello di cui all’articolo 2247 c.c. è contratto soltanto¹⁰⁶ oneroso: in questo ultimo caso, in effetti, la prestazione di una parte (conferimento) non è rivolta *direttamente* a favore dell’altra, ma concorre a creare una struttura associativa della quale entrambe le parti finiranno poi per beneficiare¹⁰⁷.

Ebbene, richiamandosi al concetto di corrispettività, il legislatore delegato del 2002 chiarisce che non ogni “pagamento” è oggetto della particolare disciplina di derivazione europea, ma soltanto quel pagamento che si pone in rapporto di

¹⁰⁵ Il termine non è neutro: la tesi della *combinazione* tra norme codicistiche e norme di cui al decreto in commento è solo una tra quelle sostenute in dottrina: il tema verrà approfondito trattando del rapporto tra la disciplina dei termini di pagamento versata nell’articolo 4 del decreto e quella, tradizionale, di cui all’articolo 1183 cc.

¹⁰⁶ In effetti mentre tutti i contratti con prestazioni corrispettive sono onerosi, non tutti i contratti onerosi sono con prestazioni corrispettive. Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e p. Zatti, Milano, 2011, 417 s.

¹⁰⁷ Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e p. Zatti, Milano, 2011, 419. Trattasi della struttura contrattuale nella quale è più facile rilevare la funzione stessa del contratto, in ragione dei contrapposti egoismi personali: “il contratto è prima di tutto terreno di confronto e scontro di egoismi privati. Ciascuna parte vi si accosta per assecondare i suoi propri impulsi, per soddisfare i suoi propri bisogni, per conseguire i suoi propri fini: in una parola, per realizzare i suoi propri interessi. (...) Ma il contratto è anche, infine, terreno di incontro di egoismi privati. Le parti trovano un punto di equilibrio, accettabile da entrambe, delle iniziali posizioni antagoniste; ciascuna accetta di tenere conto degli interessi dell’altra, che pure le sarebbero indifferenti, se non altro perché solo così l’altra parte accetterà di tenere conto dei suoi.” Cfr. ancora V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e p. Zatti, Milano, 2011, 356.

reciprocità e interdipendenza con la consegna di merci o la prestazione di servizi. Al completamento della relativa previsione è poi deputato il secondo comma dell'articolo 2: in esso il legislatore esclude espressamente dalla applicazione della nuova normativa:

- 1) i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore¹⁰⁸;
- 2) le richieste di interessi inferiori a 5 euro;
- 3) i pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno ivi compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assicuratore.

Com'è ovvio, non si tratta di un elenco tassativo: le previsioni di cui al decreto in commento, in effetti, *non* si applicano *certamente* a pagamenti non derivanti da transazione commerciale (si pensi alle retribuzioni dovute al lavoratore dipendente); sono del pari *certamente* esclusi quei pagamenti, che pur derivando da transazione commerciale, difettino del requisito della corrispettività (esempi: restituzioni o rimborsi spese); sono infine *certamente* esclusi i contratti nei quali non vi sia un "pagamento". L'elencazione di cui al comma secondo dell'articolo 1 ha quindi un significato ulteriore rispetto alla norma di cui al primo comma solamente nella misura in cui escluda pagamenti che diversamente sarebbero stati oggetto delle nuove disposizioni. In tale ottica, l'espressa esclusione dei pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno, che appare conforme al *considerando* 13 della 2000/35 CE¹⁰⁹, avrebbe potuto essere evitata¹¹⁰, difettando

¹⁰⁸ L'esclusione appare motivata dall'esigenza di consentire, ai singoli Stati membri, il mantenimento delle discipline speciali previste in caso di insolvenza. Quanto al fallimento, si consideri il primo comma dell'articolo 55, legge fallimentare italiana, in base al quale "La dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell'articolo precedente". Stante il tenore, ampio e omnicomprensivo, della esclusione di cui all'articolo 2 d.lgs. 231/2002, deve ritenersi che, anche nei casi di crediti garantiti da ipoteca, pegno o privilegio, gli interessi decorrano nella misura convenzionale o fissata dal codice civile. Infine, l'esclusione in commento si applica a tutte le procedure concorsuali aperte a carico del debitore e non quindi solamente al fallimento.

¹⁰⁹ Si noti, a tal riguardo, che tra le esplicite esclusioni menzionate dal d.lgs. 231/2002 non figura quella relativa ai pagamenti effettuati a norma di legge per assegni o titoli di credito di cui al *considerando* 13. E' stato sul punto sottolineato che "qualora i ritenesse che il legislatore italiano, omettendo qualsiasi

in ogni caso il requisito della corrispettività rispetto alla consegna di merci o alla prestazione di un servizio.

Si accennava all'esclusione di quei contratti i quali, pur stipulati tra imprese o tra imprese e amministrazione pubblica, difettino del requisito della corrispettività, o che non prevedano un "pagamento". Più nello specifico si tratta: dei contratti di finanziamento o di mutuo¹¹¹, dei contratti di mandato¹¹², della permuta, del comodato, di tutti i contratti gratuiti, dei contratti con comunione di scopo. Se in ordine all'esclusione di siffatti contratti si registra una sostanziale unanimità di vedute, problematica appare la riconduzione entro le previsioni di cui al decreto di *tutti* i contratti tra imprese o tra imprese e amministrazione pubblica nei quali figurino un pagamento a titolo di corrispettivo, oppure di una limitata classe entro gli stessi. Il nodo concerne la corretta interpretazione delle nozioni "consegna di merci" o "prestazione di un servizio".

La consegna di merci o la prestazione di un servizio rappresentano le prestazioni tipiche della transazione commerciale.

L'indagine ermeneutica volta ad attribuire significato positivo a tali espressioni è complessa. Quanto alla consegna è stato notato¹¹³ che, a rigore, nemmeno la vendita avrebbe ad "oggetto" la consegna di un bene: com'è noto il

riferimento ad essi, abbia voluto ricomprenderli nell'ambito applicativo del decreto, ci si dovrebbe conseguentemente chiedere se ciò consenta di ipotizzare un mancato recepimento, ad opera del medesimo, di un aspetto della normativa introdotta dalla Direttiva". Cfr. S. Bolognini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 498 s.

¹¹⁰ O, semplicemente, ha funzione meramente esplicativa del principio, perché, per definizione, il pagamento del risarcimento del danno non costituisce il corrispettivo di una prestazione, ma una misura sanzionatoria per l'illecito compiuto da un contraente.

¹¹¹ Per un cenno ai contratti bancari si veda A.M. Benedetti, *i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 28 *sub* nota 24. In sensi conformi (circa la esclusione) si veda V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 19 s.

¹¹² Limitatamente, però, alla obbligazione del mandante di rimborsare al mandatario le anticipazioni da lui effettuate: rientrerebbe nel decreto, al contrario, la prestazione avente ad oggetto il compenso riconosciuto al mandatario per la attività svolta, attesa la sua evidente natura corrispettiva)

¹¹³ E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 64.

contratto di cui agli articoli 1470 ss c.c. trova la sua causa, valutata nella astratta funzione economico – sociale, nello scambio di cosa contro prezzo. La consegna, in tale ottica, è una delle obbligazioni principali del venditore: potrebbe sostenersi, abbracciando la nozione di oggetto contrattuale come “prestazioni dedotte in contratto”, che la consegna, essendo obbligazione naturalmente conseguente alla conclusione del contratto, ne caratterizzi l’oggetto. Non sempre. Problemi si pongono per tutte quelle ipotesi nelle quali la consegna è pattiziamente esclusa, o non è possibile (si pensi alla vendita di un pacchetto azionario), o non è necessaria (ipotesi di vendita di immobile già nella detenzione dell’acquirente)¹¹⁴. Appare dunque necessaria una riflessione che consenta di attribuire corretto significato al termine “consegna”, e che rapporti il significato di tale termine a quello di “merci”. Tale operazione è dirimente, in quanto assorbe larga parte della indagine relativa all’inclusione di una determinata convenzione nell’ambito della previsioni di cui al decreto legislativo in commento.

Sul punto non si registra in dottrina unanimità di vedute.

In estrema sintesi può sostenersi l’esistenza di due tesi opposte. Secondo una prima visione¹¹⁵ non tutti i contratti tra imprese o tra imprese e amministrazioni pubbliche nei quali figurino un pagamento a titolo di corrispettivo sono disciplinati dal d.lgs. 231/2002. In base a tale tesi occorre valorizzare i concetti di consegna di merci e prestazioni di servizi, senza assegnare loro uno spettro di significato così ampio da svilirne la portata. La formula della legge, si sostiene, “benché idonea a ricomprendere in sé un gran numero di contratti, ha contorni ben precisi,

¹¹⁴ Nota Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicù e F. Messineo, Milano 1962, 467 ss. che “l’obbligazione di consegnare non è un effetto assolutamente indefettibile della vendita, in quanto in alcuni casi può anche mancare del tutto, cioè non sorgere né alla conclusione del contratto né in qualsiasi momento successivo”

¹¹⁵ Cfr. A.M. Benedetti, *i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 27 ss; V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 18 ss.; De Nova – S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 5 ss.; P. Menegozzi, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Padova, 2007, 44.

o, comunque, tali da giustificare un'applicazione conforme alla sua lettera: essa isola – all'interno dell'ampia classe dei contratti a prestazioni corrispettive – quei negozi nei quali la dazione di una somma di denaro sta in rapporto di reciprocità-interdipendenza con una prestazione che consiste nella consegna di merci o nella prestazione di servizi. Solo questa sotto-categoria di contratti a prestazioni corrispettive, dunque, è soggetta alla disciplina del decreto in commento.”¹¹⁶

Quanto, nello specifico, al concetto di merce, un utile suggerimento ermeneutico può pervenire dall'analisi della giurisprudenza comunitaria in materia di libera circolazione “delle merci”. Scorrendo i repertori si evince che per merce debbano intendersi “tutti i prodotti pecuniariamente valutabili e come tali atti a costituire oggetto di negozi commerciali, indipendentemente dalla loro natura, dalle loro qualità e dalla loro destinazione”. E' merce, dunque, quel bene che è prodotto dell'attività economica organizzata dell'imprenditore e che l'imprenditore stesso destina al mercato per ricavarne un profitto. La finalità della circolazione, del resto, è elemento che trasforma il “bene” in “merce” rendendo più “commerciale” l'attività necessaria alla sua produzione o il contratto che giustifica il suo trasferimento.

Non rientrano nella nozione di merce appena delineata i beni immobili, “del resto tradizionalmente esclusi dalla disciplina comunitaria”¹¹⁷, e incompatibili, peraltro, con nozioni quali “consegna” e “ricevimento”.

Le tesi sopra esposte sembrano ulteriormente avvalorate da un'altra considerazione: si osserva che “una disciplina di tipo sostanzialmente sanzionatorio (qual è quella introdotta dal decreto in commento, soprattutto dal punto di vista del saggio di interesse praticato e dei limiti imposti alla autonomia privata) mal si presta ad un'applicazione estensiva o analogica che ne ampli

¹¹⁶ A.M. Benedetti, *i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 26 s.

¹¹⁷ Cfr. V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 18 ss. ; Cfr. A.M. Benedetti, *i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 31 sub nota 34.

l'ambito applicativo al di là dei confini delineati dal legislatore.”¹¹⁸ Del resto, si continua, è lo stesso legislatore comunitario ad auspicare che la direttiva venga applicata unicamente ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale¹¹⁹.

Quanto alla nozione di “servizi” può ricorrersi, sempre secondo la tesi oggetto di analisi, alla definizione di cui all'articolo 50 del Trattato CE, oggi art. 57 T.F.U.E., in base alla quale con tale termine si intende “ogni prestazione fornita normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci dei capitali e delle persone”.

In conclusione, secondo la tesi fin ora oggetto di analisi, oltre ai contratti nei quali manchi un pagamento¹²⁰, a quelli che non integrino “transazioni commerciali”¹²¹, e a quelli in cui difetti l'elemento della corrispettività¹²², restano esclusi dall'ambito di applicazione della normativa di cui al d.lgs 231/2002: i contratti di vendita aventi ad oggetto beni immobili (beni che non possono essere considerati “merce” e che non vengono “consegnati”); i contratti di locazione, di affitto e in generale i contratti di utilizzazione di beni dietro corrispettivo in denaro¹²³ (giusta la nozione di consegna e l'utilizzo del termine “prezzo”¹²⁴); il

¹¹⁸ Cfr. A.M. Benedetti, *i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 27 sub nota 22.

¹¹⁹ Cfr. considerando n. 13 della direttiva 2000/35 CE in base al quale “La presente direttiva dovrebbe essere limitata ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per una transazione commerciale”.

¹²⁰ Permuta, comodato, tutti i contratti gratuiti.

¹²¹ Si pensi al contratto di lavoro subordinato o, in generale, ad ogni contratto nel quale almeno una delle due parti sia un consumatore.

¹²² Contratti con comunione di scopo, mutuo, contratti di finanziamento, factoring nel senso sopra chiarito.

¹²³ Per la esclusione della locazione, sia mobiliare che immobiliare, si veda G. De Cristofaro, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di “lotta” contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi* in *Studium iuris*, 2003, I, 4.

¹²⁴ Essendo peraltro irriducibili alla nozione di “prestazioni di servizi”: “la ragione della esclusione è presto detta: la prestazione di un servizio necessita, infatti, di un *facere*, di una attività positivamente riscontrabile (manuale o intellettuale che sia), proveniente da chi esegue il servizio stesso verso corrispettivo da parte di chi lo riceve; attività che non pare potersi ravvisare nell'atteggiamento di chi, ad esempio, si limita semplicemente a mettere in condizione altri di utilizzare un determinato bene.” Cfr. A.M. Benedetti, *i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 33; in senso conforme alla esclusione dei contratti di locazione anche De Nova – S. De

contratto di *leasing* di godimento (assimilabile alla locazione); il *factoring* (per la natura immateriale del diritto ceduto). Sono, invece, certamente disciplinati dal decreto in esame: i contratti di vendita di merci, la subfornitura, contratto estimatorio somministrazione deposito e sequestro convenzionale, appalto di servizi¹²⁵, contratto d'opera, trasporto di cose o persone, mandato nei limiti della retribuzione dovuta al mandatario, commissione, spedizione, servizio bancario delle cassette di sicurezza, agenzia, *franchising*, catering, contratto di pubblicità, sponsorizzazione, mediazione, assicurazione nei limiti di cui al comma secondo dell'articolo 1.

La tesi finora oggetto di analisi, nell'intento di allinearsi con la massima fedeltà possibile al testo della legge, comporta tuttavia inevitabili "classificazioni": sulla base dei presupposti ermeneutici in ordine ai concetti di merci e servizi, si perviene, coerentemente, alla inclusione di taluni contratti e alla esclusione di altri, pur stipulati da, *tra*, imprenditori, o tra imprenditori e amministrazione pubblica¹²⁶. Il tutto, e qui si inizia a discutere la tesi opposta¹²⁷,

Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 6; in senso ulteriormente conforme cfr. P. Menegozzi, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Padova, 2007, 44.

¹²⁵ Le tesi in esame tendono ad escludere il contratto di appalto d'opera siccome non avente ad oggetto né la consegna di merci né la prestazione di servizi. *Contra* V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 19.; in senso problematico De Nova – S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 6 s. Il tema assume particolare complessità e delicatezza nell'ambito della contrattazione pubblica: com'è noto, in tale ambito è possibile distinguere tra appalti di servizi, appalti di forniture e appalti di lavori pubblici (cfr. Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", in particolare le definizioni di cui all'articolo 3.) Orbene, mentre l'applicazione del decreto in commento è generalmente riconosciuta in relazione agli appalti di servizi e di forniture, delicati problemi sorgono in merito a quelli di lavori. Il tema è complesso e trae origine non solo dalla Determinazione n. 5, adottata dalla Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 27 marzo 2002, nella quale si *esclude* l'applicabilità della direttiva 2000/35 Ce a detta materia, ma anche dalle definizioni adoperate dal legislatore delegato in seno al d.lgs. 231/2002: riproducendo i concetti di "merci" e "prestazione di servizi", si opina, il decreto *escluderebbe* la materia degli appalti di lavori pubblici da quelle disciplinate in seno al medesimo provvedimento. Il tema, insieme allo studio della principale giurisprudenza amministrativa in materia, verrà approfondito nel corso del capitolo III.

¹²⁶ Peraltro con differenze tra autore e autore: si pensi al caso, emblematico, degli appalti d'opera.

¹²⁷ Per la quale si vedano E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 63 ss.; G. De Marzo, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2002, 628 ss; R. Conti, *Il d.lgs. n.231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Corriere Giuridico*, 2003, 99 ss.

con il rischio della arbitrarietà delle relative classificazioni e, peraltro, con inevitabile frustrazione degli obiettivi della legge: “se infatti si volge lo sguardo alle ragioni ultime che hanno indotto il legislatore comunitario ad approntare la dir. 2000/35, non può certo sfuggire che la stessa si inserisce nel complesso di riforme messe in atto dalla Commissione per garantire il completamento di un vero mercato interno dell’Unione in settori cruciali per lo sviluppo delle piccole e medie imprese (...) Se è dunque questa la cornice in cui collocare uno dei principali problemi sofferti dalle piccole imprese (...) non può che derivare l’inclusione nel concetto di transazione commerciale di *tutti* i settori in cui operano le piccole imprese¹²⁸”.

La tesi che sarà ora oggetto di analisi ritiene necessario attribuire alle espressioni “consegna di merci, prestazione di servizi” un significato che non si arresti al tenore letterale delle espressioni usate da legislatore, con l’importante guadagno ermeneutico dell’inclusione entro le previsioni di cui al decreto in commento di *tutti* i contratti tra imprese o tra imprese e amministrazioni, caratterizzati dalla corrispettività tra prezzo e prestazione.

Le ragioni a sostegno di tale impostazione sono molteplici: anzitutto si ricorda l’assenza, entro la direttiva 2000/35 CE, di un’elencazione specifica delle ipotesi di applicabilità delle norme in essa contenute (argomento letterale); vi è poi, forte, il già ricordato argomento teleologico; vi è infine un argomento logico-sistematico: “se infatti il riferimento alle merci e alle prestazioni di servizi doveva intendersi in senso restrittivo-letterale, sarebbe stato logico – e anzi doveroso – escludere dall’ambito operativo i liberi professionisti che, com’è noto, non vendono merci né generalmente erogano servizi (...) ma piuttosto offrono opere professionali.¹²⁹”

¹²⁸Cfr. R. Conti, *Il d.lgs. n.231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Corriere Giuridico*, 2003, 106.

¹²⁹ Cfr. ancora. R. Conti, *Il d.lgs. n.231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Corriere Giuridico*, 2003, 106. Tale argomento è peraltro definito

Perviene al medesimo risultato, ma si mostra maggiormente articolata, la tesi di altra dottrina¹³⁰. Al fine di meglio intendere l'articolata posizione dell'Autore citato si ritiene utile anticiparne le conclusioni: "Risulta del tutto ingiustificata la inclusione nel novero delle transazioni commerciali di alcuni contratti e la esclusione di altri contratti, alla stregua della indicazione dell'oggetto delle transazioni commerciali nella consegna di merci o prestazione di servizi. Ciò che conta è che il contratto (...) costituisca esercizio di una attività economica, e le prestazioni in esso previste si trovino in legame di corrispettività con il pagamento di un prezzo. La conferma delle superiori conclusioni risulta dalla incertezza con la quale si opera l'inclusione o l'esclusione dal campo di applicazione della normativa sul ritardo dei pagamenti dei vari tipi contrattuali, sulla base di una lettura acritica della espressione consegna di merci o prestazione di servizi. (...) *Il vero è che la nuova disciplina si applica a qualsiasi tipo contrattuale e nessun elemento ermeneutico può essere tratto dall'espressione consegna di merci o prestazione di servizi.* L'elemento determinante ed essenziale è costituito, invece, dall'inerire del contratto all'attività di impresa o professionale, e dalla caratterizzazione dello stesso contratto nell'ambito dello *scambio* tra una prestazione ed il corrispettivo di un prezzo".

La critica rispetto alle tesi che per prime sono state illustrate non potrebbe essere più radicale. Al fine di valutare la bontà di tali conclusioni, occorrerà anzitutto evidenziare il percorso ermeneutico seguito dall'Autore citato; successivamente, evidenziare le conseguenze che, sul piano applicativo, scaturiscono da tale ricostruzione. Nell'incedere del ragionamento, viene posto sotto analisi, in prima battuta, il concetto di "consegna di merci": quanto alla primo termine, viene anzitutto rilevata la carica fortemente atecnica che lo

"capzioso" da A.M. Benedetti, *i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 33 in nota 43.

¹³⁰ E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 71 ss.

contraddistingue¹³¹; successivamente si afferma che lo stesso costituisce una acritica trasposizione della formula utilizzata nella direttiva 2000/35 CE al punto 1) dell'articolo 2¹³². Da queste considerazioni si perviene alla conclusione per cui l'espressione "consegna merci" comprende non solo l'area della vera e propria consegna, ma anche tutta quella relativa ai trasferimenti della proprietà.

Resta da capire l'oggetto *specifico* di tale trasferimento. Il termine "merci" suggerirebbe un oggetto "materiale e mobile". L'Autore, pur consapevole di tale circostanza, respinge nettamente questa interpretazione: "non posso convincermi a ritenere che l'Unione Europea privilegi i contratti di consegna di cose, evocando le carovane di medioevale memoria. (...) L'espressione consegna di merci va, quindi, intesa come comprensiva di tutti i contratti che attribuiscono una ricchezza e cioè una utilità patrimonialmente valutabile e ciò vale anche per i contratti telematici, e per tutti i contratti che hanno per oggetto beni immateriali¹³³".

Se queste sono le premesse, la conclusione pare coerente e inevitabile: "nessun argomento limitativo del campo di applicazione della nuova disciplina può essere tratto dall'espressione *consegna di merci*, la quale indica null'altro che l'esecuzione di una prestazione che trova il suo corrispettivo nel pagamento di un prezzo. (...) In definitiva, *l'espressione indica tutto ciò che può costituire l'oggetto del contratto non consistente in un fare.*".

¹³¹ E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 64 "innanzitutto si deve rilevare che a questa espressione non può certo essere attribuita una valenza tecnica, ascrivendone i significati che nel nostro sistema si collegano alla obbligazione di consegnare. Sarebbe del tutto irrazionale ipotizzare che la legge abbia inteso reprimere i ritardi di pagamento nelle consegne verso il corrispettivo di un prezzo, escludendo dall'ambito di applicazione delle norme la compravendita (che non produce necessariamente una obbligazione di consegnare)". Cfr. anche le considerazioni svolte *supra* a pagina 18.

¹³² Formula comunque reputata fortemente scorretta, al contrario della versione francese della direttiva che parla, più opportunamente, di *fourniture de marchandises*: tale termine, nota l'Autore, comprende senz'altro il trasferimento della proprietà delle "cose" fornite.

¹³³ E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 50

Quanto alla “prestazione di servizi”, l’Autore muove da una considerazione in ordine ai referenti normativi reputati maggiormente pertinenti: la disciplina del lavoro domestico di cui all’articolo 2240 c.c.¹³⁴, e quella dell’appalto di servizi di cui al precedente articolo 1655. Entrambe queste ipotesi, si ragiona, hanno in comune un *facere*, che consiste nell’un caso nella realizzazione di un *opus*, nell’altro nel servizio di per sé stesso considerato. La conclusione è la seguente: dato l’utilizzo non “tecnico” del termine di cui all’articolo 2 lett. a) del decreto in commento¹³⁵, con l’espressione “prestazioni di servizi” devono intendersi “tutte le prestazioni di *fare* (e, quindi, anche di non fare) che trovano il loro corrispettivo in un pagamento.

Il cerchio, dunque, appare chiuso: se con consegna di merci si intende “*tutto ciò che può costituire l’oggetto del contratto non consistente in un fare*”, e con “prestazione di servizi” tutte le prestazioni di *fare* che trovano il loro corrispettivo in un pagamento, non residua spazio per alcuna esclusione: ove il contratto, che preveda un pagamento offerto come corrispettivo di una qualunque prestazione, sia stipulato tra soggetti qualificati e nell’esercizio della attività “qualificante”, per ciò stesso sarà sottoposto al d.lgs. 231/2002. Senza esclusioni.

Appare evidente come elemento oggettivo e soggettivo si fondano nel pensiero dell’Autore citato: del resto, ed è questo l’ultimo passaggio del ragionamento prima delle conclusioni, viene posta grande attenzione alle “coimplicazioni” tra i due aspetti della definizione: “il non aver colto le coimplicazioni tra profilo oggettivo e profilo soggettivo del campo di applicazione delle transazioni commerciali, ha condotto ad analisi molto discutibili del profilo oggettivo, dirette a ricercare con la mera esegesi della espressione consegna di merci o prestazione di servizi le categorie di contratti che possono essere incluse, o escluse, dalla nozione di transazione commerciale. *Invece qualunque contratto può essere*

¹³⁴ In quanto avente ad oggetto, giusta la disposizione codicistica citata, la *prestazione di servizi*.

¹³⁵ Sorge il dubbio, tuttavia, che l’Autore citato reputi “non tecnico” ciò che non è conforme alla tradizione giuridica nostrana.

*considerato transazione commerciale purché sia espressione di un'attività economica bilaterale*¹³⁶. Nel pensiero riportato le “coimplicazioni” consistono in ciò: postulata la perfetta aderenza della nozione di “imprenditore” di cui all’art. 2 lett. c) del d.lgs. 231/2002 con quella, tradizionale, versata nell’articolo 2082 c.c., è agevole concludere che “lo scambio di beni o servizi esprime lo stesso concetto della consegna di merci o prestazione di servizi di cui alla Direttiva comunitaria recepita acriticamente dalla nostra legge di attuazione. *L’oggetto delle transazioni commerciali coincide con l’esercizio dell’attività economica di impresa*”¹³⁷.

Vi è però un argomento da considerare, al termine dell’esposizione di questa articolata tesi, vale a dire il significato da attribuire alla nozione “in via esclusiva o prevalente” adottata dal d.lgs. 231/2002 come predicato della consegna di merci/prestazione di servizi. Come conciliare una tesi che predica un’applicabilità generalizzata del d.lgs. 231/2002, con una previsione normativa in base alla quale “transazioni commerciali” sono (esclusivamente) contratti (...) che comportano in *via esclusiva o prevalente* la consegna di merci o la prestazione di servizi? Parrebbe che il legislatore abbia ipotizzato l’esistenza di alcuni contratti che, per avere a oggetto solo in misura marginale le prestazioni descritte, non siano soggetti al decreto, pur importando un pagamento corrispettivo tra soggetti qualificati. Il rompicapo è risolto dall’Autore con una soluzione *tranchant*: consapevole delle difficoltà date dal conciliare la propria tesi con l’inequivocabile dato positivo¹³⁸, viene adottata la soluzione ermeneutica

¹³⁶ Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 69, enfasi aggiunta.

¹³⁷ E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 103, enfasi aggiunta.

¹³⁸ E infatti lo stesso afferma, espressamente “Ciò contraddice al contenuto ampio ed omnicomprensivo che abbiamo attribuito all’espressione “consegna di merci o prestazione di servizi”. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 73.

“radicale” della *interpretatio abrogans*¹³⁹, “affermando l’applicabilità della nuova normativa a *tutti* i pagamenti derivanti da transazioni commerciali, indipendentemente dal loro peso nella economia generale del contratto, e purché essi attengano al concetto di corrispettivo di prestazioni effettuate dall’altro contraente.”.

Il guadagno ermeneutico di tale impostazione è evidente, e consiste nell’eliminazione alla radice di ogni problema relativo alle “classificazioni”: rientrano quindi nelle previsioni di cui al decreto in commento i pagamenti corrispettivi per l’alienazione di immobili, quelli inerenti a contratti di vendita di beni immateriali, persino i contratti di locazione¹⁴⁰. Il costo è una forzatura del dato normativo, e uno svilimento del contenuto significativo dell’elemento oggettivo della definizione di transazione commerciale: probabilmente, peraltro, se il legislatore, anche europeo, avesse voluto un simile risultato, avrebbe predicato l’applicabilità della disciplina di protezione “ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in un contratto, comunque denominato, tra imprese o tra imprese e amministrazioni pubbliche.”, omettendo l’inciso relativo alla consegna di merci o alla prestazione di servizi. In definitiva, a parere di chi scrive, la tesi “prova troppo” e, per tanto, non merita condivisione.

Resta da chiarire se sia possibile assegnare all’espressione “in via esclusiva o prevalente” di cui all’art. 2 del decreto in commento, un significato compiuto senza giungere all’interpretazione abrogatrice sostenuta dalla dottrina da ultimo richiamata. Ebbene, letteralmente, l’inciso equivale a postulare l’esistenza di contratti “misti”, nei quali la prestazione di un servizio o la consegna di merci possono o meno assumere carattere prevalente, e ad escludere dalla applicabilità della normativa di protezione i secondi. Se ciò sia corretto alla luce della direttiva

¹³⁹ E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 74

¹⁴⁰ “Apoditticamente” esclusa dalla categoria delle transazioni commerciali dal resto della dottrina. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 400 s.

2000/35 CE è materia di discussione: deve infatti sottolinearsi che la precisazione in esame *non* è presente nella direttiva, e costituisce una novità propria della legislazione italiana. La *ratio* di tale riserva è dunque variamente individuata: secondo alcuni, l'inciso viola chiaramente le previsioni di cui alla 2000/35 CE¹⁴¹; secondo altri, al contrario, è perfettamente giustificato, ben potendo il legislatore escludere che, nei contratti nei quali le prestazioni "commerciali" abbiano carattere marginale, sussistano le stesse esigenze di tutela su cui si fondano le previsioni di cui al decreto¹⁴².

Probabilmente, in definitiva, l'inciso di cui all'articolo 2, ha il seguente valore "la circostanza che il contratto imponga all'imprenditore prestazioni diverse ed ulteriori rispetto alla "consegna" della merce non vale, di per sé sola, ad escludere che esso possa essere considerato una "transazione commerciale", salvo che la rilevanza attribuita dalla parti a queste prestazioni sia tale da impedire di poter ravvisare nella consegna di merci la prestazione "prevalente", e cioè principale, posta dal contratto a carico dell'imprenditore"¹⁴³.

2.3 Ambito di applicazione soggettivo.

E' ora possibile affrontare l'analisi degli elementi soggettivi della definizione di cui agli articoli 1 e 2 del d.lgs. 231/2002.

¹⁴¹ Cfr. Conti, *Il d.lgs. n.231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Corriere Giuridico*, 2003, 102; G. Arnò – B. Ferri, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento delle transazioni commerciali*, Torino, 2003, 22. Probabilmente sul punto ha ragione chi afferma che Probabilmente sul punto ha comunque ragione chi afferma che "la nostra legge è incorsa in tale contraddizione perché ha perseguito il non commendevole intento di tenere fuori l'appalto di opera pubblica dal campo di applicazione della normativa" Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 74

¹⁴² Cfr., P. Menegozzi, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Padova, 2007, 43. In senso conforme anche V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 19.

¹⁴³ Cfr. G. De Cristofaro, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi* in *Studium iuris*, 2003, I, 1 ss.

Come già notato, transazione commerciale non è qualunque contratto che comporti il pagamento di un prezzo a fronte del ricevimento di una determinata prestazione: occorre che tale contratto sia stipulato tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni, con l'avvertenza che, ai soli fini dell'applicabilità della normativa in commento¹⁴⁴, entro la nozione di "imprenditore", ricade anche la figura dell'esercente una libera professione.

Quanto appena rilevato ha importanti conseguenze applicative: la disciplina di cui al d.lgs. 231/2002 non sarà applicabile ai contratti conclusi tra consumatori, con consumatori o tra pubbliche amministrazioni.

La definizione di Pubblica amministrazione, con particolare riguardo alla applicabilità del decreto in commento alla materia degli appalti di lavori pubblici, verrà approfondita nel corso del capitolo terzo. In questa sede è possibile tuttavia ricordare che, ai sensi dell'articolo 2, primo comma, lettera b) del d.lgs. 231/2002, per "pubblica amministrazione", si intendono le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di 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 d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici.

¹⁴⁴ Si veda a tal proposito il *considerando* n. 14 della direttiva 2000/35 CE in base al quale: "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."

Sarà ora oggetto di analisi la figura dell'imprenditore chiarendo, sin d'ora, che nella nozione che verrà analizzata rientra anche quella di "imprenditore pubblico"¹⁴⁵.

Per imprenditore si intende, ai sensi della normativa citata, "ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione". Risulta evidente la ampiezza di tale definizione, non solo per la inclusione, già ricordata, della figura del professionista, ma anche per la omessa menzione dei requisiti della professionalità e della finalità produttiva di cui all'articolo 2082 del codice civile italiano: appare dunque doveroso un confronto tra la previsione di cui all'articolo 2 del d.lgs. 231/2002 e quella codicistica appena richiamata.

La legislazione interna, nel fornire le coordinate generali della figura dello imprenditore¹⁴⁶, statuisce che "è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione scambio di beni e servizi". Occorre chiarire la portata concettuale di tutti i termini di cui alla citata definizione, onde valutare l'incidenza applicativa della mancata menzione, nella norma di cui all'articolo 3 del decreto in commento, dei requisiti della professionalità e della "produttività". Si procederà in maniera estremamente sintetica. Una attività è *professionale* quando non è *occasionale* quando consta, mediante indici esteriori e oggettivi, che la stessa sia destinata a durare nel tempo¹⁴⁷. Economica è la attività che sia oggettivamente idonea a pareggiare ricavi e costi, indipendentemente dalla attitudine alla realizzazione di un profitto¹⁴⁸. Si ritiene che attività economica non sia sinonimo di "attività

¹⁴⁵ Cfr., E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 93

¹⁴⁶ Trattasi, logicamente, della nozione "giuridica" di imprenditore, ossia dell'insieme di requisiti affinché, a determinati soggetti, possa essere applicata una determinata disciplina. Distinta è la nozione *economica* di imprenditore per la quale si veda F. Galgano, *Diritto commerciale*, Padova, 2004, III, 3 ss., che illustra sinteticamente anche gli elementi essenziali della nascita del capitalismo moderno.

¹⁴⁷ Quanto meno *potenzialmente*. Cfr. G. Campobasso, *Diritto commerciale*, Torino, 2003, 1, 33 s.

¹⁴⁸ Inteso ovviamente in senso "contabile", non comprensivo, vale a dire, dei costi opportunità. La giustificazione del profitto è generalmente riconosciuta nel "rischio" che l'imprenditore corre nell'organizzare i fattori produttivi, rischio che si concretizza, in particolare, nella possibilità che i costi

produttiva”, in quanto ben può essere prodotto un bene o erogato un servizio con metodo che non consenta, nemmeno teoricamente, di pareggiare ricavi e costi. Organizzazione è requisito prettamente economico: “organizzare”, nel senso di cui all’articolo 2082 c.c., significa coordinare tra loro diversi fattori produttivi: se sia necessaria una, anche minima, “eteroorganizzazione” tra lavoro proprio e altrui, o se, al contrario, possa essere considerato imprenditore anche chi organizza *esclusivamente* il lavoro *proprio* è questione dibattuta dalla dottrina commerciale. Si ritiene convincente la tesi per la quale non è imprenditore, ai sensi del codice civile, il soggetto che organizza esclusivamente il proprio lavoro; è imprenditore chi organizza lavoro proprio e ingenti fattori capitale (oltre ovviamente a chi coordina lavoro proprio, altrui, terra e capitale); è piccolo imprenditore chi organizza lavoro proprio, altrui, e altri fattori produttivi, con prevalenza del lavoro proprio o familiare¹⁴⁹. Infine, l’attività deve essere diretta alla produzione o scambio di beni o servizi: si ritiene che questo requisito possa essere descritto come “produttività”, intesa come comprensiva anche dello scambio dei beni¹⁵⁰ e come contrapposta all’attività di “mero godimento”¹⁵¹.

E’ ora possibile valutare l’incidenza applicativa della mancata menzione nel testo di cui all’articolo 2 del d.lgs. 231/2002 dei requisiti della “produttività” e della professionalità. L’assenza del primo non desta, a parere di chi scrive, particolari problemi: anche se ai sensi dell’articolo 2 potrebbe essere considerato “imprenditore” chi non produce o scambia beni o servizi, “transazione commerciale” è contratto che ha ad oggetto “la consegna di merci o la prestazione di servizi”, per cui, intanto rileverà la qualità di “imprenditore”, in quanto il contratto poi stipulato abbia ad oggetto una attività “produttiva”. Resta apparentemente fuori il solo caso della “produzione” di beni, non destinati alla

siano superiori ai ricavi. E’ controverso se il “fine di lucro” possa rientrare nella nozione generale dell’imprenditore pur non essendo *espressamente* menzionato nel *testo* di cui all’articolo 2082. c.c.

¹⁴⁹ Il concetto di prevalenza di cui all’articolo 2083 c.c. postula un rapporto tra gli elementi organizzati, e una molteplicità degli stessi.

¹⁵⁰ In quanto, se scambiati nel tempo o nello spazio, acquistano “valore aggiunto”.

¹⁵¹ Ed è significativo a tal proposito l’inciso di cui all’articolo 2248 c.c.

circolazione: ma se non sono destinati alla circolazione, non esiste un contratto che abbia l'effetto di trasferire questi beni, non esiste, di risulta, una controparte contrattuale, non esiste, in conclusione, il problema del ritardato adempimento. Mi pare che sia il caso dell'impresa "per conto proprio": ammissibile o meno, questa figura nulla ha a che vedere con le previsioni di cui al decreto in commento, per la buona ragione che manca una controparte contrattuale che possa ritardare il pagamento. In conclusione, dunque, il requisito della "produzione" di beni o servizi, non destinati allo "scambio", non è stato replicato nel decreto in commento perché la relativa ipotesi si pone al di fuori delle esigenze di tutela in esso versate; il requisito dello "scambio" non è presente in quanto il relativo concetto è già insito in quello di consegna di merci, prestazione di servizi.

L'assenza del requisito della professionalità, poi, si giustifica nell'intenzione del legislatore di estendere lo spettro di tutela della disciplina in commento. Saranno in questo modo tutelate anche le attività saltuarie, purché economiche, organizzate, e dirette alla conclusione di contratti che abbiano a oggetto la consegna di merci o la prestazione di servizi¹⁵². E' bene notare, ad ogni modo, che le previsioni di cui al d.lgs. 231/2002 si applicano senza distinzioni in ordine alle *dimensioni* del soggetto che esercita la attività economica e organizzata: proprio per l'obiettivo di tutelare le piccole e medie imprese, infatti, è assente ogni diversificazione di trattamento tra imprenditore e "piccolo" imprenditore. Sarà, dunque, soggettivamente ricompreso nell'ambito delle previsioni del

¹⁵² In senso radicalmente contrario cfr. Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 99, per il quale "il fatto che la legge in esame non menzioni il requisito della professionalità, non induce a ritenere che venga posto un concetto di impresa divergente da quello comunemente ritenuto proprio del nostro sistema giuridico. Il requisito della professionalità vale ad escludere dalla nozione di impresa soltanto le prestazioni occasionali, il che è già compreso nella nozione di attività economica".

Si noti, tuttavia, che per l'Autore citato "attività economica" è sinonimo di "attività rivolta alla produzione o alla circolazione di beni o servizi valutabili patrimonialmente", secondo una nozione, dunque, diversa da quella accolta nel corpo del presente lavoro. La conclusione cui giunge l'Autore è, peraltro, la seguente: "può essere affermata la coincidenza tra la nozione di impresa fornita dal d.lgs. 231/2002 e quella codicistica".

decreto chiunque eserciti un'attività economica organizzata con un minimo di forza lavoro o di capitale, ovvero basata sul lavoro esclusivamente¹⁵³ o prevalentemente proprio. Con questa rilevante conseguenza: ove, per ipotesi, ad erogare una prestazione fosse una grande multinazionale nei confronti di un piccolo imprenditore, per il prezzo da quest'ultimo dovuto decorreranno gli interessi moratori di cui all'articolo 4 del decreto stesso. La differenza si situa, dunque, tra "creditore e debitore", non tra debitore/grande impresa, creditore/piccola e media impresa.

La nozione di imprenditore, ai soli fini della applicazione del decreto in commento, comprende, come già notato, anche la figura dell'esercente una libera professione. Risulta anzitutto evidente come il legislatore delegato abbia recuperato il significato tradizionale del termine "professionista"¹⁵⁴, con una singolare inversione di prospettiva rispetto alla nozione di cui all'articolo 3 del d.lgs. 206/2005¹⁵⁵: è stato tuttavia notato che l'adozione di una definizione basata sulla qualifica professionale, indipendentemente dalla attività nel *concreto* svolta, potrebbe portare all'assurdo di ritenere applicabile la normativa in commento anche nelle ipotesi in cui un "imprenditore" contratti al di fuori della attività professionalmente svolta. La segnalata aporia è resa ancora più forte per la mancata riproduzione nel d.lgs. in commento della previsione di cui al *considerando* n. 13 della 2000/35 CE in base al quale "la presente Direttiva

¹⁵³ Cfr. A.M. Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 39. In tal senso depone anche il testo di cui all'articolo 2222 c.c., che avvicina il prestatore d'opera manuale al piccolo imprenditore. Così anche E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 111 s, per il quale la normativa in commento è applicabile, in definitiva, ad ogni ipotesi di lavoro autonomo.

¹⁵⁴ Il che, per il vero, rappresenta l'esito del processo di approvazione del decreto: nella versione originaria dello schema di d.lgs., la lettera c) dell'articolo 2 era dedicata alla nozione di "professionista". Successivamente, per evitare aporie sistematiche con la lett. a) del medesimo articolo 2 che, nel definire "transazioni commerciali", faceva riferimento alla figura dell' "imprenditore", il termine "professionista" fu eliminato, e sostituito da quello attualmente utilizzato.

¹⁵⁵ Com'è noto, ai fini della applicabilità delle norme di cui al codice del consumo, "professionista" è "la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività *imprenditoriale*, commerciale artigianale o *professionale*, ovvero un suo intermediario.

dovrebbe essere limitata ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per una transazione commerciale e *non disciplina i contratti con i consumatori*". "A stare alla interpretazione letterale della legge, dunque, qualunque contratto stipulato con una impresa da parte di un libero professionista, un artigiano o un piccolo imprenditore rientrerebbe nel campo di applicazione della legge in esame. La stessa legge, quindi, colpirebbe determinate categorie di soggetti, in ragione della loro qualifica professionale, indipendentemente dalla natura dell'attività esercitata con la concreta negoziazione"¹⁵⁶. La tesi è da respingere, dovendosi avere riguardo, peraltro, oltre che alla lettera della legge, anche all'intenzione del legislatore e al canone della interpretazione sistematica. Dal canto suo la giurisprudenza ha chiarito che "Ai rapporti tra consumatori e professionisti, nel caso di mora dei primi, non sono applicabili le disposizioni di cui al D. lgs. 9 ottobre 2002 n. 213, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali"¹⁵⁷. L'ordinanza restringe chiaramente l'applicazione del decreto ai contratti che siano espressione dell'esercizio di una attività economica e che non siano diretti al consumo.

Ciò posto rientrano nella categoria degli esercenti una libera professione, tanto le professioni "protette", quanto quelle "non protette", in una parola: i prestatori d'opera intellettuale. I prestatori d'opera *manuale*, d'altro canto, rientrano nella nozione di imprenditore in quanto esercenti una attività economica che presenti un minimo di organizzazione, come chiarito.

In sintesi sono imprenditori, ai fini del d.lgs. 231/2002: i "grandi" imprenditori; i piccoli imprenditori, gli artigiani, i commercianti e, in genere, tutti coloro che prestino una opera manuale, purché svolgano una attività economica con un minimo di organizzazione, gli imprenditori agricoli, i professionisti

¹⁵⁶ Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 114.

¹⁵⁷ Trib. Roma sez. IX, ordinanza 14.05.2003 in *Giur. romana*, 2003, 401.

intellettuale protetti e non, gli enti senza scopo di lucro che operino con criteri di economicità.

2.4 L'apparato sanzionatorio di cui agli articoli 3, 4, 5, 6 del d.lgs. 231/02. Presupposti, decorrenza, misura e natura degli interessi moratori ivi previsti; la disciplina in materia di prodotti alimentari deteriorabili; le altre sanzioni.

La disciplina dei termini di pagamento, e delle conseguenze del ritardo *imputabile*¹⁵⁸, è contenuta negli articoli 3, 4, 5 e 6 del decreto di recepimento. Orbene, tendenzialmente, le norme appena citate pongono una disciplina interamente derogabile dai privati. Limiti e considerazioni approfondite in merito allo spazio di autonomia concesso (riconosciuto?) alle parti verranno svolte nel prossimo paragrafo. In questa sede verranno analizzate le soluzioni poste dal decreto, con l'avvertenza, però, che stante la riserva di cui all'articolo 11, le stesse potrebbero *non* essere le sole applicabili¹⁵⁹. La scansione logica dell'analisi sarà la seguente: termini di pagamento, presupposti per l'insorgenza della responsabilità, misura e decorrenza degli interessi moratori; ulteriore risarcimento.

¹⁵⁸ Cfr. il disposto dell'articolo 3 del d.lgs. 231/2002 in base al quale "Il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori, ai sensi degli articoli 4 e 5, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile", e dell'articolo 6 che, al primo comma, così dispone: "Il creditore ha diritto al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli, salva la prova del maggior danno, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile.". Cfr. diffusamente *infra*.

¹⁵⁹ E infatti, il secondo comma dell'articolo 11, facendo "salve le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengono una disciplina più favorevole al creditore", pone non pochi problemi di coordinamento tra gli articoli 4 e 5 del d.lgs. 231/2002 e le disposizioni codicistiche in materia di termini di adempimento, segnatamente quelle di cui agli articoli 1183, 1498 e 1665 cc. Si è preferito, per ragioni di chiarezza sistematica, rinviare le relative considerazioni al sotto paragrafo 2.6. Si anticipa la soluzione che appare preferibile: a fronte di una regola per cui *quod sine die debetur statim debetur*, di un'altra, quella di cui all'articolo 4 del d.lgs. 231/2002, per cui il credito diviene esigibile decorsi 30 giorni da uno degli eventi in esso indicati, e della riserva di cui all'articolo 11, può ritenersi che: il creditore potrà, con un atto ex articolo 1219 c.c., costituire in mora il debitore immediatamente; da quel momento inizieranno a decorrere gli interessi legali di cui all'articolo 1224, 1284 c.c.; decorsi 30 giorni dall'invio della costituzione in mora, atto che assume la valenza di "richiesta di pagamento" ex art. 4 del decreto, inizieranno a decorrere gli interessi di cui al seguente articolo 5.

Quanto ai termini di pagamento, la disposizione dell'articolo 4 contiene, in realtà, più norme. La prima si riferisce alla decorrenza degli interessi moratori nel caso di termine convenzionale¹⁶⁰; la seconda determina termine di esigibilità della prestazione¹⁶¹ e decorrenza automatica degli interessi nel caso di mancata determinazione convenzionale del termine per il pagamento¹⁶²; la terza pone una regola imperativa in materia di prodotti alimentari deteriorabili, e individua i ristretti margini dell'autonomia privata in tale ambito¹⁶³.

Quanto alla prima norma, è già stata sottolineata l'aderenza della soluzione adottata dal legislatore con quella ricavabile dal tessuto del codice civile italiano¹⁶⁴. I limiti al potere delle parti di determinare il termine di adempimento verranno analizzati nel corso del prossimo paragrafo.

¹⁶⁰ Art. 4 comma primo: “ Gli interessi decorrono, automaticamente, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento.”

¹⁶¹ Cfr. L. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 76 ss.

¹⁶² Art. 4 comma secondo: “Salvo il 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 dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.”

¹⁶³ 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'articolo 5, comma 1, è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile. Le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale di cui al comma 3 a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il Ministero delle attività produttive, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici.

¹⁶⁴ Cfr. *supra* Cap. I, pagina 32 “Nella prima ipotesi gli interessi moratori iniziano a decorrere il giorno successivo alla scadenza di tale termine: la regola, trattandosi di una obbligazione consistente nel pagamento di una somma di denaro, corrisponde a quella prevista dall'articolo 1219 co. 2 n.3 c.c. letta alla luce del disposto di cui all'articolo 1182 co. 3.” Si veda però, nella ipotesi in cui il creditore sia una Amministrazione pubblica, il rilievo svolto al Cap. I, pagina 17 “Come ulteriore elemento di differenziazione con la disciplina applicabile nei rapporti tra privati, infine, è da notare che la scadenza della obbligazione *non* comporta automaticamente la mora della P.A. debitrice: il luogo del pagamento è,

La seconda norma pone all'interprete una serie di problemi, soprattutto pratici.

Analizzando le disposizioni di cui alle lettere a), b), c), d) del secondo comma dell'articolo 4, è anzitutto possibile affermare che *non esiste alcuna ipotesi nella quale gli interessi di mora decorrano prima della effettuazione della prestazione principale*. Il d.lgs.231/2002 recepisce, in definitiva, il criterio della post-numerazione del compenso¹⁶⁵. Le ipotesi prospettabili sono infatti:

- a) Invio della fattura e successiva consegna delle merci o effettuazione del servizio: in questo caso gli interessi di mora decorreranno automaticamente allo scadere del trentesimo giorno dalla consegna delle merci o dalla effettuazione del servizio, indipendentemente dalla certezza della data di ricevimento della fattura (art. 4, secondo comma, lettera c).
- b) Ricezione delle merci o effettuazione del servizio e successivo invio della fattura *quando la data del ricevimento della fattura sia certa*: gli interessi

in questi casi, non il domicilio del creditore, ma il luogo in cui ha sede l'ufficio di tesoreria tenuto ad effettuare il pagamento, ossia quello della provincia in cui il creditore è domiciliato. Sarà dunque sempre necessaria la formale costituzione in mora.”. In definitiva il guadagno ermeneutico della norma di cui all'articolo 4, primo comma del d.lgs. 231/2002, consiste nella “*vis expansiva* del criterio della automaticità oltre le obbligazioni da adempiere al domicilio del creditore di cui all'art. 1182, 3 comma, c.c.; dall'altra e in confronto alla disciplina speciale delle obbligazioni della P.A., determina la caducazione per i debiti portabili della regola che impone l'intimazione o la richiesta per iscritto ai fini della costituzione in mora del soggetto pubblico. In altri termini, la disciplina in esame estende il criterio della mora automatica a *tutte le obbligazioni pecuniarie da corrispettivo* di transazioni commerciali indipendentemente dalla natura portabile del debito e dalla qualità dei soggetti contraenti”. In tal senso Cfr. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 34 s.

¹⁶⁵ Una simile ipotesi è intravista da E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 190 nella ipotesi di cui alla lettera a) “La lettera a) prospetta la decorrenza del termine di pagamento dal ricevimento della fattura o di altra richiesta di pagamento, indipendentemente dalla effettuazione delle prestazioni da parte del creditore. Le altre lettere dell'art. 4 fanno decorrere il termine di pagamento dall'effettuazione della prestazione del creditore e dalla emissione di fattura, stabilendo un principio che può essere ricondotto alla *postnumerazione* della prestazione.”. Non pare sia così. La lettera a) va infatti coordinata con la c): se la fattura viene ricevuta prima della ricezione della merce, i 30 giorni decorrono, comunque, dalla data della consegna delle merci. Resta il caso limite: emissione della fattura e merci mai consegnate. In questo caso gli interessi di mora non decorreranno, e ciò sia per il combinato disposto delle lettere appena descritte, sia per le giuste considerazioni dello stesso A. in merito alla *legittimità della emissione della fattura*: “*l'emissione di fattura o di altra richiesta equivalente di pagamento indipendentemente dalla effettuazione della prestazione da parte del creditore, non può essere legittimata se non dalla operatività di una clausola contrattuale che preveda un pagamento a titolo di anticipazione, oppure stabilisca un termine (convenzionale) di un pagamento non precisato nella sua misura (illiquido).*”(corsivo dell' A.).

decorreranno decorsi trenta giorni dalla data di ricevimento della fattura (*in ipotesi successivo alla effettuazione della prestazione tipica*), (art. 4, secondo comma, lettera a).

- c) Ricezione delle merci o effettuazione del servizio e successivo invio della fattura quando la data del ricevimento della fattura *non* sia certa: gli interessi decorreranno decorsi trenta giorni dalla *ricezione delle merci dalla effettuazione del servizio*. (art. 4, secondo comma, lettera b).
- d) In caso di contratto d'appalto decorsi 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 dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data (art. 4, secondo comma lettera d).

Risulta per tanto evidente come al creditore che abbia effettuato la prestazione tipica, e successivamente abbia inviato la fattura, convenga *non* munirla di data di ricevimento certa.

Una serie di questioni: cosa si intende per data certa del ricevimento della fattura? E' sempre richiesta l'emissione della fattura ai fini della decorrenza degli interessi di cui al decreto? E' sempre necessaria la previa effettuazione della prestazione tipica? Cosa si intende esattamente con fattura e con richiesta "equivalente" di pagamento?

Quanto al primo punto, il creditore, per ottenere il decorso degli interessi di mora, dovrà inviare la fattura al debitore adoperando un metodo dal quale risulti la data del ricevimento. Questo vale in ogni caso. Se poi la data del ricevimento è *certa* si verificano le ulteriori conseguenze previste dal decreto: la certezza della data potrà essere acquisita, oltre che secondo le modalità di cui all'articolo 2704

c.c., anche mediante le consuete modalità equipollenti come il timbro postale apposto direttamente sulla fattura (ma non sulla busta o sull'involucro¹⁶⁶).

L'emissione della fattura o della richiesta equivalente di pagamento *non è sempre* richiesta¹⁶⁷: non lo è nel caso di termine convenzionale di cui al primo comma dell'articolo 4, nel caso di cessione di beni alimentari deteriorabili e nel caso di contratto di subfornitura. Nemmeno la previa effettuazione della prestazione tipica pare essere *sempre* richiesta: anche in questo caso non lo è nella ipotesi di termine convenzionale, come già chiarito.

La fattura viene generalmente definita come “Dichiarazione di verità, documentale, obbligata, vincolata alla verità dei fatti dichiarati”¹⁶⁸. Ai nostri fini occorre esclusivamente rilevare, tuttavia, lo stretto nesso che il d.lgs. 231/2002 crea tra “fattura” e “richiesta equivalente di pagamento”: ed invero, “appare evidente che quando vengono usati dalla legge due termini, uno dei quali ha valenza tecnica precisa, e l'altro sia invece di significato generico, è quest'ultimo che prevale ai fini della produzione dell'effetto previsto dalla legge. Infatti l'atto tecnicamente definibile e caratterizzato dai necessari requisiti formali (come la fattura), qualora manchi di uno dei requisiti propri di esso, produrrà comunque il suo effetto in quanto costituisce una richiesta di pagamento”¹⁶⁹. Per richiesta equivalente di pagamento, ai fini della produzione degli effetti di cui al decreto in commento, possiamo intendere quell'atto, scritto¹⁷⁰, contenente i dati relativi alla misura del pagamento, alla causale, e ogni riferimento essenziale per la

¹⁶⁶ Cfr. V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 40.

¹⁶⁷ Cfr. in tal senso la relazione governativa all'articolo 4 del d.lgs. 231/2002: “Presupposto essenziale per la decorrenza del termine *legale* è il ricevimento di una fattura o di una richiesta di pagamento, non avendo, al riguardo riproposto, la versione definitiva della direttiva, alcuna previsione in ordine alla fattispecie dell'assenza della fattura, prevista, invece, nella proposta di direttiva.

¹⁶⁸ Cfr. V. Panuccio, voce *Fattura*, in *Enciclopedia del diritto volume XVI*, 1967, 1020. Quanto alla forma e al contenuto della fattura cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 213 ss.

¹⁶⁹ E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 211.

¹⁷⁰ La legge tace sulla forma della richiesta di pagamento: tuttavia, dall'utilizzo di termini quali “ricevimento”, può fondatamente ritenersi che la stessa debba essere redatta per iscritto.

identificazione dell'oggetto della prestazione ricevuta, con il quale il creditore chieda il pagamento di quanto a lui dovuto.

Quanto, infine, al “ricevimento” degli atti sopra analizzati, valgono le regole generali di cui agli articolo 1334, 1335 c.c.

Resta da trattare la disciplina della cessione di beni alimentari deteriorabili.

Ai sensi del secondo comma dell'articolo 3 della 2000/35 CE, “Per talune categorie di contratti che saranno definite dal legislatore nazionale, gli Stati membri possono elevare fino a 60 giorni il periodo alla cui scadenza sono dovuti gli interessi, qualora essi rendano inderogabile per le parti del contratto tale termine o stabiliscano un tasso d'interesse inderogabile, sensibilmente superiore al tasso legale”¹⁷¹. La genesi della previsione appena segnalata riposa sull'articolo 3 della Posizione comune definita dal consiglio il 29 luglio 1999. Nelle motivazioni di questo provvedimento viene chiarita la *ratio* della disposizione: “Il Consiglio ha deciso di tenere conto di situazioni particolari in alcuni Stati membri. In tali situazioni la norma dei 30 giorni, unita alla facoltà delle parti di stabilire altre norme nel loro contratto specifico, talvolta non funziona in modo soddisfacente. *Si tratta di casi nei quali una delle parti è dominante a tal punto che l'altra è, di fatto, nell'impossibilità di negoziare un contratto equilibrato.* In altri casi, una delle parti potrà disporre di un'esperienza professionale insufficiente ad avvalersi adeguatamente della propria libertà contrattuale. Per questa ragione il Consiglio ha inserito una norma che consente agli Stati membri di estendere il termine trascorso il quale sono dovuti gli interessi fino a 60 giorni, a condizione che il rispettivo Stato membro, nella propria legislazione nazionale, riduca la libertà contrattuale e impedisca alle parti

¹⁷¹ Cfr. anche il *considerando n. 18* in base al quale “La presente direttiva tiene conto del problema dei lunghi termini contrattuali di pagamento, segnatamente l'esistenza di talune categorie di contratti per i quali può essere giustificato un periodo più lungo per il pagamento, se ad esso si accompagna una restrizione della libertà contrattuale o un tasso d'interesse più elevato.”

di prevedere nel loro contratto un'ulteriore estensione del termine di 60 giorni, oppure preveda un tasso di interesse notevolmente più elevato”.

Il legislatore italiano si è avvalso della facoltà riconosciuta dalla disposizione in commento prevedendo, al terzo e al quarto comma dell'articolo 4, una disciplina specifica per la cessione di prodotti alimentari deteriorabili¹⁷². Trattasi di un settore, quello del commercio dei prodotti alimentari “deteriorabili”, caratterizzato da ampio divario tra tempo di incasso del dettagliante (necessariamente molto breve, pena il deperimento del bene), e pagamento del corrispettivo al produttore¹⁷³. Proprio per questa ragione il decreto di recepimento prevede, da un lato un tasso di interesse da ritardo inderogabile, e maggiore rispetto a quello di cui al successivo articolo 5, dall'altro un termine di pagamento più lungo, fissato in sessanta giorni dalla consegna dei prodotti, derogabile solo entro i limiti precisati al comma quarto dell'articolo 4¹⁷⁴. La

¹⁷² Cfr. in tal senso la scelta del legislatore francese che, nel testo attuale dell'articolo L443-1 del codice di commercio, prevede “A peine d'une amende de 75 000 euros, le délai de paiement, par tout producteur, revendeur ou prestataire de services, ne peut être supérieur :

1° A trente jours après la fin de la décade de livraison pour les achats de produits alimentaires périssables et de viandes congelées ou surgelées, de poissons surgelés, de plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables, à l'exception des achats de produits saisonniers effectués dans le cadre de contrats dits de culture visés aux articles [L. 326-1](#) à [L. 326-3](#) du code rural et de la pêche maritime ;

2° A vingt jours après le jour de livraison pour les achats de bétail sur pied destiné à la consommation et de viandes fraîches dérivées ;

3° A trente jours après la fin du mois de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article [403 du code général des impôts](#) ;

4° A défaut d'accords interprofessionnels conclus en application du livre VI du code rural et de la pêche maritime et rendus obligatoires par voie réglementaire à tous les opérateurs sur l'ensemble du territoire métropolitain ou de décisions interprofessionnelles prises en application de la [loi du 12 avril 1941](#) portant création d'un comité interprofessionnel du vin de Champagne pour ce qui concerne les délais de paiement, à quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture pour les achats de raisins et de moûts destinés à l'élaboration de vins ainsi que de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à [l'article 438](#) du même code. Spicca l'ammenda stabilita dal primo periodo dell'articolo, e la scelta di differenziare il trattamento normativo nell'ambito di (ancora più) specifiche tipologie di beni.

¹⁷³ Proprio per questo motivo, tuttavia, la scelta è stata criticata: “rimane il dubbio circa le motivazioni economiche di tale eccezione, atteso che i prodotti alimentari deteriorabili devono essere venduti in pochi giorni, per cui l'acquirente incassa in pochissimo tempo, ma paga a sessanta giorni, godendo in tal modo di una privilegiata liquidità rispetto agli altri imprenditori”. Cfr. A. Frignani e O. Cagnasso, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2003, 309

¹⁷⁴ La norma: “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

soluzione del legislatore italiano *diverge* da quella indicata nella direttiva: se in senso ancor più rigido, o in modo da non rispettare le previsioni europee, è materia di dibattito dottrinale¹⁷⁵. La nozione di prodotti alimentari deteriorabili è individuata, *per relationem* dall'articolo 2, lettera f) del d.lgs. 231/2002¹⁷⁶: a tal riguardo è interessante notare come la nozione accolta col decreto del 13 maggio 2003¹⁷⁷ diverga da quella, di cui al decreto del ministero della sanità del 16 dicembre 1993¹⁷⁸, applicata provvisoriamente ex art. 2 lettera f) del d.lgs. 231/2002, finendo per ritagliare, all'interno della ampia categoria prevista dal più risalente provvedimento, una più limitata cerchia di prodotti "freschi"¹⁷⁹. Come notato, dunque, mentre il tasso di interesse è, in materia, inderogabile, il termine per il pagamento può essere convenzionalmente modificato, purché le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti di cui all'articolo 4 del decreto. Resta da chiarire quali siano le conseguenze: di un accordo in deroga

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'articolo 5, comma 1, è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile.

Le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale di cui al comma 3 a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il Ministero delle attività produttive, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici".

¹⁷⁵ Cfr. sul punto A. Finessi, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 540 ss.

¹⁷⁶ "Prodotti alimentari deteriorabili" quelli definiti tali da apposito decreto del Ministro delle attività produttive. In sede di prima applicazione delle disposizioni di cui al presente comma, e comunque fino alla data di entrata in vigore del citato decreto del Ministro delle attività produttive, per prodotti alimentari deteriorabili si intendono quelli come tali definibili ai sensi dell'articolo 1 del decreto del Ministro della sanità in data 16 dicembre 1993, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 303 del 28 dicembre 1993

¹⁷⁷ Individuazione dei prodotti alimentari deteriorabili ai fini dell'applicazione del termine di pagamento di cui all'art. 4, comma 3, del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231. In G.U. n. 116 del 21 maggio 2003. "Sono considerati «prodotti alimentari deteriorabili», ai fini dell'applicazione del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, i prodotti che rientrano in una delle 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 involucri protettivi 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: aW superiore a 0,95 e pH superiore a 5,2 oppure aW superiore a 0,91 oppure pH uguale o superiore a 4,5; d) tutti i tipi di latte.".

¹⁷⁸ In G.U. n. 303 del 28 dicembre 1993.

¹⁷⁹ Cfr. S. Bolognini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 502 s.

non scritto; di un accordo in deroga scritto, ma non rispettoso dei limiti previsti dalla legge. Nel primo caso si tratterebbe di una nullità parziale, con applicazione ex art. 1419 cc. del termine di sessanta giorni; nel secondo caso saremmo in presenza di un accordo nullo ai sensi (e, si badi, con tutte gli effetti) dell'articolo 7 del d.lgs. 231/2002¹⁸⁰.

Conclusa l'analisi relativa ai termini di pagamento, devono ora essere analizzati i presupposti e la misura della responsabilità per il ritardato pagamento: la relativa disciplina è contenuta negli articoli 3 e 5 del d.lgs. 231/2002.

Iniziando dai presupposti, il primo comma dell'articolo 3 della direttiva, lettera c), prevede che “il creditore ha diritto agli interessi di mora se: i) ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge; e ii) non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto, a meno che il ritardo non sia imputabile al debitore.” La prima delle due condizioni non è stata *espressamente* replicata dal legislatore italiano. La lacuna, tuttavia, è facilmente colmabile in via interpretativa: si è già avuto modo di notare, in effetti, come non esista alcuna ipotesi nella quale gli interessi di mora decorrano prima della effettuazione della prestazione principale, a meno che tale decorrenza non sia autorizzata da una clausola contrattuale che preveda un pagamento a titolo di anticipazione. In questa ultima ipotesi gli interessi decorrerebbero, ex art. 4, primo comma, dalla scadenza del suddetto termine, prima e indipendentemente dalla consegna della merce o dalla prestazione del servizio.

La seconda condizione posta dalla normativa europea è stata recepita con l'articolo 3 del d.lgs. 231/2002: “il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori, ai sensi degli articoli 4 e 5, salvo che il debitore dimostri che il

¹⁸⁰ Cfr. A. Finessi, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 542 e relativi richiami, tra i quali quello alla Circolare del Ministero dell'economia e delle finanze del 14 gennaio 2003, in G.U. n. 19 del 24 gennaio 2003, che conferma tale impostazione.

ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile¹⁸¹.”. La regola¹⁸² non sorprende il giurista interno, essendo perfettamente sovrapponibile a quella di cui all'articolo 1218 del codice civile. Il tema è quello del ritardato adempimento di una obbligazione pecuniaria, tra peculiare natura del denaro, e impossibilità temporanea della obbligazione ex art. 1256 secondo comma c.c. In questa sede non è possibile nemmeno impostare il dibattito: ci si limiterà a qualche breve considerazione. A prescindere dalla natura della responsabilità di cui all'articolo 1218, se oggettiva¹⁸³, o fondata sulla colpa¹⁸⁴, il peculiare atteggiarsi del denaro quale cosa generica, porta generalmente la dottrina a concludere per la impossibilità di fornire la prova richiesta in via generale dall'articolo 1218¹⁸⁵: quanto al perimento del bene, le conclusioni giurisprudenziali in materia di cosa generica¹⁸⁶ sono ulteriormente rafforzate per quella particolare cosa generica che è il denaro (bene che, quale misura di valore, “non perisce”). Conclusioni analoghe possono essere raggiunte per le ipotesi di incapacità finanziaria del debitore¹⁸⁷. Resta quindi da chiedersi *quando* possa operare la esimente di cui

¹⁸¹ Si noti, peraltro, la differente impostazione adottata dalla legge 18 giugno 1998, n. 192 in materia di subfornitura: ai sensi dell'articolo 3, terzo comma, il debitore risponde del ritardo in maniera pressoché assoluta, potendo al limite profilarsi una inesigibilità della prestazione alla stregua della buona fede.

¹⁸² Giudicata da alcuni “sostanzialmente inutile” Cfr. V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 31.

¹⁸³ Per una sintesi delle opinioni espresse da G. Osti e L. Mengoni in tema di responsabilità per inadempimento cfr. C. Castronovo *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni in Europa e Diritto Privato*, 2008, I, 1 ss.

¹⁸⁴ Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 14 ss.

¹⁸⁵ Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 337 “Sebbene debba convenirsi, in linea di principio, che la mancata effettuazione del pagamento presenta la possibilità di una prova liberatoria della responsabilità, in concreto tale prova è difficile che sia data; e quindi, nella sostanza, la responsabilità del debitore sorge ineluttabilmente in dipendenza del fatto oggettivo del mancato pagamento.”.

¹⁸⁶ E' opinione consolidata che il debitore non possa liberarsi dalla responsabilità dimostrando il perimento dei beni che aveva destinato all'adempimento, né, a *fortiori*, l'impossibilità soggettiva di procurarseli: si vedano gli emblematici casi relativi alla estrema difficoltà di reperimento del greggio, dovuta alla nazionalizzazione del petrolio da parte della Libia, o quello relativo alla rarefazione dello zucchero sul mercato a seguito della guerra in Corea. In tutti questi casi potrebbero spettare al debitore, ricorrendone i presupposti, *ulteriori* rimedi come quello della eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. Cfr. G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 187.

¹⁸⁷ La giurisprudenza ha escluso che nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie possano rilevare quali esimenti da responsabilità circostanze personali riguardanti il debitore: così malattie, carcerazioni,

d.lgs. 231/2002. A questo punto è necessaria una precisazione: l'articolo 3 del decreto in commento non si riferisce (o meglio, non dovrebbe riferirsi) alla impossibilità *definitiva* della prestazione come nella su accennata ipotesi di perimento del bene. L'articolo 3 pone una esimente del tutto in linea con il disposto dell'articolo 1256, secondo comma, che disciplina la impossibilità temporanea della prestazione. Il richiamo al testo dell'articolo 1218, se non improprio, è quantomeno equivoco, dal momento che il legislatore avrebbe fatto meglio a formulare il testo dell'articolo 3 come segue: “*salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dalla impossibilità temporanea della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”. Coerentemente con la disciplina posta in materia di impossibilità temporanea della prestazione, dunque, è il ritardo incolpevole che non dà luogo a responsabilità, non la “impossibilità della prestazione” derivante da causa non imputabile al debitore. Ebbene, oltre al caso nel quale il puntuale adempimento, anche se oggettivamente possibile, risulti tuttavia inesigibile¹⁸⁸, si indica solitamente l'ipotesi nella quale il pagamento avvenga tramite intermediari autorizzati: se il ritardo fosse imputabile a costoro, infatti, stante l'estraneità dell'ordinante all'organizzazione imprenditoriale dell'intermediario, si potrebbe profilare per il debitore la non imputabilità del ritardo o del mancato buon fine dell'operazione¹⁸⁹. La posizione va precisata. Ed invero, com'è noto, il debitore che si avvalga nell'adempimento dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro. La giurisprudenza, peraltro, accoglie una nozione ampia di “ausiliario”, per cui, tanto nelle ipotesi in cui questi soggetti siano legati

sequestro di beni. Cfr. G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 189. Si noti, peraltro, che in base all'articolo 2740 c.c., se il debitore non ha sufficiente denaro al tempo della scadenza della obbligazione, risponderà comunque tramite i beni da lui successivamente acquistati.

¹⁸⁸ Ipotesi nelle quali non sia concepibile pretendere dal debitore un adempimento puntuale, stante il principio di buona fede. Si pensi alle ipotesi di calamità naturale. Cfr. A. Zaccaria, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* in *Studium iuris*, 2001, 267

¹⁸⁹ Così M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 29.

al debitore da vincolo di subordinazione, quanto nel caso che di essi lo stesso si sia assicurato la collaborazione limitatamente alle operazioni per il pagamento, l'esimente da responsabilità non potrebbe, a rigore, essere invocata¹⁹⁰. Diverso il caso nel quale la modalità di pagamento sia stata espressamente e puntualmente disciplinata nel contratto: in questo caso il regolamento contrattuale “incrementa le ipotesi di impossibilità sopravvenuta. Il debitore infatti può dimostrare di avere osservato tutte le modalità di pagamento contrattualmente previste, e che l'impossibilità temporanea di trasmissione e ricezione del danaro si è verificata nell'ambito del rispetto delle regole contrattuali”¹⁹¹.

La regola posta dall'articolo 3 va letta alla luce dei seguenti articoli 5 e 6: quest'ultimo, nello specifico, pare interessante, soprattutto alla luce delle appena accennate considerazioni in merito alla equivocità del testo dell'articolo 3. Ed invero, oltre agli interessi di mora, “Il creditore ha diritto al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli, salva la prova del maggior danno, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile”. In caso di ritardato pagamento, dunque, il debitore ha l'onere di *dimostrare* che il ritardo non sia a lui imputabile e il ritardo non è a lui imputabile quando derivi da impossibilità *temporanea* della prestazione derivante

¹⁹⁰ Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 166, il quale pone l'esempio dello sciopero “della banca” incaricata del pagamento, e ricorda la giurisprudenza in materia di pagamento tramite assegno, che considera adempiuta la prestazione di pagamento solo ove le somme confluiscano effettivamente sul conto del creditore. Da ultimo si confronti Cass., II sez. Civ. del 09 agosto 2011 n. 17127 in Giust. civ. Mass. 2011, 7-8, 1162. In materia di fallimento si veda però Cass., I sez. Civ. I, 28 febbraio 2011, n. 4820 in Guida al diritto 2011, 24, 62, in base alla quale “Ai sensi dell'art. 44 l. fall. sono inefficaci rispetto ai creditori i pagamenti eseguiti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento. La data del pagamento non è riferita al momento in cui la somma pagata entra nella disponibilità del creditore ma a quello in cui viene posto in essere dal debitore l'atto soddisfacente delle ragioni del creditore che procura il depauperamento del suo patrimonio e giustifica e legittima il trattamento giuridico, imposto dall'imprescindibile esigenza di salvaguardia della concorsualità e per essa dell'integrità della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c. Nel caso in cui il pagamento venga eseguito mediante assegno bancario, occorre, pertanto, aver riguardo alla data dell'addebito del relativo importo sul conto corrente del debitore”.

¹⁹¹ Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 167.

da causa allo stesso non imputabile¹⁹²: se la prova non viene fornita il risarcimento comprenderà gli interessi di cui all'articolo 5, i costi di recupero e il "maggior danno" di cui all'articolo 6. La regola di cui all'articolo 6, nello specifico, non è meramente riproduttiva di quella posta nell'articolo 1224 c.c.: a tacer di altro, in effetti, la disposizione del decreto, non replicando l'inciso finale dell'articolo 1224, apre la via al risarcimento dei danni ulteriori anche nella ipotesi in cui il tasso di interesse moratorio sia stato concordato dalle parti. Non è certo questa la sede per approfondire il delicato tema del maggior danno nel ritardato adempimento di una obbligazione pecuniaria¹⁹³: è possibile tuttavia

¹⁹² Appare fin troppo evidente che i concetti chiave in ordine alla responsabilità del debitore sono quelli di "impossibilità" e di "imputabilità": occorrerà chiarire, dunque, quando la prestazione possa dirsi impossibile, definitivamente o temporaneamente, e cosa si intenda per causa "imputabile" al debitore.

¹⁹³ Trattasi della annosa questione del "danno da svalutazione monetaria", e del rapporto tra tale danno, il concetto di rivalutazione monetaria, e natura e funzione degli interessi moratori. Sul punto pare opportuna qualche breve riflessione. Svalutazione monetaria è il fenomeno per il quale una determinata somma di denaro, nel corso del tempo, perde, in parte, il suo valore. La superiore definizione è, comprensibilmente, piuttosto generale: è possibile notare, ad esempio, che non esiste una univoca definizione di "valore": valore è l'attitudine delle cose a procurare utilità; il valore può essere d'uso, quando il bene sia atto a soddisfare immediatamente un bisogno, o di scambio, con ciò intendendo la capacità della cosa di essere scambiata con altre utili. Di regola ogni bene ha sia un valore d'uso che di scambio: il denaro, tuttavia, ha un valore eminentemente di scambio in quanto inidoneo a soddisfare *immediatamente* un bisogno.

Per valore nominale si intende l'attitudine del denaro a estinguere l'obbligazione pecuniaria mediante corresponsione di una quantità di pezzi monetari corrispondenti al multiplo o al sottomultiplo dell'unità di misura legale dell'ordinamento monetario indicato nella costituzione del debito.

Il denaro quindi si distingue dagli altri beni in quanto: può avere un valore "intrinseco", ha certamente un valore di scambio, è rilevante per l'ordinamento per il suo valore nominale. Stante le conseguenze che comporta lo stretto rispetto del principio nominalistico (com'è noto debitore e creditore corrono le sorti del deprezzamento-apprezzamento della moneta), è opportuno chiarire il motivo per cui il legislatore ha scelto di dar rilevanza ad esso.

A fronte della naturale tendenza alla svalutazione del denaro, tuttavia, si pone il principio di cui all'articolo 1227 c.c. in base al quale "i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale".

Il rigoroso rispetto del principio nominalistico, comunque, non importa la assoluta irrilevanza per l'ordinamento del fenomeno "inflattivo": già secondo autorevole, ma risalente, dottrina, infatti, la svalutazione monetaria potrebbe rilevare sub specie *damni* in caso di ritardato adempimento della obbligazione pecuniaria: ciò che si accetta come fisiologico, nel caso in cui il termine di adempimento, non contestuale al sorgere della obbligazione, venga rispettato, assume rilievo in caso di adempimento tardivo.

Occorre far riferimento, in proposito, alla disposizione di cui all'articolo 1224: i dubbi ermeneutici che si pongono all'interprete, a riguardo, sono molteplici. Occorre ad esempio chiedersi se, in caso di ritardato adempimento, il danno da svalutazione possa essere già compreso nella liquidazione forfettaria di cui al primo comma, di modo che "danno ulteriore" sarebbe ogni altra conseguenza pregiudizievole, per il creditore, derivante dal ritardato adempimento; oppure se il danno da svalutazione debba essere considerato come integralmente riconducibile al secondo comma, sancendo il primo unicamente il principio della naturale fecondità del denaro.

rilevare che, stante l'elevata misura degli interessi moratori di cui all'articolo 5, appare molto improbabile ipotizzare, per lo meno nella materia oggetto della nostra indagine, un danno da svalutazione che sporga rispetto agli stessi¹⁹⁴. A differenza del "danno ulteriore", ipotesi che non era stata prevista dal legislatore europeo¹⁹⁵, la previsione del primo periodo dell'articolo 6 pare perfettamente

Occorre quindi chiedersi i rapporti tra interessi moratori e svalutazione monetaria, per capire se i primi siano concepiti per mantenere indenne il creditore dagli effetti pregiudizievoli della seconda o se il danno da svalutazione possa dirsi "eccentrico" rispetto a ruolo e funzione degli interessi. Occorre poi comprendere i rapporti tra primo e secondo comma del 1224, onde comprendere se una richiesta ex comma secondo assorba quella ex comma primo con effetto sostitutivo. Occorre infine interrogarsi sui profili probatori: è opportuno notare che, in questa materia, ogni automatismo che riconoscesse il danno da svalutazione in ogni ipotesi di mora, con conseguente diritto per il creditore alla rivalutazione della somma dovuta, finirebbe per cancellare la differenza tra debiti di valore e debiti di valuta, azzerando il principio nominalistico.

Queste le linee generali della complessa tematica in commento. E' qui possibile aggiungere, unicamente, una ipotesi ricostruttiva ancorata al recente *dictum* delle Sezioni Unite in materia: mentre il danno da svalutazione è una somma pari alla differenza tra interessi moratori e rendimento dei titoli di stato, la rivalutazione comporta la attualizzazione del valore della prestazione dovuta. Se così è, mi pare di potere concludere, facendo leva sul secondo comma dell'articolo 1224, per il possibile concorso tra danno da svalutazione e interessi moratori. Diversamente ritengo non cumulabili rivalutazione e interessi moratori (nei debiti di "valuta") Le recenti S.U. del 16 luglio 2008, peraltro, chiaramente affermano che "posto che però che per i crediti di valuta si pone *non già un problema di cumulo di rivalutazione e interessi, ma solo di possibile riconoscibilità del maggior danno da svalutazione* indipendentemente da specifiche allegazioni probatorie." Ed è a tale sentenza che è adesso possibile, senz'altro, rinviare. Cfr. A. di Majo, *Il danno da svalutazione monetaria tra prove presuntive e regole di giudizio*, in *Corriere giuridico*, 2008, 11, 1564 ss.

¹⁹⁴ Ed invero, già nella posizione comune n. 36/1999, il Consiglio aveva ritenuto di non imporre agli Stati membri la previsione *anche* dell'*ulteriore* risarcimento, prevedendo, "ai fini di un compromesso politico", "di non inserire una clausola di risarcimento, *ma di fissare, invece, il margine a un livello notevolmente più elevato*". Dalle intenzioni del Consiglio sembra trasparire l'idea che il tasso di interesse molto elevato di cui alla nascente direttiva avrebbe compreso anche ogni ulteriore danno, con la sola esclusione dei costi di recupero del credito. Cfr. sul punto il *considerando* n. 17 della 2000/35 CE.

¹⁹⁵ L'art. 3, comma primo, lettera e) si limita a prevedere che "a meno che il debitore non sia responsabile del ritardo, il creditore ha il diritto di esigere dal debitore un risarcimento ragionevole per tutti i costi di recupero sostenuti a causa del ritardo di pagamento del debitore." La formulazione della norma appare coerente con quanto espresso nella posizione comune (ce) n. 36/1999 definita dal consiglio il 29 luglio 1999. Nelle motivazioni allegate a tale documento si legge: "il Consiglio non pur accettare la disposizione di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera j), della proposta modificata della Commissione. Detta disposizione obbliga gli Stati membri a consentire al creditore di esigere non solo gli interessi, ma anche un risarcimento per tutti gli altri danni subiti in conseguenza del ritardo di pagamento. Solo pochi Stati membri sono disposti ad accettare un'impostazione così ampia. Diversi Stati membri hanno invece chiesto il reinserimento di una disposizione più semplice, che obblighi gli Stati membri ad assicurare che al creditore sia riconosciuto il diritto di esigere un ragionevole risarcimento dei conti derivanti dal recupero dei crediti. Essi hanno inoltre affermato che il tasso di interesse fissato all'articolo 3, paragrafo 1, lettera d), della posizione comune non rafforza a sufficienza la posizione del creditore e che è opportuno inserire una nuova lettera e) limitata ai soli costi derivanti dal recupero dei crediti. Altri Stati membri non concordano con questa opinione e si sono detti contrari a detta disposizione, sostenendo che qualsiasi testo che trattasse del risarcimento introdurrebbe diverse incertezze giuridiche nel testo della

aderente a quanto previsto dalla direttiva: in seno a tale disposizione, completata con quella di cui al secondo comma del medesimo articolo, il legislatore italiano afferma il diritto del creditore al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli. L'espressione "costi di recupero" si riferisce a tutte le spese sopportate dal creditore per ottenere il pagamento senza limitazione, dunque, alle sole attività giudiziali, ma con apprezzabile estensione anche a quelle stragiudiziali: "sotto tale profilo si coglie la portata innovativa dell'art. 6 in commento, che impone il risarcimento dei costi di recupero senza distinguere tra spese legali"¹⁹⁶. Possono le parti escludere convenzionalmente il risarcimento dei costi di recupero? Non si vede perché no, sempre che, logicamente, la relativa pattuizione non risulti, nel contesto delineato dall'art. 7 del decreto, "gravemente iniqua"¹⁹⁷.

Occorre, in conclusione, porre la dovuta attenzione alla misura, e alla natura, degli interessi moratori di cui all'articolo 5. Come già sottolineato¹⁹⁸, e come fatto palese dal testo della 2000/35 CE¹⁹⁹, una delle principali preoccupazioni del legislatore europeo era quella di scoraggiare il c.d. "inadempimento efficiente": appare infatti evidente che se il debitore sa che il tasso di interesse di mora è inferiore al tasso che gli sarebbe richiesto per procurarsi liquidità aggiuntiva, preferisce razionalmente non adempiere e lucrare sulla differenza tra interessi di mora e interessi per il rifinanziamento della propria attività. Insomma, finché $m < i$, con m =saggio di interesse moratorio e i = costo del denaro, il debitore non

direttiva. Tenendo conto delle precedenti osservazioni, gli emendamenti nn. 14,15 e 17 del Parlamento europeo non possono essere mantenuti.

Ai fini di un compromesso politico il Consiglio ha deciso di non inserire una clausola di risarcimento *ma di fissare, invece, il margine a un livello notevolmente più elevato.*"

¹⁹⁶ Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 305.

¹⁹⁷ M. Grondona, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 106 s.

¹⁹⁸ Cfr. *supra* Cap. I, pagina 17 e seguenti.

¹⁹⁹ Nello specifico al *considerando* n. 16 per cui "(16) I ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri per i bassi livelli dei tassi degli interessi di mora e/o dalla lentezza delle procedure di recupero."

adempie o tende a non adempiere. Di qui il proposito europeo di elevare m ad un livello tale da rendere, in ogni caso, non profittevole il ritardo. All'articolo 5 del decreto di recepimento, il legislatore italiano fissa il tasso di interesse da ritardo in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali, con la precisazione che il saggio di riferimento in vigore il primo giorno lavorativo della Banca centrale europea del semestre in questione si applica per i successivi sei mesi. Di seguito una tabella riepilogativa dell'andamento dei tassi di interesse (2002-2011)

DAL	AL	TASSO	RIFERIMENTO
1.07.2002	31.12.2002	10,35%	G.U. 33 del 10.2.2003
1.01.2003	30.06.2003	9,85%	G.U. 33 del 10.2.2003
1.07.2003	31.12.2003	9,10%	G.U. 160 del 12.7.2003
1.01.2004	30.06.2004	9,02%	G.U. 11 del 15.1.2004
1.07.2004	31.12.2004	9,01%	G.U. 159 del 9.7.2004
1.01.2005	30.06.2005	9,09%	G.U. 5 del 8.1.2005
1.07.2005	31.12.2005	9,05%	G.U. 175 del 29.7.2005
1.01.2006	30.06.2006	9,25%	G.U. 10 del 13.1.2006
1.07.2006	31.12.2006	9,83%	G.U. 158 del 10.7.2006
1.01.2007	30.06.2007	10,58%	G.U. 29 del 5.2.2007
1.07.2007	31.12.2007	11,07%	G.U. 175 del 30.7.2007
1.01.2008	30.06.2008	11,20%	G.U. 35 del 11.2.2008
1.07.2008	31.12.2008	11,10%	G.U. 169 del 21.7.2008
1.01.2009	30.06.2009	9,50%	G.U. 26 del 2.2.2009
1.07.2009	31.12.2009	8,00%	G.U. 199 del 28.8.2009
1.01.2010	30.06.2010	8,00%	G.U. 40 del 18.2.2010
1.07.2010	31.12.2010	8,00%	G.U. 190 del 16.8.2010
1.01.2011	30.06.2011	8,00%	G.U. 31 del 8.2.2011

Appare dunque evidente che il tasso di interesse legale stabilito dal decreto si compone di due elementi: una parte “variabile”, consistente nel saggio applicato dalla Banca centrale europea alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale²⁰⁰; e una “fissa”, pari a sette punti percentuali.

²⁰⁰ Le operazioni di rifinanziamento principali (ORP) forniscono la liquidità necessaria al sistema bancario con frequenza e scadenza settimanali. Sono effettuate secondo un calendario predeterminato annualmente. Tenendo conto dei dati aggregati a livello di area dell'euro, il Comitato esecutivo della BCE fissa il volume di liquidità da fornire sulla base del fabbisogno stimato di liquidità del sistema bancario per il periodo di durata dell'operazione. Attualmente le operazioni sono condotte mediante asta competitiva a tasso variabile con tasso minimo di offerta. Tale tasso, fissato dal Consiglio direttivo della BCE, segnala l'orientamento della politica monetaria. Nel partecipare alle aste le controparti indicano l'ammontare di liquidità richiesto e il tasso di interesse al quale sono disposte ad effettuare l'operazione. Le operazioni di rifinanziamento a più lungo termine (ORLT) sono effettuate mensilmente, tramite l'offerta di fondi per la durata di tre mesi. Queste operazioni vengono utilizzate per regolare la liquidità, ma non per segnalare l'orientamento della politica monetaria. Sono effettuate mediante asta a tasso variabile (senza tasso minimo) con l'indicazione preventiva dell'ammontare dei fondi offerti. *Fonte:* http://www.bancaditalia.it/banca_mercati/polmon/infop/calendario_asta; Si confronti anche il sito internet della Banca centrale europea che così individua gli strumenti di politica monetaria: “Per conseguire l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi, l'Eurosistema dispone di un insieme di strumenti di politica monetaria.

Operazioni di mercato aperto

Lo strumento più importante è rappresentato dalle operazioni di mercato aperto, che servono a

- . influenzare i tassi di interesse,
- . regolare la liquidità del mercato monetario,
- . segnalare l'orientamento di politica monetaria.

Possono essere suddivise in quattro categorie:

- operazioni di rifinanziamento principali, ovvero operazioni temporanee di immissione di liquidità, con frequenza e scadenza settimanale;
- operazioni di rifinanziamento a più lungo termine, effettuate sotto forma di operazioni temporanee finalizzate all'immissione di liquidità, con frequenza mensile e, di norma, scadenza a tre mesi;
- operazioni di regolazione puntuale (*fine tuning*) che, condotte senza una cadenza prestabilita, mirano a regolare la liquidità del mercato monetario e a controllare l'evoluzione dei tassi di interesse; in particolare, sono volte ad attenuare gli effetti di squilibri di liquidità imprevisti sui tassi di interesse;
- operazioni strutturali, effettuate quando la BCE intende modificare la posizione strutturale di liquidità dell'Eurosistema nei confronti del settore finanziario (su base regolare o non regolare) ossia, ad esempio, l'ammontare di liquidità a più lungo termine presente nel mercato. Possono essere condotte mediante operazioni temporanee o definitive, oppure tramite l'emissione di certificati di debito della BCE.

Operazioni attivabili su iniziativa delle controparti

L'Eurosistema prevede inoltre operazioni attivabili su iniziativa delle controparti, che sono finalizzate a immettere o assorbire liquidità *overnight*. I tassi di interesse applicati a queste operazioni costituiscono in genere un limite minimo e un limite massimo per il tasso di interesse *overnight* del mercato monetario.

Si suddividono in due categorie:

- operazioni di rifinanziamento marginale, con le quali le controparti (cioè istituzioni finanziarie come le banche) ottengono liquidità *overnight* dalle banche centrali nazionali, a fronte di attività idonee stanziate a garanzia;
- operazioni di deposito utilizzabili dalle controparti per costituire depositi *overnight* presso le banche centrali nazionali.

Nel caso in cui il ritardo abbia a protrarsi per più semestri, si pone l'alternativa tra applicazione, per tutto il periodo, dell'ultimo saggio di interesse, o applicazione di quello operante in ciascun semestre del periodo: conformemente a quanto già si pratica per il computo degli interessi moratori nel diritto comune, deve ritenersi preferibile la seconda ipotesi.

La misura, molto elevata, degli interessi *legali* di cui all'articolo 5, ha vivamente interessato la dottrina. Appare evidente come il tasso determinato dalla disposizione in esame esuli dalla mera funzione compensativa, assumendo anche connotati dissuasivi per l'inadempiente. Ciò, del resto, è perfettamente in linea con quanto auspicato dalla 2000/35 CE che, al *considerando* n. 16, auspicava che ad un ritardo di pagamento fossero collegate "conseguenze dissuasive". E così, secondo alcuni autori, gli interessi moratori di cui al d.lgs. 231/2002 assumono da un lato, una funzione compulsiva (il debitore sa che se non paga in tempo sarà assoggettato ad un esborso economico superiore al vantaggio ottenuto dalla detenzione/utilizzo della liquidità), dall'altro una funzione propriamente sanzionatoria (il debitore sa che se non adempie puntualmente sarà tenuto a corrispondere al creditore una somma di denaro certamente non inferiore al danno da questi subito, ma anzi, molto spesso, addirittura superiore)²⁰¹. La funzione svolta dagli interessi moratori nelle

Riserva obbligatoria

Infine, l'Eurosistema richiede agli enti creditizi di detenere riserve obbligatorie su conti accesi presso le banche centrali nazionali. La finalità del regime di riserva obbligatoria è stabilizzare i tassi di interesse del mercato monetario e creare (o ampliare) il fabbisogno strutturale di liquidità.

Fonte: <http://www.ecb.int/home/html/index.en.html>

²⁰¹ Cfr. M. Grondona, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 55 s.; R. Conti, *Il d.lgs. n.231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Corriere Giuridico*, 2003, 111; E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 285 per il quale "Il saggio di interessi di cui all'articolo 5 ha evidente natura punitiva, conformemente alla finalità repressiva del ritardo dei pagamenti perseguita dalla legge. Non sembra possa parlarsi di pena privata, perché si tratta pur sempre di un saggio legale, applicabile quando convenzionalmente non sia diversamente disposto. Peraltro, è da rilevare che la misura del saggio degli interessi fuoriesce dalla dimensione normale degli interessi legali, diretta a fornire un prestabilito risarcimento del danno per l'inesatto adempimento costituito dal ritardo del pagamento. In ciò emerge la funzione dissuasiva del ritardo perseguita dalla legge".

transazioni commerciali, in definitiva, avvicina l'istituto di cui all'articolo 5 del decreto alle logiche proprie della clausola penale. Il punto merita di essere approfondito. La clausola penale, com'è noto, permette ai privati di realizzare funzioni differenti: rafforzare o aggiungere la sanzione privata a quella normalmente predisposta dall'ordinamento con una flessione in senso punitivo/repressivo nei confronti dell'inadempimento; creare un mezzo di induzione all'adempimento; snellire la eventuale fase contenziosa legata all'inadempimento e alla determinazione del danno risarcibile. Le funzioni così accennate paiono proprie *anche* degli interessi moratori *legali* di cui al d.lgs. 231/2002, che in definitiva tendono ad assumere i connotati di una clausola penale legislativamente prevista.

Com'è noto, peraltro, il tasso di cui all'articolo 5 è derogabile da parte dei privati. Orbene, è opinione diffusa che la clausola con la quale i privati convengano la misura degli interessi moratori sia giuridicamente qualificabile come una clausola penale per il ritardo nell'adempimento²⁰². Se così è la conseguenza è chiara: nelle transazioni commerciali, laddove l'articolo 7 svolge il compito di limite alla derogabilità del tasso legale “verso il basso”, l'articolo 1384 cc. assume il ruolo specularmente opposto, legittimando il Giudice a ridurre, anche d'ufficio, il tasso convenzionale di importo manifestamente *eccessivo*²⁰³. In conclusione, se gli interessi di cui all'articolo 5 assumono i connotati di una clausola penale legislativamente prevista, la conseguenza è che

²⁰² Cfr. M.C. Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca* a cura di Galgano, artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 1979, 366; Id., *Diritto civile*, 5, *la responsabilità*, Milano, 1994, 85; S. Mazzaresse, *Clausola penale*, in *Il codice civile, commentario diretto da Schlesinger*, Milano, 1999, 235

²⁰³ Per i rapporti tra interessi convenzionali nelle transazioni commerciali e usura cfr. A. Riccio, *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contratto e impresa*, 2004, 554 ss.

Considerazioni approfondite circa i punti di contatto, e di distacco, tra gli interessi di cui all'articolo 5, e la clausola penale, saranno svolte nel corso del prossimo paragrafo.

agli stessi *non* può essere assegnata funzione di danno punitivo come tale funzione non può essere assegnata alla clausola penale²⁰⁴.

²⁰⁴ Com'è noto la giurisprudenza italiana è ferma nell'escludere ogni ipotesi di "ingresso", nel nostro ordinamento, di ipotesi di *punitive damages*. Da un lato viene negata la riconducibilità di alcuni istituti propri del diritto italiano alla nozione di danni punitivi (si pensi alla clausola penale, all'ipotesi di responsabilità aggravata ex articolo 96 c.p., al risarcimento del danno non patrimoniale o ambientale, alla disposizione di cui all'articolo 125 del codice della proprietà industriale), dall'altro si nega la efficacia esecutiva di sentenze straniere di condanna, ove la misura del risarcimento abbia funzione punitiva. Ai fini della nostra indagine è dunque interessante illustrare le ragioni per le quali la clausola penale non possa essere assimilata ad una ipotesi di *punitive damages*. Nel rinviare, quanto a natura, finalità e limiti dei danni punitivi nel diritto statunitense e inglese a G. Spoto, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Europa e diritto privato*, 2007, IV, 1129 ss., è qui possibile affermare che, mentre nella ipotesi di cui all'articolo 1382 c.c. la somma è dovuta in assenza di danno, la ragione stessa che sta alla base dei danni punitivi osta ad una condanna *esemplare* per un comportamento che, in ipotesi, non abbia prodotto alcun danno. Inoltre, mentre l'ammontare della penale è conosciuto dai contraenti al momento della stipula del contratto (e ciò, si badi, vale anche nella ipotesi di cui all'articolo 5 del d.lgs. 231/2002), i *punitive damages* vengono determinati a seguito di un processo. L'ammontare della penale, infine, è determinato dalle parti e può essere ridotto dal giudice, anche di ufficio. Se queste sono le ragioni che ostano, in via particolare, alla assimilazione tra clausola penale e danni punitivi, ve ne sono altre, di carattere generale, che impediscono comunque l'ingresso di questi ultimi nell'ordinamento italiano. Si ritiene infatti che l'idea di una "punizione", assegnata al danno civilistico, contrasti con l'ordine pubblico italiano. Ed invero, anzitutto il nostro ordinamento, basato sulla bipartizione tra diritto civile e penale, e, all'interno di quest'ultimo, tra pene e misure di sicurezza, impedisce la possibilità di istaurare una azione civile avente finalità persecutoria, con vantaggi per la sola parte offesa; in secondo luogo non è concepibile che una *pena* sia conoscibile per chi viene condannato solo al momento della condanna e non prima (*nulla poena sine lege*). In conclusione, dunque, laddove è certamente assegnabile alla responsabilità civile un ruolo anche deterrente, oltre che riparatorio (se non addirittura di tecnica ottimale di allocazione del danno in capo a chi, prima del suo verificarsi, si è trovato nella condizione di poter ponderare costo del danno e costo del risarcimento), certamente estranea al diritto interno è l'idea della *punizione*, idea ancora propria del solo diritto penale.

Quanto fino ad ora affermato spiega, dunque, la differenza tra clausola penale e danno punitivo. Le considerazioni svolte possono tuttavia estendersi al rapporto tra danno punitivo e interessi di cui al decreto in commento: anche in questo caso, a ben vedere, l'istituto ha una funzione deterrente e compulsoria, ma non *punitiva*; gli interessi sono dovuti anche in assenza di prova del danno subito; l'ammontare degli interessi è predeterminato dalla legge, e non dal giudice (si noti, però, che in caso di accordo gravemente iniquo, qualora il giudice decidesse di ricondurre ad equità l'accordo, la misura degli interessi di mora sarebbe diversa sia da quella originariamente pattuita, e ritenuta iniqua, sia da quella fissata dalle parti: in questo caso, tuttavia, manca proprio la funzione di punizione, proprio perché l'ammontare del saggio *giudiziale* sarà fissato in base ai parametri di cui all'articolo 7, e non nell'ottica di punire il danneggiante. Una eventuale rideterminazione degli interessi in una misura tale da superare il tasso legale con l'intenzione di punire il debitore potrebbe, in effetti, superare la logica della mera deterrenza).

Si noti, in conclusione, e in relazione alla eventualità che gli interessi di mora superino il danno arrecato, che "non tutto ciò che supera la soglia del danno va ascritto per ciò solo all'area della sanzione. Né in diritto civile viene fatto divieto di oltrepassare la linea del danno, la quale si rivela in effetti invalicabile soltanto se una tale conseguenza la si voglia ottenere per il tramite di una responsabilità civile ormai secolarizzata" Cfr. *La comminatoria di cui all'articolo 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità della prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, IV, 979. L'A. precisa, in relazione alla comminatoria di cui all'articolo 614 bis c.p.c. che "il di più rispetto al danno che l'art. 614 bis c.p.c. riconosce al soggetto tutelato *non mira con ogni evidenza ad affliggere il condannato mediante una condanna esemplare* con esiti di prevenzione generale e speciale; ma, molto più semplicemente, persegue l'obiettivo di rendere economicamente inefficiente la persistenza nell'inadempimento o la riottosità a conformarsi all'ordine del

2.5 La disciplina della riserva di proprietà

Ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2000/35 CE, “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.”. La *ratio* della norma è evidente: l'istituto del riservato dominio costituisce formidabile strumento di tutela del contraente debole, il quale, a fronte della immediata consegna della merce “fornita”, corre il rischio di non ottenere, o di ottenere con ritardo, il pagamento dovuto. In tale ottica, il permanere del diritto di proprietà sulla merce oggetto di vendita costituisce per il creditore innegabile vantaggio.

La norma deve essere letta in ragione dello strumento tecnico nella quale è versata: com'è noto, la direttiva in materia di ritardi di pagamento era destinata a spiegare i propri effetti in tutti gli ordinamenti dei paesi membri, ordinamenti i quali ben avrebbero potuto ignorare l'istituto della riserva di proprietà. La finalità della disposizione, tuttavia, non pare essere la creazione di un diritto uniforme sul punto: a ben vedere, l'istituto della riserva di proprietà è potenzialmente idoneo ad incidere sul punto cruciale del trasferimento del diritto, tema che, ad esempio, tradizionalmente separa il sistema italiano e quello francese da quello tedesco²⁰⁵. La norma sembra dunque destinata, in presenza di alcuni requisiti “minimi”, a garantire che i singoli Stati membri non neghino al venditore la tutela che la riserva stessa rappresenta. I requisiti cui si è appena accennato sono: struttura bilaterale, manifestazione espressa di volontà delle

giudice.”. Proprio in tal modo, utilizzando le parole dell' A. cit., il di più che l'art. 5 del d.lgs. 231/2002 riconosce rispetto al danno *non mira ad affliggere il condannato mediante una condanna esemplare* con esiti di prevenzione generale e speciale; ma, molto più semplicemente, persegue l'obiettivo di rendere economicamente inefficiente la persistenza nell'inadempimento, esattamente in linea con il più volte citato *considerando* n. 16 della 2000/35 CE.

²⁰⁵ Cfr. M. Girolami, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 684.

parti, anteriorità della conclusione del patto rispetto alla consegna dei beni venduti. Il requisito della espressa pattuizione, nello specifico, se pare superfluo in relazione all'ordinamento italiano, non lo è di certo in relazione al sistema tedesco, sistema nel quale ben può accadere che un accordo di tale tenore venga a formarsi tacitamente²⁰⁶.

Quanto alla necessaria anteriorità del patto rispetto alla conclusione della vendita, la norma pare del tutto in linea con quanto già sostenuto da dottrina e giurisprudenza italiana: in virtù del principio del consenso traslativo, un patto di riservato dominio successivo alla conclusione della vendita sarebbe nullo per mancanza di causa. Così non è, ancora una volta, nel sistema tedesco, ove non vige il principio del consenso traslativo.

Da quanto sopra sinteticamente esposto si intuisce perché, a rigore, un recepimento della norma di cui all'articolo 4 non sarebbe stato necessario nel nostro ordinamento²⁰⁷. Non solo: si intuisce anche il ruolo, per il vero piuttosto marginale, che l'attuazione dell'articolo 4 della direttiva ha giocato nell'ambito della complessiva trasposizione operata con il d.lgs. 231/2002. Nell'intenzione del legislatore, invero, il decreto di attuazione non avrebbe dovuto contenere norme in materia di riserva di proprietà. E così, mentre lo schema di decreto legislativo per l'attuazione della 2000/35 CE approvato dal consiglio dei ministri il 20 settembre 2002 non prevedeva disposizioni a riguardo, nel testo definitivo

²⁰⁶ Cfr. ancora Cfr. M. Girolami, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 688 : "In quell'ordinamento, infatti, è concesso al venditore (gravato dalla obbligazione di porre in essere il negozio dispositivo di trasferimento) di proporre una *Ubereignung* (che è l'accordo sul trasferimento della proprietà) condizionata al pagamento integrale del prezzo, in esecuzione di un negozio obbligatorio che non conteneva originariamente alcuna menzione circa la riserva di proprietà. E il patto di riservato dominio può, così, perfezionarsi con la semplice accettazione della merce da parte del compratore, senza bisogno che sia manifesta una esplicita volontà a riguardo."

²⁰⁷ E invero, dall'analisi della disciplina di cui agli articoli 1523 ss. c.c., così come interpretata da dottrina e giurisprudenza, emerge da un lato, la necessità che il patto di riservato dominio sia stipulato espressamente, dall'altro la necessità che lo stesso sia anteriore o, quanto meno, contestuale al contratto di vendita: se queste condizioni sono soddisfatte, il venditore/creditore gode della tutela auspicata dalla normativa europea, con la precisazione che, logicamente, il patto è opponibile ai creditori dell'acquirente solo se risulta da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento.

del decreto si è ritenuto di collocare tra le “norme transitorie e finali” una regola in materia di opponibilità ai terzi, motivata con l’opportunità di dettare una disciplina più dettagliata rispetto a quella vigente²⁰⁸.

L’art. 11, comma terzo del d.lgs. 231/2002 dispone che “La riserva della proprietà di cui all’art. 1523 del c.c., preventivamente concordata per iscritto tra l’acquirente e il venditore, è opponibile ai creditori del compratore se è confermata nelle singole fatture delle successive forniture aventi data certa anteriore al pignoramento e regolarmente registrate nelle scritture contabili”.

La disposizione si pone, idealmente, come un articolo 1524 comma 1 *bis* del codice civile, comma che così potrebbe essere formulato “in ipotesi di transazione commerciale ai sensi degli articoli 1 e 2 del d.lgs. 231/2002, la riserva di proprietà, di cui all’articolo 1523, preventivamente...”. Resta invece integralmente applicabile, per il caso di vendita di “macchine”, il comma 2 della medesima disposizione.

La norma desta alcune perplessità ermeneutiche. La prima attiene alla forma: nella originaria sistematica codicistica la forma scritta era ritenuta necessaria, eccettuato il caso di vendita immobiliare, solo ai fini della opponibilità del patto stesso. Con la formulazione dell’articolo 11 del d.lgs. in commento, al contrario, il legislatore pare richiedere la forma scritta (prima ancora che per la opponibilità) per la validità del patto stesso²⁰⁹. Ad onor del vero, tuttavia, la

²⁰⁸ Ma forse anche da ragioni “fiscali”: cfr. infatti la disposizione nella parte in cui, ai fini della opponibilità ai terzi, richiede la *regolarità contabile* delle fatture nelle quali la pattuizione è “confermata”. Non sarebbe del resto la prima volta che il legislatore detta, in ambito civilistico, disposizioni destinate a spiegare effetti anche in ambito fiscale, basti pensare alla norma di cui all’articolo art. 1, comma 346, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, a norma del quale i contratti di locazione o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento di unità immobiliari ovvero di loro porzioni sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non siano registrati; o alla trascrivibilità del contratto preliminare, introdotta con legge 28 febbraio 1997, n. 30 di conversione con modificazioni, del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669, recante *disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile* a completamento della manovra di finanza pubblica per l’anno 1997, che prevede tale istituto limitatamente ai preliminari risultanti da atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

²⁰⁹ Così V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 121.

formula legislativa non sembra così “chiara” nel senso prospettato, anzi, dal tenore letterale della disposizione, si potrebbe pervenire ad interpretazione opposta: il patto di riservato dominio sarebbe opponibile, sussistendo le condizioni previste dalla norma, (solo) se preventivamente²¹⁰ concordata per iscritto. La forma, in definitiva, pare influire esclusivamente a fini dichiarativi.

Quanto alla opponibilità, poi, è evidente che ad essere anteriore al pignoramento non dovrà essere il “patto”, come dispone l’articolo 1524, ma “le singole fatture” che tale patto “confermano”: “la *ratio* della nuova disposizione sembra essere quella di assicurare maggiori possibilità di opporre efficacemente la riserva di proprietà ai creditori del compratore, sul presupposto che tale pattuizione tuteli efficacemente il creditore-venditore nei confronti dei possibili inadempimenti del debitore. In tale ottica, il legislatore non richiede più, ai fini della opponibilità ai terzi creditori, che il patto di riservato dominio sia stipulato con atto avente data certa – purché risulti da atto scritto – limitandosi a richiedere che tale requisito sussista per le successive fatture, riproduttive di tale patto”²¹¹.

Per tanto, affinché il patto di riservato dominio ex art. 11 d.lgs. 231/2001 possa essere opposto ai creditori dell’acquirente: deve essere redatto in forma scritta; deve essere confermato nelle singole fatture delle successive forniture;

²¹⁰ Non si comprende bene a quale momento si riferisca il legislatore quando utilizza il termine “preventivamente”. Di certo non alla conclusione del contratto: sarebbe irragionevole pensare che la legge richieda la priorità temporale dell’accordo sul riservato dominio rispetto alla conclusione della vendita. Probabilmente trattasi della ripetizione della norma di cui all’articolo 4 della direttiva, norma per la quale la riserva della proprietà doveva essere concordata “prima” della consegna dei beni. Ma tale previsione risulta superflua in un ordinamento come il nostro ove, vigendo il sistema del consenso traslativo, il riservato dominio non può che precedere, o essere contestuale, alla *vendita*, vale a dire, all’accordo che la perfeziona prima e indipendentemente dalla consegna.

²¹¹ V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 121. L’Autore ricorda peraltro il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia di opponibilità del riservato dominio: “mentre la prevalente giurisprudenza affermava l’inefficacia e l’inopponibilità ai creditori del compratore del patto di riservato dominio registrato successivamente alla vendita, parte della dottrina sosteneva che la data del patto non occorre fosse resa certa contemporaneamente alla stipulazione del patto, essendo sufficiente che ciò avvenisse prima del pignoramento.”.

tali fatture devono avere data certa anteriore al pignoramento²¹²; tali fatture devono essere regolarmente registrate nelle scritture contabili.

Resta da chiedersi cosa intenda il legislatore quando richiede la “conferma” del patto nelle “successive forniture”. Per quel che riguarda il *quantum* della informazione, la fattura dovrà contenere, se non l’intero testo del patto in questione, quantomeno un riferimento preciso ed in equivoco allo stesso²¹³. Quanto al termine “successive”, si ritiene che lo stesso si riferisca al contratto di vendita cui accede il patto e non, ad esempio, ad ogni successiva fattura attinente ad altri rapporti contrattuali tra gli stessi soggetti. L’utilità di tale formalità si spiega non tanto nel caso di vendita che abbia ad oggetto una unica consegna di beni determinati, quanto in relazione a contratti che si proiettano nel tempo, come quello di somministrazione²¹⁴.

Una ultima questione riguarda l’applicabilità della normativa descritta nell’ambito di una procedura fallimentare, e ciò in ragione della esclusione di cui all’articolo 1 lett. a) del d.lgs. 231/2002: si deve tuttavia ritenere che la norma da ultimo citata concerna solo le norme prettamente “tecniche” del decreto, vale a dire quelle inerenti alla disciplina delle obbligazioni pecuniarie, mentre non riguardi quelle atte a regolamentare altri aspetti della materia²¹⁵.

²¹² Si devono considerare applicabili le disposizioni di cui all’articolo 2704 c.c. e, in particolare, quelle relative alle quietanze: stante la regola di cui all’ultimo comma dell’articolo in questione, anche la regolare registrazione della fattura nelle scritture contabili potrà essere apprezzata dal Giudice per appurarne la priorità rispetto al pignoramento, stante la facoltà riconosciuta dalla norma di ammettere qualsiasi mezzo di prova “tenuto conto delle circostanze”. Altro strumento “pratico” potrebbe essere il bollo o timbro postale, apposto sul piego in modo tale che tale timbro risulti anche sul foglio cartaceo contenente la fattura.

²¹³ Ci si chiede se tale onere debba essere assolto anche qualora le parti abbiano reso certa la data *del patto*: in questo caso, probabilmente, richiedere che anche le singole fatture siano munite di data certa risulta eccessivo e comunque eccentrico rispetto alle finalità della legge.

²¹⁴ Quanto al dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di contratti “quadro” si veda M. Girolami, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 693 ss che conclude, peraltro, per l’applicabilità della normativa di cui all’articolo 11 d.lgs. 231/2002 anche in tali ipotesi.

²¹⁵ Per un approfondimento si veda M. Girolami, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 695 s.

2.6 Il rapporto con le vigenti disposizioni codicistiche

Ai sensi dell'articolo 11, comma secondo, del decreto in commento “Sono fatte salve le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengono una disciplina più favorevole per il creditore”.

La norma introduce una delle questioni più controverse poste dal d.lgs. 231/2002²¹⁶. Profilandone un criterio “comparativo”, il legislatore da un lato, lascia all'interprete il delicato ruolo di stabilire *cosa* debba intendersi per disciplina più favorevole e *quali* dovranno esserne le conseguenze; dall'altro prende le distanze da quanto disposto, in materia di rapporto di consumo, dall'articolo 135 del d.lgs. 206/2005: nella norma da ultimo richiamata, si afferma infatti che “Le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico. Per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita”. La prospettiva pare evidentemente diversa: mentre la norma consumeristica garantisce al consumatore sia le tutele offerte dalla legislazione nazionale sia quelle espressamente previste da quella di origine “comunitaria”, la norma di cui all'articolo 11 del d.lgs. 231/2002, aprendo la via ad un giudizio “comparativo”, pare comportare la applicabilità delle sole norme più favorevoli. Attenzione: non necessariamente dell'*intera* disciplina, ma,

²¹⁶ La genesi delle questioni ermeneutiche cui si è accennato, e che saranno sviluppate nel testo, è in realtà “a monte”: la scelta di inserire le nuove norme in un provvedimento esterno al codice civile pone, inevitabilmente, problemi di coordinamento tra la normativa “speciale” introdotta con il d.lgs. 231/2002, e quella “generale” in materia di obbligazioni pecuniarie e singoli tipi contrattuali. Analizzando la disciplina di cui alla direttiva 2000/35 CE Autorevole dottrina aveva infatti precisato che “ dovrà essere introdotta una norma speciale che stabilisca un termine legale di trenta giorni, con decorrenza dai *dies* indicati dalla direttiva, da valere nei casi in cui le parti non abbiano fissato il tempo dell'adempimento”. Cfr. L. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 79. La norma auspicata è stata introdotta: trattasi di quella di cui all'articolo 4 del d.lgs. 231/2002. E' la clausola di salvezza di cui al successivo articolo 11 che pone il problema di coordinamento, anche perché, in una disciplina che aspira ad essere tendenzialmente auto-sufficiente come quella posta dal decreto in commento (si veda ad esempio la norma di cui all'articolo 3 che riproduce quella di cui all'articolo 1218 c.c.), tale riserva pare non chiaramente giustificabile. La clausola di cui all'articolo 11 è, invero, conforme alla possibilità prevista dall'articolo 6.2 della direttiva di “lasciare in vigore norme che siano più favorevoli al creditore di quelle necessarie per conformarsi alla presente direttiva”: è il *modo* con cui il nostro legislatore ne ha dato attuazione a destare perplessità.

secondo una particolare ipotesi dottrinale, anche di quella singola porzione che risulta essere in concreto più favorevole *al creditore*. Un esempio chiarirà il concetto: in caso di vendita di beni di consumo l'acquirente godrà, oltre che della garanzia legale di conformità di cui agli articoli 128 ss. del codice del consumo, anche della garanzia per evizione di cui agli articoli 1483 ss. del codice civile; in caso di vizio del bene il consumatore potrà scegliere di agire ex articoli 1492 ss. c.c. o ex articoli 128 ss. cod. consumo. Nella ipotesi di vendita qualificabile come transazione commerciale, in relazione alla quale non sia stato fissato il termine per il pagamento del prezzo, si applicherà l'articolo 4 del d.lgs. 231/2002, il pagamento dovrà avvenire al momento della consegna, come dispone l'articolo 1498 c.c.? Quale delle due discipline è "più favorevole al creditore"? Si potrebbe dire: quella di cui all'articolo 1498 che prevede un pagamento *immediato* a fronte di una regola, quella posta dal d.lgs. 231/2002, che differisce il pagamento di almeno trenta giorni da uno degli eventi in esso contemplati. Non è detto. Il comma terzo del medesimo articolo 1498, letto in combinato disposto con il comma secondo, qualifica chiaramente l'obbligazione di pagare il prezzo al momento della consegna come "*querabile*": gli interessi moratori, nella contenuta misura di cui all'articolo 1284, decorrerebbero dal momento della costituzione in mora.

Il problema sta dunque nel stabilire se il giudizio comparativo debba essere posto tra le norme di cui al decreto e le norme codicistiche, considerate unitariamente; o se si debba, o possa, effettuare un giudizio comparativo atomistico, di guisa che la normativa applicabile sarebbe quella risultante dalla *combinazione* di tutte le norme più favorevoli al creditore (nell'esempio fatto gli interessi moratori decorrerebbero dal momento della consegna, senza necessità di costituzione in mora, al tasso di cui al decreto).

Una chiara indicazione pare pervenire dalla giurisprudenza di merito "*In ipotesi di pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione*

commerciale, (...) non è consentito al creditore scegliere, a seconda delle sue convenienze, la disciplina da applicare, desumendola vuoi dal decreto "de quo", vuoi dalle più favorevoli disposizioni codicistiche e di leggi speciali eventualmente previgenti a tanto non facoltizzando la clausola di riserva dell'art. 11 comma 2 d.lg. cit., secondo cui sono fatte salve le vigenti disposizioni che contengono una disciplina più favorevole per il creditore."²¹⁷

La dottrina è divisa. Possono esemplificarsi quattro tesi: “della interpretazione minima”; “della scelta in blocco”; della “combinazione integrale”; della combinazione “attenuata”²¹⁸.

Secondo la prima, l’articolo 11 comma secondo del d.lgs. 231/2002, dovrebbe interpretarsi “in senso riduttivo, riconoscendo che le disposizioni più favorevoli per il creditore possono o debbono venire in considerazione soltanto per colmare le lacune eventualmente presenti nella disciplina contenuta nel decreto, senza però mai potere condurre ad una disapplicazione delle norme di quest’ultimo”.²¹⁹ Una conclusione del genere, tuttavia, pare adattarsi alla disposizione di cui al secondo comma dell’art. 135 codice del consumo, mentre mal si presta ad essere sussunta entro quella di cui all’articolo 11 del decreto in commento.

²¹⁷ Tribunale Roma sez. II, 05 luglio 2011 n. 14484, *inedita*.

²¹⁸ La classificazione è posta da chi scrive, per esigenze sistematiche. Cfr. tuttavia G. De Cristofaro, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di “lotta” contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi* in *Studium iuris*, 2003, I, 3 s per il quale “Cosa importa la “salvezza” sancita dal comma 2 dell’art. 11 appare tuttavia difficile da stabilire (...) deve forse ritenersi che quest’ultime operino con prevalenza sulle (e in sostituzione delle) disposizioni del decreto) O deve invece reputarsi che il creditore abbia la facoltà di scegliere, a sua discrezione, se avvalersi del regime “speciale” introdotto dal decreto ovvero invocare le disposizioni, per lui più favorevoli, già esistenti nel c.c.? O non dovrebbe piuttosto interpretarsi il comma 2 dell’art. 11 in senso riduttivo, riconoscendo che le disposizioni più favorevoli per il creditore possano e debbono venire in considerazione soltanto per colmare le lacune eventualmente presenti nella disciplina contenuta nel decreto, senza però mai condurre ad una disapplicazione delle norme di quest’ultimo?”

²¹⁹ E’ la ipotesi segnalata da R. Bocchini, *La disciplina degli interessi di mora* in *La disciplina dei pagamenti commerciali*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2004, 213, tesi comunque non condivisa dall’Autore citato.

In base alla seconda, il creditore potrebbe optare o per il decreto o per il codice civile, “senza poter prendere il meglio dell’uno e dell’altro”²²⁰.

Le tesi della “combinazione”²²¹ pervengono a risultati più “forti” sul piano ermeneutico e sono, pertanto, più articolate. Per comprenderle dobbiamo ricordare che la normativa di cui al d.lgs. 231/2002 è normativa in materia di *termini* di pagamento e di *conseguenze del ritardo*: stante la natura (solo) parzialmente imperativa delle disposizioni in commento, un problema di compatibilità potrà porsi unicamente nella ipotesi di lacuna del regolamento contrattuale. Le norme codicistiche che vengono in considerazione sono dunque: articolo 1183 (tempo dell’adempimento, in generale); 1498 comma secondo (pagamento del prezzo nella vendita); 1665 ultimo comma (pagamento del corrispettivo in tema di appalto); 1219 (in materia di costituzione in mora); 1124, 1284 (misura degli interessi da ritardo). Le norme codicistiche in materia di “tempo” dell’adempimento sono generalmente *più favorevoli* al creditore di quelle contenute nell’articolo 4 del decreto in commento: esse, tuttavia, si sposano con le norme che stabiliscono le *conseguenze* del ritardo, norme quest’ultime indubbiamente meno favorevoli.

La tesi della combinazione “completa” postula di poter “prendere il meglio dell’una e dell’altra”, proprio come contestato da altra parte della dottrina.

L’argomentazione è la seguente: ai sensi dell’articolo 4, comma 1 del d.lgs. 231/2002, “Gli interessi decorrono, automaticamente, dal giorno successivo alla scadenza del *termine* di pagamento”. Ora, dalla lettera della legge non è possibile

²²⁰ R. Lanzillo, *Interessi corrispettivi, compensativi e moratori. Danni nelle obbligazioni pecuniarie. Recenti norme in tema di ritardo nei pagamenti*. Relazione per l’incontro studio del 19 novembre 2002 tenutosi presso l’Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano.

²²¹“La clausola di salvezza della disciplina più favorevole comporta che non possa parlarsi apoditticamente di sostituzione della nuova disciplina a quella preesistente, ma che occorre esaminare in concreto e comparativamente quale delle due discipline sia più favorevole al creditore. Ciò darà luogo, come vedremo, ad una *combinazione* delle due discipline per fornire la tutela più adeguata al creditore”. Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 337 s.

evincere alcun dato che identifichi “termine di pagamento” con “termine *convenzionale* di pagamento”. In assenza di determinazione pattizia, dunque, occorrerebbe anzitutto valutare se l’ordinamento preveda un termine legale; in caso di risposta positiva, tale termine legale andrà confrontato, ai sensi dell’articolo 11 del decreto in commento, con quelli di cui all’articolo 4 dello stesso. Le norme che prevedono un termine legale di pagamento esistono e, come notato, sono versate negli articoli 1183, 1498 e 1665 del codice civile²²². La norma andrebbe quindi ricostruita come segue: in assenza di determinazione pattizia gli interessi moratori, nella misura di cui all’articolo 5 del decreto, decorrono dalla scadenza dei termini legali di cui agli articoli 1183, 1498 o 1665 c.c. e quindi, rispettivamente, “immediatamente”, dal momento della consegna del bene, dal momento della accettazione dell’opera²²³.

In altre parole, in ipotesi di vendita: gli interessi di cui al decreto decorrono automaticamente dalla scadenza del termine di pagamento; “termine” non è sinonimo di “termine contrattuale”, per cui, se il termine di pagamento è fissato

²²² Per il coordinamento tra d.lgs. 231/2002 e legge in materia di sub fornitura cfr. tuttavia E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 205 s.s.

²²³ “Termine legale e convenzionale sono del tutto equivalenti, quando scadono infruttuosamente, ai fini della decorrenza degli interessi moratori. Ciò risulta dal comma primo dell’articolo 4 che pone la regola secondo la quale *gli interessi decorrono, automaticamente, dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento*, riferibile, per la sua ampia formulazione, sia al termine convenzionale, sia al termine legale, sia al termine giudiziale. (...) Quando la transazione commerciale è costituita da un contratto tipico (ad es. vendita, appalto etc.) la disciplina legislativa del contratto può contenere norme specifiche sul tempo del pagamento; e tali norme per la salvezza del trattamento più favorevole per il creditore saranno incondizionatamente applicabili (art. 11 comma 2). La lacuna contrattuale sul tempo dei pagamenti va quindi colmata innanzitutto dalla determinazione legale specifica posta nella disciplina del tipo negoziale, e solo in via di successiva integrazione dalla disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 231/2002. Opportunamente, quindi, il comma 1 dell’art. 4 pone la decorrenza automatica degli interessi *dal giorno successivo alla scadenza per il termine per il pagamento*, senza distinguere se trattasi di termine convenzionale o di termine legale fissato dalla disciplina previgente.” E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 185 s. “Pertanto si ritiene che in relazione al principio della salvezza delle disposizioni nazionali più favorevoli, qualora i termini di pagamento non siano convenzionalmente fissati, debbano continuare ad applicarsi le disposizioni codicistiche citate, escludendo l’operatività dei termini introdotti dall’art. 4. Innegabilmente queste conclusioni, inevitabili, riducono notevolmente il campo di applicazione della legge perché vendita ed appalto costituiscono i contratti di più larga diffusione ed i pagamenti ad essi relativi risultano sottratti all’applicazione della nuova normativa”. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 206 s..

nel contratto, gli interessi decorrono dalla data convenzionalmente fissata; se il termine non è fissato dalle parti abbiamo un conflitto di norme; in base all'articolo 1498 il pagamento deve avvenire "alla consegna"; in base al d.lgs. 231/2002 il pagamento deve essere effettuato decorsi almeno trenta giorni da uno degli eventi in esso contemplati; alla luce dell'articolo 11 la antinomia va risolta in base al criterio del maggior favore per il creditore; la norma più favorevole è quella di cui all'articolo 1498 c.c.; *gli interessi decorrono automaticamente dalla scadenza del termine, vale a dire, in conclusione, dal momento della consegna*²²⁴.

La tesi non può essere condivisa.

Anzitutto il secondo comma del citato articolo 4 sembra deporre per la natura "convenzionale" del termine cui lo stesso fa riferimento: gli interessi, dunque, decorrerebbero *automaticamente* solo in ipotesi di scadenza del termine fissato *nel contratto*²²⁵. Sulla base di questa premessa le coordinate del confronto tra le norme cambiano: in base all'articolo 1498, il pagamento va effettuato alla consegna, ma il debitore deve essere costituito in mora per la decorrenza degli interessi; in base all'articolo 4 il pagamento va effettuato dopo trenta giorni, ma in questo caso la mora è automatica. La norma più favorevole potrebbe dunque essere ritenuta quest'ultima. Resta però il fatto che, fuori dal caso della vendita, il creditore può esigere immediatamente la prestazione (art. 1183), e i crediti *liquidi*

²²⁴ E' una conclusione molto forte dal punto di vista ermeneutico. In base alla stessa, lo si ripete, se le parti non hanno pattuito il momento del pagamento, gli interessi moratori di cui al decreto decorrono automaticamente dal giorno della consegna della "merce".

²²⁵ Dello stesso avviso M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 20 in nota 29, secondo la quale "la norma, invero, facendo salva solamente la determinazione convenzionale, non sembra consentire che – nel silenzio delle parti – il termine possa essere individuato anche con il ricorso alle regole codicistiche suppletive previste in sede di disciplina generale dell'obbligazione o dei singoli tipi negoziali e segnatamente alle già indicate disposizioni in materia di vendita (art. 1498, 2 comma), di somministrazione (art. 1562), di appalto (art. 1665, ult. Comma; art. 1666) che, come s'è ricordato, richiamano il parametro della contestualità tra le reciproche prestazioni dedotte in contratto. (...) Sicché (...) non pare si possa fondatamente concludere per una lettura dell'inciso iniziale dell'art. 4, 2 comma ("se il termine per il pagamento non è stabilito *nel contratto*") nel duplice senso di determinazione – convenzionale e legale – del termine medesimo."

ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto dalla loro scadenza. (art. 1282). La fattura o la richiesta di pagamento di contenuto equivalente potrebbero, in tal senso, recuperare l'effetto di sancire la decorrenza degli interessi (solo?) ove svolgano la funzione di "liquidazione" del credito: la disciplina codicistica escluderebbe dunque l'applicazione della nuova legge soltanto nelle ipotesi nelle quali il credito sia fin dall'origine assolutamente certo e determinato nel suo ammontare²²⁶.

Più equilibrata, è la tesi della "combinazione attenuata". Si potrebbe ritenere che, nel caso in cui il termine del pagamento non sia stabilito nel contratto, l'imprenditore abbia diritto agli interessi legali di cui all'articolo 1284, primo comma, dalla data in cui chiede il pagamento, alla data in cui inizia a decorrere il termine di cui all'articolo 4 d.lgs. 231/2002: da tale data decorrerebbero gli interessi moratori di cui all'articolo 5 d.lgs. 231/2002²²⁷.

Lo scenario, in caso di vendita, è il seguente: il venditore consegna la merce al compratore, ma nel contratto nulla è precisato in ordine al pagamento del prezzo. Ai sensi dell'articolo 1498 c.c. il pagamento va fatto al momento della consegna. Se ciò non avviene, il successivo atto con il quale il pagamento viene richiesto: se integra i requisiti di cui all'articolo 1219, ha l'effetto di costituire in mora il debitore con immediata decorrenza degli interessi di cui all'articolo 1284, allo scadere del trentesimo giorno dall'invio della richiesta (o dalla stessa consegna, a seconda dei casi), iniziano in sostituzione a decorrere gli interessi di cui al d.lgs. 231/2002; se la richiesta di pagamento non integra gli estremi di una formale costituzione in mora, si applicherà esclusivamente l'articolo 4 del decreto.²²⁸

²²⁶Così E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 208.

²²⁷ Cfr. G. De Nova – S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 15 s.

²²⁸ In caso di appalto, qualora (si deve ammettere "piuttosto irrealisticamente") nel contratto non sia previsto il termine di pagamento, lo stesso è esigibile al momento della accettazione: trattandosi di credito portabile dalla stessa data matureranno gli interessi moratori al tasso di cui al codice civile: maturate le condizioni di cui all'articolo 4 del d.lgs. 231/2002 inizieranno a decorrere, in sostituzione, gli interessi di

La tesi pare confermata anche da quella giurisprudenza di merito che così statuisce: *“L'art. 11 comma 2 d.lg. n. 231 del 2002 - attuativo della direttiva Ce in materia di lotta contro i ritardi di pagamento delle transazioni commerciali - nel fare salve le vigenti disposizioni di legge che prevedano una disciplina più favorevole per il creditore, rende possibile l'applicazione alternativa dell'art. 1498 c.c. rispetto agli art. 4 e 5 del citato d.lg. nel senso che occorrerà verificare se alla data della domanda giudiziale risulti più conveniente per il creditore calcolare gli interessi in base all'art. 1498 c.c., facendoli quindi decorrere dalla data della consegna del bene, ovvero calcolarli dal trentesimo giorno dalla consegna (ex art. 4 d.lg. n. 231 del 2002) applicando il saggio di cui all'art. 5 d.lg. n. 231 del 2002, con l'ovvia conseguenza che in caso di ritardo nel pagamento inferiore ai trenta giorni troverà sempre applicazione la prima ipotesi.”*²²⁹

Soluzione, quest'ultima, che appare, in definitiva, quella maggiormente equilibrata.

Ricordiamo, in conclusione, che le superiori ricostruzioni sono legittimate *esclusivamente* grazie al rinvio operato dall'articolo 11: i termini di cui all'articolo 4, non essendo termini “di grazia” di un debito già scaduto, ma termini di scadenza della obbligazione²³⁰, non consentirebbero la mora del debitore prima della loro infruttuosa scadenza.

3. La nullità dell'accordo gravemente iniquo

La disposizione di cui all'articolo 7 del d.lgs. 231/2002 rappresenta con ogni probabilità il cuore della intera disciplina: non solo per l'invasivo, e in un certo

cui al decreto. La relativa problematica è sviluppata in E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 349 ss.

²²⁹ Tribunale Monza 18 febbraio 2005 consultabile in *dejure*, Giuffrè.

²³⁰ Cfr. L. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 76 ss.. Si veda anche *supra*, Cap. I, pagina 33.

senso inedito, potere di intervento sul contratto attribuito al giudice, quanto per la semplice considerazione che, in assenza di un argine alla autonomia delle parti, la finalità protettiva della intera normativa potrebbe essere facilmente vanificata.

Nel corso del presente lavoro²³¹ si è già fatto cenno al delicato discrimine fra autonomia e illimitata libertà contrattuale²³²: si è affermato, ad esempio, che l'esito del complesso *iter* di approvazione della 2000/35 CE, coerentemente con una certa tensione del legislatore europeo a salvaguardare l'autonomia di parti tradizionalmente collocate su un piano di parità, si è risolto in una disciplina (quasi) completamente derogabile. Nel richiamare tali considerazioni, è ora il momento di approfondire gli argini entro i quali la richiamata autonomia può legittimamente spiegarsi, i limiti, in altre parole, valicati i quali la libertà contrattuale dei privati scolorisce fino a diventare arbitrario abuso da reprimere.

Che il legislatore europeo tenda a salvaguardare l'autonomia delle parti è reso evidente da alcune specifiche disposizioni della 2000/35 CE: la "libertà contrattuale", dopo una breve cenno nel *recital* n. 18²³³, appare, nel successivo 19 sotto forma di (possibile) *abuso* della stessa²³⁴. Il sistema, poi, si chiude con la disposizione dell'articolo 3, terzo comma, a mente del quale: "Gli Stati membri dispongono che un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento che non sia conforme alle disposizioni di cui ai paragrafi 1, lettere da b) a d) , e 2 non possa essere fatto valere e non dia diritto a un

²³¹ Cfr. *supra*, Cap. I, 24 ss.

²³² Per una riflessione di più ampio respiro in materia si veda S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, Milano, II, 2011, 365 ss.

²³³ "La presente direttiva tiene conto del problema dei lunghi termini contrattuali di pagamento, segnatamente l'esistenza di talune categorie di contratti per i quali può essere giustificato un periodo più lungo per il pagamento, se ad esso si accompagna una restrizione della libertà contrattuale o un tasso d'interesse più elevato."

²³⁴ "La presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore. Nel caso in cui un accordo abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, o nel caso in cui l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi, si può ritenere che questi elementi configurino un siffatto abuso. La presente direttiva non incide sulle disposizioni nazionali relative alle modalità di conclusione dei contratti o che disciplinano la validità delle clausole contrattuali abusive nei confronti del debitore."

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 oggettivo per ignorare le disposizioni dei paragrafi 1, lettere 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 a equità.”

Orbene, il legislatore italiano, chiamato a dare attuazione concreta alle previsioni, per il vero alquanto nebulose, dettate dal legislatore europeo, appresta all'articolo 7 del decreto di recepimento una normativa che è insieme sintesi delle disposizioni di cui al considerando 19 e al terzo comma dell'articolo 3 della 2000/35 CE, e chiave di volta dell'intero sistema posto dal d.lgs. 231/2002. La norma²³⁵ suscita variamente la curiosità dell'interprete. Nello specifico, occorrerà indagare: l'inquadramento della fattispecie nell'ambito dei rapporti tra autonomia privata e disciplina delle relazioni di mercato; la collocazione della norma nel sistema delle invalidità; la natura, se “relativa” o assoluta, le cause e le *conseguenze* della nullità, ponendo in giusto rilievo gli ampi poteri correttivi attribuiti al giudice e le tecniche di integrazione/intervento nel contratto già sperimentate dal nostro legislatore.

²³⁵ “L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, 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.

2. Si considera, in particolare, gravemente iniquo l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero 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.

3. Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo.”

Quanto al primo aspetto, è opportuno ricordare in premessa che l'autonomia contrattuale delle parti può, ai fini della disciplina in commento, spiegarsi nella fissazione di un termine per l'adempimento diverso da quello previsto dall'articolo 4, e nella determinazione convenzionale del tasso di interesse da ritardo: trattasi, lo si ricorderà, dei due tipi di "ritardo", fisiologico e patologico, cui si accennava nel corso del capitolo primo. La finalità della normativa non è imporre determinate condizioni, ma salvaguardare l'efficienza del mercato reprimendo gli abusi che il contraente forte possa perpetrare ai danni della propria controparte contrattuale. In tale ottica, le disposizioni *suppletive* di cui agli articoli 4 e 5 del decreto rappresentano una sintesi, necessariamente generale e astratta e, dunque, suscettibile di meglio essere determinata nel caso concreto dalle parti (o dal giudice), della corretta prassi commerciale cui lo stesso legislatore europeo fa ampiamente riferimento. Nella pratica, in effetti, è raro che i contraenti non determinino data del pagamento e conseguenze per il ritardo: il legislatore propone dunque delle regole che tendono a "fotografare", da un lato, quanto la prassi commerciale già suggerisce, e a rendere effettiva, dall'altro, la misura del risarcimento dovuto in caso di inadempimento. Il legislatore, nel valutare il corretto esercizio della autonomia contrattuale, si attesta dunque su un *controllo di tipo finalistico*, legato cioè agli *esiti* che l'accordo determina sui diritti e gli obblighi dei contraenti. In ordine ai profili del tempo dell'adempimento e delle conseguenze del ritardo, dunque, manca una regolamentazione puntuale rivestita dai caratteri della inderogabilità, e ciò pone la normativa in commento in posizione eccentrica rispetto ad altre soluzioni adottate in ambiti affini. Non si allude, evidentemente, al complesso strumentario di tutela apprestato in materia di consumo, ma, nello specifico, alla disciplina apprestata con la legge n. 192 del 1998 in materia di subfornitura. Ad un rapido confronto fra le due normative emergono significativi punti di distacco sui quali l'interprete non può che interrogarsi. Anzitutto, laddove il d.lgs. 231/2002 è disciplina dei termini di adempimento e delle conseguenze per il ritardo, con le

limitazioni oggettive e soggettive già indagate, la legge 192 del 1998 disciplina in materia puntuale l'intero rapporto di subfornitura; in seconda battuta le norme previste dal legislatore del 1998 hanno in larga misura carattere imperativo e sono assistite dalla consueta sanzione della nullità²³⁶. Chiarire le ragioni della diversità di approccio consentirà di collocare la nullità di cui all'art. 7 nell'ambito dei rapporti tra autonomia privata e disciplina delle relazioni di mercato. Il discrimine tra le due fattispecie apparrà chiaro solo se si rifletta sulla diversità di presupposti sui quali si appunta il dettato normativo: mentre in materia di subfornitura esiste un contraente strutturalmente in posizione di subordinazione economica e contrattuale, nel (generico) caso delle "transazioni commerciali", il dato socio economico di partenza è per così dire "neutro": un eventuale disparità di potere contrattuale potrà apparire solo "indirettamente" dal grave squilibrio delle posizioni contrattuali che un contraente è riuscito ad imporre, per via della regolamentazione a suo esclusivo favore delle clausole in materia di termini di pagamento e di conseguenze per il ritardo, sull'altro. Si giustifica dunque una reazione dell'ordinamento diversa, come diversa è la condizione socio-economica di partenza: una disciplina completa e imperniata sulla tecnica norma imperativa-nullità, nel caso di subfornitura, un modello non cogente di regolamentazione delle relazioni negoziali, imperniato sul binomio libertà contrattuale-divieto di abuso della stessa, nelle transazioni commerciali. A ben vedere, dunque, il meccanismo prescelto dal legislatore delegato del 2002, e imperniato sull'uso di norme dispositive, "è pienamente coerente con il ruolo e la

²³⁶ E così, il rapporto di subfornitura si instaura con un contratto avente forma scritta pena di nullità (art. 2 primo comma); il contratto deve specificare i requisiti di cui ai commi 4 e 5 del medesimo articolo; il contratto *deve* fissare il termine di pagamento della subfornitura; il prezzo pattuito deve essere corrisposto in un termine che non ecceda i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o dalla comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione; il tasso degli interessi da ritardo è determinato inderogabilmente dal comma terzo dell'articolo 3 con la possibilità per le parti di prevedere unicamente un tasso *superiore* a quello in esso determinato, e fatta salva sempre la prova del danno ulteriore; le clausole di cui all'articolo 6 sono nulle, così come lo è il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica. Sulla possibile interferenza tra le norme di cui alla legge 192 del 1998 con quelle del d.lgs. 231/2002 cfr. A.M. Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 126 ss.

funzione di tale categoria di regole nel contesto della disciplina dei rapporti tra privati. Invero, la struttura della norma dispositiva cui i contraenti ricorrono per dare migliore e più precisa configurazione ai propri interessi è fondata sul principio di uguaglianza dei soggetti del rapporto, i quali confrontano e regolano i propri interessi su un piano di parità. Simile struttura vale, e come tale viene salvaguardata dall'ordinamento, fintanto che non venga surrettiziamente trasformata, introducendovi una posizione di supremazia tipica, invece, del comando legislativo eteronomo²³⁷. Una nullità dunque, quella di cui all'articolo 7 del d.lgs. 231/2002, "per l'effetto", non essendo evidenziabile *prima facie*, ma soltanto a seguito di una attività interpretativa volta a mettere in luce tutte le specificità della relazione contrattuale e a valutare, in chiave prospettica, le possibili conseguenze della pattuizione²³⁸. La segnalata diversità di disciplina, e di presupposti, non impedisce tuttavia di inquadrare le pur distanti figure tratteggiate dalla legge 192 del 1998 e dal d.lgs. 231/2002 entro una comune cornice concettuale. Il parallelismo può essere effettuato, nello specifico, tra la nullità di cui all'articolo 7, qui in commento, e quella di cui all'articolo 9 della legge in materia di subfornitura. Scontato il vaglio della grave iniquità, in altre parole, non sussiste più alcuna ragione per ritenere effettiva la supposta posizione paritaria tra i contraenti, condizione, quest'ultima, che pure giustificava la diversa regolamentazione: acclarata, a seguito del vaglio giudiziale, la condizione di inferiorità contrattuale cui versa il creditore, la risposta dell'ordinamento torna coerente con quella prevista dall'articolo 9 e si pone, con essa, in maniera

²³⁷ Cfr. M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 61.

²³⁸ Non mancano nel nostro ordinamento altre ipotesi di nullità "per l'effetto": si consideri, ad esempio, la previsione di cui all'articolo 2698 c.c.: il patto con cui si modifica o si inverte l'onere della prova in materia di diritti disponibili è *nullo* quando ha per effetto di rendere ad una delle due parti *eccessivamente difficile* l'esercizio del diritto. O ancora, ai sensi dell'articolo 2965, è nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono *eccessivamente difficile* a una delle parti l'esercizio del diritto. Pare sussistere un tratto comune: il presupposto da cui può derivare la nullità è disegnato in maniera talmente vaga da richiedere un importante contributo dell'interprete: solo in questo modo potrà capirsi quando l'esercizio del diritto diventi *eccessivamente difficile* a causa di un'inversione dell'onere probatorio, o a causa di un troppo breve termine di decadenza; solo così potrà capirsi quando l'accordo in materia di termine di pagamento o conseguenze per il ritardo sia *gravemente iniquo* ai danni del creditore.

alquanto eccentrica rispetto al sistema delle invalidità, “coniugando la sanzione della nullità ad un articolato complesso di circostanze oggettive e soggettive tradizionalmente ininfluenti o solo limitatamente incidenti sulla patologia negoziale e non propriamente con riferimento alla nullità”²³⁹. Il contesto rimediale è dunque analogo, rilevando in entrambi i casi l’esigenza di controllare e sanzionare il comportamento abusivo della parte che sfrutta l’altrui posizione di debolezza imponendo una clausola contrattuale dal contenuto fortemente squilibrato a suo favore²⁴⁰.

Chiarita dunque, anche tramite i raffronti di disciplina proposti, la collocazione della norma nel sistema delle invalidità e l’inquadramento della fattispecie nell’ambito dei rapporti tra autonomia privata e disciplina delle relazioni di mercato, è ora opportuno concentrare l’analisi su natura, presupposti e conseguenze della ipotesi di invalidità di cui all’articolo 7 del d.lgs. 231/2002.

Quanto alla natura, la nullità²⁴¹ in parola è *testuale*, giusto il chiaro disposto dell’articolo in commento²⁴², *parziale*²⁴³, si discute se sia *assoluta* o *relativa*.

²³⁹ Cfr. M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 82.

²⁴⁰ Il tema non può in questa sede essere ulteriormente approfondito. Si segnala tuttavia, che la accennata eccentricità delle due ipotesi in discorso, è stata analizzata in dottrina, e posta a confronto con normative proprie del diritto nordamericano e con principi della cd. *soft law* per evidenziarne, in definitiva, una “circolarità di ispirazione”. Si veda a tal riguardo il più volte citato saggio di M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 82 ss.

²⁴¹ Nella relazione governativa al d.lgs. 231/2002, illustrando il contenuto dell’articolo 7, viene chiarita la ragione della preferenza per l’istituto della nullità: “l’opzione normativa in favore della sanzione di nullità è sistematicamente giustificata dalla considerazione che il legislatore comunitario reprime la violazione di una norma interpretativa di divieto di abuso della libertà contrattuale, imponendo la rilevazione d’ufficio da parte del giudice. Ne deriva l’improprietà del riferimento alla categoria della risoluzione, non idonea, come sopra detto, a sanzionare vizi o vicende originarie del contratto; così come del richiamo all’istituto della rescissione, non coniugabile con il principio della rilevabilità d’ufficio. Si è allora, reputato che la traduzione del concetto di inefficacia rilevabile d’ufficio nelle coordinate del nostro ordinamento sia correttamente assicurata con la previsione di una ipotesi di nullità parziale, alla quale consegue in termini effettuali l’inefficacia della pattuizione in esame”. Il testo della relazione è consultabile in . De Nova – S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 131 ss.

²⁴² Difetta, inoltre, una norma imperativa la cui violazione comporterebbe la nullità di cui al primo comma dell’articolo 1418 c.c. E’ già stata segnalata la singolarità di un meccanismo, quello delineato nel decreto di recepimento, in forza del quale la nullità consegue alla violazione di norme dispositive. Si potrebbe tuttavia obiettare, da un lato che le norme di cui agli articoli 4 e 5 del decreto devono essere

Quanto a quest'ultimo aspetto è possibile considerare, brevemente, quanto segue. Com'è noto, e senza potere in questa sede ripercorrere l'ampio e complesso dibattito dottrinale sul punto²⁴⁴, il tradizionale paradigma codicistico della nullità, assoluta, insanabile, rilevabile in ogni tempo, d'ufficio, e da parte di chiunque vi abbia interesse, è stato, nel corso dell'ultimo decennio del XX secolo, messo in crisi dal fiorire di "nuove" ipotesi di nullità, definite variamente dalla dottrina: nullità di protezione, relative, speciali.

propriamente qualificate come *cogenti*; dall'altro che, anche a tenerne ferma la natura dispositiva, la nullità consegua al mancato conformarsi della autonomia privata all'intera disciplina del decreto, disciplina che diventerebbe, in caso di esercizio abusivo dell'autonomia contrattuale, interamente imperativa. Per il primo aspetto si vedano R. Conti, *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, 806 ss. ed E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 445 ss. *Contra* M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 62 e A.M. Benedetti, *i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 109.

²⁴³ Così la definisce espressamente la più volte citata relazione governativa al d.lgs. 231/2002: "In definitiva, viene introdotta una nuova ipotesi di nullità parziale testuale, caratterizzata non solo dal tradizionale meccanismo di sostituzione della clausola nulla con la previsione legale ai sensi dell'articolo 1339 del codice civile, ma anche dal più incisivo potere integrativo esercitato *ex officio* dal giudice." Che la nullità di cui all'articolo 7 sia nullità parziale, trattandosi di invalidità della clausola che determina tempo dell'adempimento e/o conseguenze per il ritardo, sussistono, invero, pochi dubbi. Occorre però valutare l'inclusione di detta nullità nell'alveo di cui all'articolo 1419, inclusione, invero, problematica sotto più punti di vista. La disposizione codicistica in parola contiene due norme, ben distinte fra loro, e rispondenti a diverse istanze di politica del diritto. La prima, versata nel primo comma, è incline a salvaguardare la volontà dei privati, anche a costo di distruggerne la pattuizione: e così, ove la nullità derivi da una qualsiasi causa *diversa dalla violazione di una norma imperativa*, il contratto è nullo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità. La seconda, al contrario, è *antagonista* rispetto alla volontà dei privati: nel caso in cui la nullità derivi dalla *violazione di una norma imperativa*, il mantenimento del contratto viene imposto autoritativamente, senza riguardo alcuno al concreto assetto di interessi programmato dalle parti; in altre parole, la sostituzione della clausola nulla ad opera della determinazione legale, mantiene in piedi il contratto e a nulla vale invocare che le parti "non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità". Se queste sono le premesse teoriche da cui muovere, risulta evidente come la previsione di cui all'articolo 7 del decreto di recepimento mal si attagli ad una meccanica riconduzione sotto l'una o l'altra norma citata: diversamente da quella versata nel primo comma del 1419, infatti, è del tutto assente la ipotesi che la nullità della clausola gravemente abusiva travolga l'intero contratto; rispetto a quella di cui al secondo comma manca una norma imperativa violata, che si sostituisca alla pattuizione dichiarata nulla. Per ulteriori considerazioni in materia cfr. V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e p. Zatti, Milano, 2001, 868 ss; A. Gentili, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, 1351; M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 82.

²⁴⁴ Per il quale si veda V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e p. Zatti, Milano, 2011, 705 ss; A. Bellavista –A. Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011.

La “specialità” di tali figure, rispetto all’ordinario paradigma della nullità ricavabile dal codice, si coglie su tre piani.

Sono nullità speciali prima di tutto in ragione delle fonti normative da cui derivano, e dal contesto politico-economico di riferimento.

Da un secondo punto di vista, queste nullità sono speciali per i fattori da cui dipende la qualificazione del contratto come nullo²⁴⁵. Infine, le nullità in discorso sono speciali per il peculiare trattamento riservato al contratto nullo²⁴⁶.

A tal proposito paradigmatica è l’ipotesi di invalidità di cui all’articolo 36 del d.lgs. 206/2005: la nullità delle clausole considerate vessatorie, definita espressamente “di protezione”, *non si estende all’intero contratto, opera soltanto a vantaggio del consumatore* e può essere rilevata d’ufficio dal giudice²⁴⁷.

²⁴⁵ Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e p. Zatti, Milano, 2011, 706 : “Tradizionalmente la nullità dipende da elementi intrinseci del contratto, cioè dalla sua struttura e dal suo contenuto. Invece molto spesso le nullità speciali si legano ad *elementi estrinseci al contratto*. Essi riguardano piuttosto il contesto di circostanze che fa da cornice alla conclusione del contratto. Oppure riguardano l’impatto che il contratto potrà avere su una certa realtà esterna: ad es. l’effetto restrittivo della concorrenza, in un dato mercato rilevante, senza sostanziali benefici per i consumatori; o il realizzarsi di un “abuso di dipendenza economica”.

²⁴⁶ Cfr. ancora V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e p. Zatti, Milano, 2011, 707, “ Ciò dipende dal loro prevalente scopo politico, che è la protezione di una classe di contraenti contro un’altra, in relazione alle rispettive qualificazioni socio-economiche. Si spiegano con questo *favor* le *divergenze dall’ordinario regime della nullità*: la legittimazione a far valere la nullità spetta alla sola parte protetta, in deroga al comune principio della legittimazione allargata a chiunque vi abbia interesse (nullità relativa); la nullità della clausola vessatoria non si estende all’intero contratto in deroga all’art. 1419.

²⁴⁷ Si è pone il problema del *limite* al potere officioso del giudice. Deve ritenersi che la facoltà di dichiarare la nullità della clausola in assenza di domanda di parte sia delimitata da una serie di argini: anzitutto *il principio dispositivo*, in virtù del quale la nullità deve emergere da elementi già acquisiti al giudizio (il giudice non può sostituirsi alle parti nella ricerca delle prove); vi è poi *il principio del rapporto tra chiesto e pronunciato*, in base al quale è possibile dichiarare d’ufficio la nullità esclusivamente nel caso in cui la domanda presupponga la validità del contratto stesso (e quindi, ad esempio, il giudice, investito del potere di *iuris dicere* in materia di risarcimento dei danni causati a un terzo dall’esecuzione di un appalto, non può rigettare la domanda asserendo la nullità del contratto); altro limite è dato dal *principio della cosa giudicata*. Accanto a questi limiti, per così dire “generali”, si pone poi l’inciso per cui “la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore”. Tale precisazione, oltre a chiarire l’assenza di legittimazione a invocare l’invalidità da parte del professionista, è anche un limite al potere officioso del giudice: “è inammissibile la rilevazione d’ufficio della nullità relativa, quando vi sia una domanda della parte protetta sostanzialmente incompatibile col risultato derivante dalla rilevata nullità: se del contratto bancario non scritto il cliente chiede l’esecuzione contro la banca, è ovvio che la nullità, come non può essere opposta dalla banca, così non può rilevarsi d’ufficio dal giudice. (...) La nullità relativa è rilevabile d’ufficio, quando conduca ad accogliere il petitum della parte protetta

Ebbene, confrontando tale ipotesi con quella di cui all'articolo 7 del d.lgs. 231/2002, spicca l'assenza, in quest'ultima, di ogni riferimento ad una legittimazione riservata alla parte debole. La circostanza da ultimo citata ha fatto protendere parte della dottrina per la natura *assoluta* della nullità in commento, riconoscendo dunque la legittimazione a rilevarla anche al debitore²⁴⁸.

La tesi non può essere condivisa, militando in senso contrario una serie di fondate argomentazioni. Pare in particolare dirimente quella per cui “la stretta inerenza tra pronuncia di nullità e sostituzione della clausola in senso (necessariamente) più favorevole al creditore fanno significativamente deperire la questione di un'azionabilità della nullità da parte del debitore. Dall'accoglimento della domanda potrebbe discendere solamente un accordo per lui meno vantaggioso rispetto a quello che è riuscito ad imporre in sede di conclusione del contratto, essendo escluso che possa ottenere l'eliminazione *tout court* di una clausola o di un negozio che non reputa più convenienti”.²⁴⁹

La nullità di cui all'articolo 7 del decreto in commento, dunque, derivando da fonte normativa europea, legando la sanzione ad elementi estrinseci al contratto, essendo parziale, rilevabile d'ufficio ma solo a vantaggio della parte “protetta”, può essere a buon diritto considerata come una nullità “relativa”, “speciale” o di “protezione”.

Alla luce delle superiori considerazioni, è ora il momento di indagare il profilo “concreto” delle *cause* della nullità e delle relative *conseguenze*.

Quanto alle cause, i primi due commi dell'articolo 7, coniugando, come si è detto, le disposizioni di cui al *recital* n. 19 e all'articolo 3 della 2000/35 CE, esibiscono una inedita causa di nullità, basata sulla grave iniquità dell'accordo.

(ancorché per una causa petendi diversa da quella esposta). Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e p. Zatti, Milano, 2011, 793.

²⁴⁸ Cfr. V. Pandolfini, *La nullità degli accordi gravemente iniqui nelle transazioni commerciali*, in *I contratti*, 2003, V, 510.

²⁴⁹ Cfr. M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 111.

Non si tratta, logicamente, di dare *libero* accesso a istanze di giustizia²⁵⁰: il vaglio del giudice è, infatti, guidato dalle circostanze di cui al comma primo e da quelle, costituenti una sorta di *black list* di accordi certamente iniqui, di cui al comma secondo. Resta tuttavia che la “grave iniquità” è concetto alquanto nebuloso. In tal senso appare convincente la ricostruzione di chi²⁵¹ accosta il superiore concetto a quello di *ragionevolezza*. Il legislatore, a ben vedere, ancora il giudizio di equità²⁵² a diversi criteri, oggettivi (come la corretta prassi commerciale o i rapporti commerciali tra i contraenti), relativi alle caratteristiche dei contraenti (si pensi alla “condizione dei contraenti), o, volutamente, generici (in tal senso la formula di chiusura del primo comma): “la valutazione ponderata di queste circostanze avvicina l’equità al più concreto concetto di *ragionevolezza*”, così come, peraltro, individuata dai Principi del diritto contrattuale europeo²⁵³. Il compito del giudice, dunque, non è quello di verificare se l’accordo sia “giusto”, ma se lo stesso trovi o meno giustificazione in ragione di uno dei criteri approntati dal legislatore²⁵⁴. Non solo. La sanzione scatta

²⁵⁰ Sulla nozione di giustizia, e sul rapporto tra giustizia distributiva e autonomia privata cfr. G. Smorto, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 329 ss.

²⁵¹ A.M. Benedetti, *i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 113 ss.

²⁵² Sulla nozione di equità cfr. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; M. Franzoni, *Buonafede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, 83 ss.; F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537 ss.; G. Alpa, *La completezza del contratto: il ruolo della buonafede e dell’equità*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 218 ss.

²⁵³ Cfr. art. 1:302 dei *Principles* a mente del quale “Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account”. Nella versione italiana, consultabile in *Rivista critica di diritto privato*, 2000, 83 ss., “E’ da ritenersi ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole. Nella valutazione di ragionevolezza si dovrà tenere conto, in particolare, della natura e dell’oggetto del contratto, delle circostanze del caso e degli usi e pratiche dei traffici o delle professioni coinvolte.” Le circostanze in base alle quali condurre il vaglio di ragionevolezza appaiono, in effetti, perfettamente in linea con quelle in base alle quali condurre il giudizio di grave iniquità ex articolo 7 d.lgs. 231/2002.

²⁵⁴ Può essere utile analizzare i singoli criteri posti dal legislatore in seno all’articolo 7. Quanto alla *corretta prassi commerciale* deve ritenersi che sia compito del giudice, anzitutto, quello di individuare la “prassi” seguita nello specifico settore oggetto del caso concreto: adeguati allo scopo potranno essere, oltre alle allegazioni delle parti, anche gli ordinari strumenti processuali come, segnatamente, il ricorso ad

superata una certa “soglia” di iniquità, soglia definita con l’elastico concetto della “gravità”. In sintesi il giudice, vagliati i criteri di cui ai primi due commi dell’articolo 7, dovrà valutare in prima battuta se le determinazioni dei contraenti siano o meno giustificate, ragionevoli, “eque”; (solo) in caso contrario potrà attivarsi il secondo “passaggio” del ragionamento, quello teso a valutare se tale iniquità assurga al limite quantitativo-qualitativo della gravità. E’ molto probabile, tuttavia, che la mancanza di ogni ragionevole giustificazione oggettiva dell’accordo derogatorio porti con se “automaticamente” lo stigma della *grave* iniquità, assorbendo la prima valutazione anche quella relativa alla seconda.

una consulenza tecnica di ufficio. La mera individuazione della prassi, tuttavia, non è sufficiente: il giudice dovrà (successivamente) valutarne la “correttezza”, e la prassi può definirsi tale solo nella misura in cui possa escludersi che essa rappresenti la proiezione generale di un abuso perpetrato ai danni di determinate categorie di creditori (significativo è il caso della contrattazione pubblica). Quanto alla *natura della merce o dei servizi oggetto del contratto*, può ipotizzarsi che, in certi casi, sussistano specifiche esigenze che raccomandino un pagamento più veloce, o che consentano, al contrario, un adempimento maggiormente dilazionato nel tempo: analoghe considerazioni, peraltro, sono alla base del trattamento differenziato individuato dal legislatore per i beni deteriorabili, ai sensi dell’articolo 4 terzo comma del decreto. Quanto alla *condizione dei contraenti*, il criterio ha una doppia natura: da un lato potrebbe ipotizzarsi una particolare categoria di *creditori*, per lo più piccoli imprenditori, maggiormente esposta ad un termine di adempimento posticipato nel tempo: in questo caso la regola opera nel senso di restringere le maglie di cui agli articoli 4 e 5; dall’altro, tuttavia, è possibile pensare a determinate categorie di *debitori* i quali, stante la loro particolare debolezza economica, meritano un trattamento più “morbido” in punto di conseguenze per il ritardo e data del pagamento: in questo senso, quindi, la regola opera in senso contrario alla grave iniquità dell’accordo derogatorio. Quanto ai *rapporti commerciali tra i contraenti*, gli stessi potranno valere ad escludere la abusività (iniquità) delle pattuizioni in deroga, nella misura in cui siano state dagli stessi replicate costantemente nel tempo, e sempre che, si intende, questa “prassi” (che, a differenza di quella già analizzata, è limitata ai rapporti tra le parti) non sia il frutto di un sistematico abuso di un contraente rispetto all’altro. L’articolo 7 contiene infine una norma di chiusura: per *ogni altra circostanza* può intendersi ogni elemento (ulteriormente) utile al giudice per valutare la grave iniquità. Se, ad esempio, la clausola sia stata oggetto di reale trattativa o se sia stata imposta, se i vantaggi per il debitore derivanti da un termine di adempimento “lungo” siano controbilanciati da un tasso di interesse molto alto per il ritardo, etc. Il secondo comma dell’articolo 7, riprendendo la formula del *considerando* n. 19 della 2000/35 CE, prevede due tipologie di accordi senz’altro iniqui: quelli che, senza essere giustificati da ragioni oggettive, abbiano come obiettivo principale (si badi, non unico) quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, e quelli con cui l’appaltatore o il subfornitore principale impongono ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento “ad esso concessi”. Quanto a quest’ultima ipotesi, la norma sanziona il comportamento di appaltatori e subfornitori principali che impongano ai propri fornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini cui l’appaltatore o il subfornitore hanno diritto per essere pagati dal committente principale: il legislatore fa emergere una certa tensione alla eguaglianza di trattamento verso soggetti coinvolti nel medesimo affare. Quanto ai primi, infine, può notarsi, da un lato come la preoccupazione di scoraggiare il cd. “inadempimento efficiente” sia stata particolarmente sentita in ambito comunitario; dall’altro che, in assenza di una ragione che oggettivamente giustifichi l’accordo in deroga, il giudice potrebbe infierirne la finalità, per il debitore, di procurarsi, tramite quella clausola, liquidità aggiuntiva a spese del creditore.

Resta da analizzare il profilo delle conseguenze della accertata nullità.

Il comma terzo dell'articolo 7, affermato il potere, anche officioso, del giudice di dichiarare la nullità dell'accordo, pone due alternative: applicazione dei termini legali o riconduzione ad equità del *contenuto* dell'accordo. La prima soluzione non desta particolari problemi: esclusa la nullità dell'intero contratto, il legislatore propone di colmare la lacuna che si è venuta a creare in seguito alla pronuncia demolitoria, applicando le regole dallo stesso fissate agli articoli 4 e 5 del decreto²⁵⁵. E' semmai possibile ribadire la distanza tra la regola appena esposta e quella contenuta nel secondo comma dell'articolo 1419: in virtù della disposizione codicistica, in effetti, le clausole nulle per contrarietà a norma imperativa, vengono sostituite *di diritto* dalla regola violata; nel caso di cui all'articolo 7, a tacere della mancanza di una norma imperativa, la sostituzione avviene *ex post*²⁵⁶, all'esito del giudizio di cui ai primi due commi della stessa disposizione e sempre che il giudice non preferisca la riconduzione ad equità. Proprio questo aspetto merita ora di essere approfondito: non è chiaro, in effetti, se i due rimedi si collochino in posizione graduata, di guisa che il giudicante dovrebbe adottare l'uno solo quando l'altra via non appaia percorribile. In tal senso parrebbe esprimersi la 2000/35 CE, quando afferma, al terzo comma dell'articolo 3, che “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 testo dell'articolo 7, tuttavia, non pare indicare una simile prevalenza, assegnando al giudicante il potere di *scelta*, sulla base, si noti, degli stessi criteri adoperati per vagliare il contenuto dell'accordo. Questi ultimi, in definitiva, assumono una triplice valenza: criteri per determinare la grave iniquità, criteri di scelta tra riconduzione ad equità o applicazione dei termini legali, criterio guida per la “creazione” della regola, nel caso in cui il giudice opti

²⁵⁵ Ad onta, quindi, dell'utilizzo della espressione “termini”, che va certamente intesa come comprensiva, anche, delle statuizioni in materia di interessi da ritardo.

²⁵⁶ Segnando peraltro la differenza con la fattispecie prevista dall'articolo 1339 c.c.

per la riconduzione ad equità. E' proprio su quest'ultimo, singolare, potere che dovrà, infine, essere concentrata la nostra attenzione.

Il terzo comma dell'articolo 7 pone all'interprete diverse e interessanti questioni. E' possibile anzitutto isolare un ambito prettamente teorico, consistente nella riconduzione nel sistema dell'ampio e, come già segnalato, per certi sensi inedito²⁵⁷, potere di intervento sul contratto affidato al giudice; vi è poi un aspetto "pratico", vale a dire lo studio delle concrete modalità con cui il giudice dovrà rideterminare il contenuto dell'accordo, nel caso in cui non applichi i termini legali.

Orbene, iniziando con l'analisi teorica, la più volte segnalata relazione governativa al d.lgs. 231/2002 pare ricondurre il potere attribuito al giudice ex articolo 7 nell'alveo della integrazione del contratto di cui all'articolo 1374 c.c.²⁵⁸. Una simile opzione ermeneutica, tuttavia, è certamente da respingere, stante le profonde differenze di regime intercorrenti tra le due figure. E invero, laddove l'integrazione "codicistica" opera sul piano fisiologico, colmando quegli aspetti che le parti non hanno voluto o saputo disciplinare, la "integrazione" di cui al decreto in commento opera *ex post*, rispetto ad elementi già definiti dai contraenti, ma in modo difforme da quanto auspicato dall'ordinamento: trattasi dunque di uno strumento, operante nella fase patologica del rapporto, implicante la eliminazione di una clausola nulla, e la sua sostituzione con una diversa regolamentazione imposta (in via diretta o mediata) dalla legge. Non mancano, nel nostro ordinamento, figure sussumibili entro tale paradigma: e così in caso di

²⁵⁷ I poteri affidati al giudice dalla disposizione in commento vengono definiti "quasi sconosciuti ed eccezionali" da A. Bregoli, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?* in *Rivista di diritto privato*, 2003, IV, 715 ss.; Cfr. anche 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*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, I, 247 ss.

²⁵⁸ Cfr. relazione governativa all'articolo 7 del decreto in commento: "In definitiva, viene introdotta una nuova ipotesi di nullità parziale testuale, caratterizzata non solo dal tradizionale meccanismo di sostituzione della clausola nulla con la previsione legale ai sensi dell'articolo 1339 del codice civile, ma anche *dal più incisivo potere integrativo esercitato ex officio dal giudice.*"

interessi usurari, ex articolo 1815 c.c., laddove in virtù della novella attuata con legge 108/1996, l'ordinamento prevede (non già una sostituzione della clausola nulla come in precedenza ma, a titolo di vera e propria sanzione) la *trasformazione* del mutuo da oneroso in gratuito; così ancora in caso di rapporto di locazione abitativa di fatto, ai sensi dell'articolo 13, quinto comma, della legge 431 del 1998, in forza del quale in tale ipotesi il giudice *determina* il canone dovuto. In entrambe le ipotesi appena segnalate, tuttavia, a fronte di un potere correttivo attribuito al giudice, si pone però una predeterminazione degli esiti cui tale potere può condurre: il mutuo diviene gratuito (o, nella versione precedente al 1996, vengono applicati gli interessi legali), il canone non può eccedere i limiti fissati dallo stesso articolo 13 della 431/1998.

Paradossalmente, per trovare un istituto maggiormente affine a quello di cui all'articolo 7, occorrerà esaminare una fattispecie estranea alla struttura *nullità-sostituzione-integrazione*: il riferimento è all'articolo 1384 che, com'è noto, disciplina la riduzione della penale. Una compiuta riflessione su tale argomento non può, in questa sede, nemmeno essere accennata²⁵⁹: ci si limiterà a dar conto, per cenni, di una interessante riflessione in merito ai poteri del giudice sul contratto a tutela della giustizia dello scambio, originata da un ormai risalente arresto giurisprudenziale in materia di clausola penale²⁶⁰. Il tema, traendo spunto dalle opposte visioni in merito alla intangibilità delle pattuizioni private ad opera del giudice, è quello del ruolo del contratto nel moderno sistema economico, è quello, in altri termini, della moderna concezione del contratto stesso. Sul punto si fronteggiano opposte ragioni. Da un lato una visione classica, in base alla quale quando il contratto sia concluso, e le regole che ne disciplinano la formazione siano state rispettate, è opportuno che il vincolo sia certo: in tale

²⁵⁹ E si rinvia dunque a G. Gorla, *Il contratto*, Milano, 1954, I, 240 ss.

²⁶⁰ Ci si riferisce al lavoro di M. Grondona, *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2003, 242 ss., nel quale l'Autore trae spunto dalla nota Cass. 10511/1999 per offrire una riflessione di ampio respiro in materia di giustizia contrattuale.

ottica il giudice è il soggetto istituzionalmente deputato al rispetto della convenzione privata, egli coopera con le parti e, in particolare, con quella adempiente, tutelandola dall'inadempimento dell'altra. Dall'altra una opinione che, facendo leva sul principio costituzionale di solidarietà, ponderato con quello, avente pari, e non certo superiore forza, della libera iniziativa economica privata²⁶¹, propone una maggiore attenzione alla giustizia dell'affare piuttosto che alla certezza del vincolo²⁶². Gli esiti di tale ultima visione possono essere sostanzialmente due: un controllo limitato alle ipotesi di manifesto e grave squilibrio (verrebbe da dire: “grave” iniquità); o, secondo una opzione più radicale, un controllo esteso ad ogni ipotesi di scompenso. Il punto, però, sta nella difficoltà di individuare il concetto di “giustizia contrattuale”, quanto meno se di tale concetto voglia offrirsi una nozione del tutto avulsa dal sistema economico di riferimento: così le riflessioni su “giusto prezzo”, le quali hanno spesso concluso che tale possa definirsi quel prezzo che si forma in un mercato in cui sia assente la frode, la violenza o il privilegio²⁶³. Lo stesso istituto nostrano della rescissione, peraltro, non giustifica la distruzione del contratto con il semplice approfittamento di una parte sull'altra, e nemmeno con il concorso tra tale requisito e quello del conseguente squilibrio contrattuale: “i tre elementi costitutivi del rimedio meritano tutti di essere valorizzati, e comunque nessuno può essere minimizzato, perché ciascuno, insieme con gli altri, è necessario a spiegarne la ratio. E' in definitiva un problema di *equilibrio fra valori e principi*

²⁶¹ Di cui all'articolo 41 della Costituzione. Per una critica alla recente prospettiva di tale articolo, nell'ottica del rapporto tra autonomia negoziale e ordinamento giuridico, cfr. S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, Milano, II, 2011, 376 ss.

²⁶² Nota in proposito V.P. Perlinger, *Nuovi profili del contratto*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2001, 223 ss. “Oggi, sotto la spinta della normativa comunitaria, (...) è entrato a far parte specie in materia contrattuale il principio di proporzionalità. Esso, assecondando e attuando anche principi e valori di rilevanza costituzionale – impegnativi non soltanto per i contratti di impresa dove vige anche il principio di non abuso della posizione dominante, ma per il pieno svolgimento della autonomia negoziale (quali la solidarietà, il rispetto della dignità della persona ecc.) – è destinato ad incidere profondamente sulla moderna concezione del contratto che in tal modo si allontana definitivamente dalla tradizionale interpretazione del principio *pacta sunt servanda*”.

²⁶³ Cfr. ancora M. Grandona, *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2003, 252 in nota 17.

diversi del diritto contrattuale, che regge solo grazie al *giusto dosaggio dei tre requisiti*. La semplice inadeguatezza del rapporto fra le prestazioni (che non attinga all'estremo della mancanza di causa) non basta ad attivare il rimedio, perché nel nostro sistema l'obiettivo "giustizia" dello scambio contrattuale è in linea di principio irrilevante: il rimedio scatta solo se all'anomalia oggettiva si cumula l'anomalia soggettiva data dal pericolo o dal bisogno che pressano la parte. Né sarebbe sufficiente, da sola, questa anomalia soggettiva, perché dietro qualsiasi decisione di contrarre è presente un certo grado di pressione psicologica che spinge la parte al contratto (si chiami paura, bisogno, desiderio o quale altro sentimento o "motivo" voglia evocarsi). Finché la pressione psicologica non degeneri in vera e propria distorsione del processo decisionale (vizi della volontà), la si considera un dato non patologico del processo contrattuale: solo se alla pressione psicologica del pericolo o del bisogno si aggiunge l'oggettivo squilibrio dello scambio, si apre la via al rimedio. Anzi, neppure il mix di squilibrio e pressione è sufficiente a raggiungere la soglia di attivazione del rimedio: occorre, in più, la riprovevolezza del contegno della parte avvantaggiata dal contratto, data dal suo approfittamento"²⁶⁴. Oltre alle difficoltà insite nella determinazione del concetto di "giustizia" contrattuale, possono essere segnalate quelle relative alla individuazione dell'altro principio che solitamente si invoca al proposito, quello di buona fede: il giudice sarebbe chiamato da un lato, a definire il contenuto normativo della buona fede, dall'altro ad esercitare un controllo sull'atto di autonomia privata alla luce di tale definizione. In tale ottica la formula utilizzata dal legislatore nel terzo comma dell'articolo 7 in commento, ha il pregio di circoscrivere i poteri del giudice, offrendo allo stesso i "parametri" sui quali valutare grave iniquità e regola sostitutiva: in ciò la scelta operata dal decreto in commento si discosta da quella, più generica, di cui all'articolo 1384, nel quale i concetti di ammontare "manifestamente" eccessivo della penale e

²⁶⁴ Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e p. Zatti, Milano, 2011, 831.

diminuzione equa da parte del giudice non vengono ancorati ad alcun dato normativo, al di fuori del generico riferimento all'interesse che il creditore aveva all'adempimento. E tuttavia i due istituti tornano ad avvicinarsi sotto un profilo interessante: qualora, infatti, nell'ambito di una transazione commerciale venga prevista una penale *per il ritardo* di importo manifestamente *basso*, il giudice potrà *aumentarla*, previa dichiarazione della nullità della relativa clausola, e sostituzione della stessa con una regola ritenuta, alla luce dei parametri di cui all'art. 7 del d.lgs. 231/2002, equa. Mentre, dunque, l'articolo 1384 consente, in via generale, *soltanto* di *ridurre* la penale manifestamente eccessiva, nel caso di una transazione commerciale, l'articolo 7 del decreto di recepimento autorizza il giudice a compiere il percorso inverso.

La disposizione in analisi, in definitiva, si pone nel solco delle riflessioni e degli interventi normativi in materia di equilibrio negoziale, in genere ancorate alla esigenza di tutela del consumatore²⁶⁵, ma nella moderna legislazione ormai estese a *tipiche* ipotesi di squilibrio nei contratti di impresa²⁶⁶.

E allora, venendo in conclusione a trattare dell'aspetto "pratico", occorre in conclusione chiedersi *cosa* il giudice sia chiamato a modificare, e *come* lo stesso sia legittimato a farlo.

Quanto al primo punto non pare sussistano dubbi: l'intervento correttivo deve essere limitato alla *clausola dichiarata nulla*, e non può estendersi all'intero contratto²⁶⁷.

²⁶⁵ Cfr. S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, Milano, II, 2011, 378 ss.

²⁶⁶ Cfr. V. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?* In *Corriere giuridico*, 2009, 2, 267 ss; Cfr. M. Grandona, *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2003, 258 in nota 26.

²⁶⁷ Conclusione chiara, se ci si limita al solo d.lgs. 231/2002, meno chiara se si legge il decreto di recepimento in combinato disposto con l'articolo 3 della 2000/35 CE, in base al quale (terzo comma) "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." Cfr. le considerazioni svolte in merito da M.C. Venuti,

Quanto al secondo aspetto “ove il complesso delle circostanze considerate suggerisce la fissazione di termini diversi – e più lunghi rispetto a quelli previsti dal decreto – il giudice, fattosi contraente, deve servirsi dei medesimi criteri (natura merce, prassi commerciale, interesse del creditore, ecc.) per stabilire egli stesso il (diverso) termine di pagamento o saggio di interessi moratori; in questo caso, allora, l’equità-ragionevolezza serve per costruire una clausola contrattuale che – inserendosi senza traumi nel regolamento pattizio – realizzi un’equa composizione degli interessi delle parti contraenti. Equa composizione, si badi; non mero arbitrio del giudice, che, se non riesce a scovare nella prassi e nelle altre circostanze di legge criteri cui ancorare la fissazione di un termine da parte sua, è tenuto ad applicare i termini di legge.”²⁶⁸.

4. La disciplina in materia d’ingiunzione di pagamento e la tutela degli interessi collettivi

Il d.lgs. 231/2002 prevede, come ampiamente illustrato, una regolamentazione di natura “protettiva” avente ad oggetto la determinazione dei termini di pagamento (legali e contrattuali), e le conseguenze “sostanziali” del ritardato adempimento. La disciplina posta dal legislatore, tuttavia, non sarebbe completa in assenza di strumenti di natura “processuale” che consentano una tutela *rapida ed effettiva* delle posizioni di vantaggio in essa sancite: si è ritenuto opportuno, dunque, una modifica alle norme in materia di ingiunzione di pagamento, con l’obiettivo di dotare il creditore di un titolo esecutivo nel più breve tempo *possibile*. Non solo. Sul presupposto che un continuo ricorso a condizioni generali di contratto inique possa, di fatto, frustrare gli obiettivi perseguiti dalla legge, è stato introdotto un complesso strumento atto a impedirne l’utilizzo e la

Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento, Padova, 2004, 156 ss.

²⁶⁸ A.M. Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 137.

reiterazione, sul modello di quanto già previsto in materia di rapporto di consumo²⁶⁹.

Il percorso seguito dal legislatore italiano è coerente con quanto previsto dalla 2000/35 CE. Ai sensi del *considerando* n. 20 “*Le conseguenze del pagamento tardivo possono risultare dissuasive soltanto se accompagnate da procedure di recupero rapide ed efficaci per il creditore. Conformemente al principio di non discriminazione di cui all'articolo 12 del trattato, tali procedure dovrebbero essere a disposizione di tutti i creditori stabiliti nella Comunità europea*”. Inoltre, per quanto specificamente attiene alla tutela “collettiva”, risultano di notevole interesse le previsioni di cui al quarto e al quinto paragrafo dell’articolo 3 “*Gli Stati membri assicurano che, nell'interesse dei creditori e dei concorrenti, esistano mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a condizioni gravemente inique nel senso di cui al paragrafo 3.*

I mezzi di cui al paragrafo 4 sono tra l'altro disposizioni che consentono a organizzazioni titolari di un riconoscimento ufficiale di legittimo interesse a rappresentare piccole e medie imprese, possono agire a norma della legislazione nazionale dinanzi ai tribunali o a organi amministrativi competenti per decidere se le condizioni contrattuali stabilite per uso generale sono gravemente inique ai sensi del paragrafo 3, in modo che possano ricorrere a mezzi appropriati ed efficaci per impedire che si continui a ricorrere a tali condizioni”²⁷⁰.

Nel corso del presente paragrafo verranno anzitutto analizzate le modifiche al codice di procedura civile in materia di ingiunzione di pagamento; successivamente si darà conto del recepimento delle disposizioni di cui ai paragrafi 4 e 5 dell’articolo 3 della direttiva.

²⁶⁹ Cfr. art. 3 della legge 281/1998 n. 281, come modificata dall’art. 11 legge 1 marzo 2002 n.39, poi abrogato dall’articolo 146 del d.lgs. 206 del 2005 e sostituito dagli articoli 139 e 140 del medesimo decreto.

²⁷⁰ Il periodare della normativa europea appare sconclusionato, cfr. nota 211.

4.1 Le modifiche in materia di ingiunzione di pagamento

Entità della sanzione, probabilità della sua applicazione e rapidità della esecuzione, costituiscono i tre pilastri su cui si fonda l'efficacia dissuasiva di qualunque provvedimento sanzionatorio. In tale ottica, la direttiva 2000/35 CE considera realmente dissuasive le conseguenze del ritardato adempimento, solo ove accompagnate da procedure per il recupero dei crediti *rapide ed efficaci*. Il principio, già ricordato, è ulteriormente specificato nella norma di cui all'articolo 5 della stessa direttiva: *“Gli Stati membri assicurano che un titolo esecutivo possa essere ottenuto, indipendentemente dall'importo del debito, di norma entro 90 giorni di calendario dalla data in cui il creditore ha presentato un ricorso o ha proposto una domanda dinanzi al giudice o altra autorità competente, ove non siano contestati il debito o gli aspetti procedurali. Gli Stati membri assolvono a tale obbligo secondo le rispettive disposizioni legislative, regolamentari e amministrative”*. Per titolo esecutivo si intende, ai sensi dell'articolo 2, *“ogni decisione, sentenza o ordine di pagamento, sia immediato che rateale, pronunciati da un tribunale o a altra autorità competente, che consenta al creditore di ottenere, mediante esecuzione forzata, il soddisfacimento della propria pretesa nei confronti del debitore.”*

La direttiva, infine, non impone agli Stati membri di adottare una procedura specifica o di apportare specifiche modifiche alle procedure giuridiche in vigore, ma richiede esclusivamente che un titolo esecutivo possa essere nella disponibilità del creditore entro novanta giorni dalla richiesta al giudice competente. Nella cornice così delineata si inserisce l'opera di modifica al codice di procedura civile operata dal legislatore delegato del 2002.

Muovendo dalla esistenza nel nostro ordinamento di un istituto, quale quello disciplinato dagli articoli 633 ss. c.p.c., la cui finalità è proprio quella di fornire

al creditore un titolo esecutivo in tempi rapidi²⁷¹, il legislatore ha ritenuto opportuno non prevedere una procedura apposita per il recupero dei crediti “commerciali”, preferendo la via della modifica alle norme in materia di ingiunzione. Il risultato normativo così ottenuto, peraltro, sarà applicabile a *tutti* i rapporti creditorî, indipendentemente dalla natura, commerciale o meno, del credito vantato.

La disciplina del procedimento di ingiunzione non sarà oggetto di trattazione. In questa sede si segnaleranno esclusivamente le principali innovazioni apportate al superiore istituto dal d.lgs. 231/2002.

Le finalità perseguite dal legislatore del 2002 sono due: abbreviare il percorso per la formazione del titolo esecutivo, rendere la disciplina applicabile anche ai rapporti internazionali. Quanto a quest’ultimo aspetto, occorre superare la previsione di cui all’articolo 633 ult. co. c.p.c. che impediva il ricorso all’istituto in caso di notifica da effettuarsi all’estero. La norma, vivacemente criticata sia in dottrina che in giurisprudenza, è stata abrogata. Come corollario “opportuno anche se non inevitabile”²⁷² di tale abrogazione, il novellato articolo 641 dispone ora che “Se l’intimato risiede in uno degli altri Stati dell’Unione europea, il termine è di cinquanta giorni e può essere ridotto fino a venti giorni. Se l’intimato risiede in altri Stati, il termine è di sessanta giorni e, comunque, non può essere inferiore a trenta né superiore a centoventi”. La norma, prevista in ragione della maggiore difficoltà che potrebbe incontrare un debitore residente all’estero nella proposizione della opposizione, sostituisce il riferimento alle “provincie libiche o ai territori sottoposti alla sovranità italiana”, peraltro già tacitamente abrogato.

Quanto al primo aspetto, l’art. 641, come novellato dall’articolo 9 comma 2 lett. a) del d.lgs. 231/2002, prevede che “se sussistono le condizioni previste

²⁷¹E che si fonda da un lato sulla forte probabilità di esistenza del credito, dall’altro sulla rapida riscontrabilità di tale esistenza. Cfr. in materia C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2011, III, 7 ss.

²⁷²Cfr. Vullo, *Le disposizioni processuali del d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2003, 21.

dall'articolo 633, il giudice, con decreto motivato²⁷³ *da emettere entro trenta giorni dal deposito del decreto*, ingiunge all'altra parte di pagare la somma o consegnare la cosa (...). Il d.lgs. 231/2002 aggiunge dunque, al primo periodo dell'articolo 641 c.p.c., il termine di trenta giorni per la emissione del decreto. E così, ad una normativa europea che chiedeva agli Stati membri di assicurare la formazione di un titolo esecutivo entro *novanta giorni* dalla presentazione della domanda, il legislatore italiano risponde prevedendo un termine, *ordinatorio*²⁷⁴, *per la emissione del decreto di ingiunzione*. La spiegazione è intuitiva: il decreto ingiuntivo, una volta emesso, *anche se dotato di provvisoria esecutività*, non risponde alla definizione di titolo esecutivo di cui al citato articolo 2 della direttiva 2000/35 CE. Ed invero, affinché il decreto possa consentire al creditore “di ottenere, mediante esecuzione forzata, il soddisfacimento della propria pretesa nei confronti del debitore”, è necessario non solo il decorso infruttuoso dei quaranta giorni previsti per la opposizione da parte del debitore, ma anche (o solo, qualora il decreto sia emesso provvisoriamente esecutivo), l'apposizione della formula esecutiva ad opera del cancelliere (articoli 475 c.p.c). La sequenza temporale è per tanto la seguente: deposito del ricorso, emissione del decreto, decorrenza dei quaranta giorni previsti per la opposizione, richiesta della “esecutorietà”, rilascio della esecutorietà. In tale complesso procedimento il legislatore delegato del 2002 si inserisce dettando un termine ordinatorio di trenta giorni per la emissione del decreto, decorrente dalla presentazione del ricorso. Ben poca cosa, per il vero, ed infatti il termine di novanta giorni, anche in assenza di opposizione da parte del debitore, quasi mai viene rispettato. Quanto

²⁷³ La giurisprudenza ritiene sufficiente una motivazione *per relationem*: “Il giudice che emette il decreto ingiuntivo accogliendo le ragioni del ricorrente ne fa propri i motivi, per cui il riferimento a questi è sufficiente ad integrare *per relationem* la motivazione del provvedimento, necessaria ai sensi del combinato disposto degli articoli 641, c.1, e 135, c. 2 Cfr. Cassazione 16 giugno 1987 n. 5310 in *Giust. civ.* Mass. 1987, fasc. 6.

²⁷⁴ Sulla natura del termine di cui al novellato articolo 641 c.p.c. non sussistono dubbi: da un lato, la stessa relazione governativa al d.lgs. 231/2002 lo qualifica ordinatorio, dall'altro l'articolo 152 c.p.c. dispone che “i termini stabiliti dalle leggi sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara espressamente perentori”.

alle condizioni di ammissibilità, particolarmente interessante, nell'ottica della presente trattazione, appare il comma secondo dell'articolo 634: *“Per i crediti relativi a somministrazioni di merci e di danaro, nonché per prestazioni di servizi, fatte da imprenditori che esercitano un'attività commerciale, anche a persone che non esercitano tale attività, sono altresì prove scritte idonee gli estratti autentici delle scritture contabili di cui agli art. 2214 e seguenti del codice civile, purché bollate e vidimate nelle forme di legge e regolarmente tenute, nonché gli estratti autentici delle scritture contabili prescritte dalle leggi tributarie, quando siano tenute con l'osservanza delle norme stabilite per tali scritture”*. Di là della ipotesi testualmente prevista nel codice, la quale non pone particolari problemi esegetici, e che, peraltro, sembra perfettamente sovrapponibile all'oggetto delle transazioni commerciali di cui al d.lgs. 231/2002, è necessario chiedersi il valore probatorio della mera “fattura”. Il tema della rilevanza probatoria del documento da ultimo citato ha vivacemente interessato la giurisprudenza. Orbene, costituisce ormai principio consolidato che la fattura, anche se non integra la ipotesi di cui al secondo comma dell'articolo 634 c.p.c, può valere come “prova scritta” del credito ai sensi del precedente articolo 633: in quanto atto formato dalla stessa parte che intende valersene, tuttavia, la efficacia probatoria della fattura è limitata alla fase di emissione del decreto *“La fattura, ove proveniente da un imprenditore esercente attività commerciale e relativa fornitura di merci o prestazioni di servizi (anche a cliente non esercente, a sua volta, la medesima attività), rappresenta idonea prova scritta del credito quale richiesta ex lege per l'emissione di un decreto ingiuntivo, sempre che ne risulti la regolarità amministrativa e fiscale. Deve escludersi, peraltro, che la stessa fattura possa rappresentare nel giudizio di merito - e anche in quello di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto in base a essa - prova idonea in ordine così alla certezza, alla liquidità e alla esigibilità del credito dichiaratovi, come ai fini della dimostrazione del fondamento della pretesa. La fattura, infatti, si inquadra tra gli atti giuridici a contenuto*

partecipativo, consistendo nella dichiarazione indirizzata all'altra parte di fatti concernenti un rapporto già costituito, per cui quando tale rapporto sia contestato tra le parti, la fattura, ancorché annotata nei libri obbligatori, proprio per la sua formazione a opera della stessa parte che intende avvalersene, non può assurgere a prova del contratto, ma, al più, può rappresentare un mero indizio della stipulazione di esso e dell'esecuzione della prestazione, mentre nessun valore, neppure indiziario, le si può riconoscere in ordine alla rispondenza della prestazione stessa a quella pattuita, come agli altri elementi costitutivi del contratto"²⁷⁵.

Quanto, infine, alla efficacia provvisoriamente esecutiva del decreto ingiuntivo, oltre alle ipotesi già contemplate dal codice di procedura civile, l'art. 9 del d.lgs. 231/2002 introduce la provvisoria esecuzione parziale del decreto, limitatamente alle somme non contestate in fase di opposizione. Si pensi al caso, frequente nella prassi, di contestazione limitata alla misura degli interessi moratori. Con la disposizione da ultimo citata il legislatore ha posto fine al dibattito sia sulla possibilità di ottenere la provvisoria esecuzione parziale del decreto, sia sulla possibilità di ottenere la concessione di una ordinanza di ingiunzione ex articolo 186 bis e ter del c.p.c. nel medesimo procedimento monitorio, consentendo al giudice di modificare il decreto opposto al fine di assicurare al creditore l'immediata soddisfazione sulle somme non contestate. Per cui: nella fase di *emissione*, il decreto *deve* essere dichiarato provvisoriamente esecutivo, se richiesto e se il credito è fondato su cambiale assegno, certificato di borsa o atto notarile o, comunque, su atto pubblico; *può* essere dichiarato provvisoriamente esecutivo se richiesto, e se sussista pericolo di grave pregiudizio nel ritardo. Nella fase di *opposizione*, *può* essere dichiarato provvisoriamente esecutivo se l'opposizione non sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione o se la parte che l'ha chiesta offra cauzione, deve essere

²⁷⁵ Cfr. *ex multis* Cassazione III sez. civile, 3 aprile 2008, n. 8549, in *Diritto & Giustizia* 2008.

dichiarato *parzialmente* esecutivo limitatamente alle somme non contestate, salvo che l'opposizione non sia proposta per vizi procedurali.

Una ultima questione riguarda l'applicabilità *rationae temporis* delle norme introdotte con l'articolo 9 del d.lgs. Il problema consiste nello stabilire se, anche per tali modifiche, debba applicarsi l'articolo 11 dello stesso decreto in base al quale "le disposizioni del presente decreto non si applicano ai contratti conclusi prima dell'8 agosto 2002", con la conseguenza che, in tal caso, le norme del novellato procedimento monitorio troverebbero applicazione solo in relazione a contratti stipulati a partire da tale data.

La questione è pacificamente risolta da dottrina²⁷⁶ e giurisprudenza: *“La disposizione transitoria contenuta nell'art. 11 comma 1 d.lg. n. 231 del 2002 appare riferibile alle sole disposizioni di diritto sostanziale introdotte dal decreto. In particolare, il riferimento ai "contratti" contenuto nel cit. art. 11 va posto in relazione con la limitazione dell'ambito di applicazione del decreto alle transazioni commerciali di cui all'art. 1, limitazione riferibile alle disposizioni di diritto sostanziale e non anche alle disposizioni di contenuto processuale contenute nell'art. 9, posto che tali disposizioni hanno modificato previsioni di contenuto generale contenute nel codice di procedura civile, non riferibili alle sole transazioni commerciali; d'altra parte, aderendo all'opposta interpretazione, si perverrebbe alla conclusione irrazionale che la prima parte dell'art. 648 c.p.c. ha contenuto generale, mentre la seconda parte, introdotta dal citato art. 9, sarebbe applicabile solo nell'ipotesi di decreti ingiuntivi fondati su contratti.”*²⁷⁷.

²⁷⁶ Si veda G. De Nova – S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 40.

²⁷⁷ Tribunale Verona 18 agosto 2003 in *Giur. Merito*, 2004, 1118.

4.2 La tutela degli interessi collettivi

Come già accennato, i paragrafi quattro e cinque dell'articolo 3 della 2000/35 CE, sul presupposto della particolare vulnerabilità della singola impresa, impongono agli Stati membri l'adozione di adeguate misure di tutela collettiva. Le norme dettate sul punto dal legislatore europeo sono caratterizzate da una forte carica di indeterminatezza. Spetterà quindi ai singoli ordinamenti chiarire: cosa si intenda per *“mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a condizioni gravemente inique nel senso di cui al paragrafo 3”*; quali siano le *“organizzazioni titolari di un riconoscimento ufficiale di legittimo interesse a rappresentare piccole e medie imprese”*; in cosa consistano i *“mezzi appropriati ed efficaci per impedire che si continui a ricorrere a tali condizioni”*.

Il legislatore italiano ha dato attuazione alle disposizioni su ricordate con l'articolo 8 del d.lgs. 231/2002, in base al quale *“Le associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani, sono legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi, richiedendo al giudice competente: a) di accertare la grave iniquità, ai sensi dell'articolo 7, 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.*

L'inibitoria è concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile.

In caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui ai commi 1 e 2, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito, dispone il pagamento di una somma di denaro, da Euro 500 a Euro 1.100, per ogni giorno di ritardo, tenuto conto della gravità del fatto.”

Nella analisi della disposizione occorrerà soffermarsi in primo luogo sulle problematiche di carattere generale (legittimazione attiva e passiva, competenza, rapporto tra azione collettiva e individuale); successivamente sulle principali questioni poste dai singoli rimedi. Occorre premettere, tuttavia, che la norma appare estremamente lacunosa: dal testo dell'articolo in commento non è dato evincere, ad esempio, quale sia il giudice competente; cosa accada nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; a chi spetti, e quando possa essere disposta, la somma di cui al terzo comma; quali siano, o possano essere, i rapporti tra azione individuale e “collettiva”; chi sia, infine, il soggetto legittimato passivo.

L'unico profilo sufficientemente chiaro attiene alla legittimazione attiva: il legislatore, specificando la generica previsione della 2000/35 CE, individua nelle associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, “prevalentemente” in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e dell'artigianato, quelle organizzazioni titolari di un riconoscimento “ufficiale di legittimo interesse a rappresentare piccole e medie imprese” cui faceva cenno il testo europeo.

Solo alcuni chiarimenti: la composizione del CNEL è disciplinata dall'art. 2 della legge 30 dicembre 1986, n. 936, così come modificato dalla legge 7 dicembre 2000, n.383²⁷⁸. Il giudice, per verificare la legittimazione attiva della

²⁷⁸ Il Cnel è composto da centoventuno membri, oltre il Presidente, secondo la seguente ripartizione:
- *dodici esperti*, scelti fra qualificati esponenti della cultura economica, sociale e giuridica di cui otto nominati dal Presidente della Repubblica e quattro, nominati dal Presidente della Repubblica, su proposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.
- *novantanove* rappresentanti delle categorie produttive di beni e servizi nei settori pubblico e privato, dei quali quarantaquattro in rappresentanza del lavoro dipendente, diciotto in rappresentanza del lavoro

singola associazione attrice, dovrà dunque accertare se detta associazione ha un proprio rappresentante nel CNEL²⁷⁹.

Le perplessità in merito al su indicato meccanismo di determinazione della legittimazione attiva sono diverse. Anzitutto, la presenza (di un proprio esponente) nel CNEL non è sinonimo di rappresentatività della associazione²⁸⁰; in secondo luogo la norma sembra, *apparentemente*²⁸¹, escludere la legittimazione delle associazioni dei professionisti; in terzo luogo la disposizione esclude *certamente* quella delle associazioni straniere; infine, non è ben chiaro se legittimate ad agire siano solo le associazioni nel loro sostrato organizzativo *nazionale*, o se tale facoltà sia anche riconosciuta alle diramazioni periferiche delle stesse.

autonomo (suddivisi tra: coltivatori diretti, artigiani, liberi professionisti, cooperative di produzione e consumo) trentasette in rappresentanza delle imprese (agricoltura e pesca, industria, commercio e turismo, servizi in particolare trasporto, credito, assicurazioni) nominati con Decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.

- *Dieci* in rappresentanza delle associazioni di promozione sociale e delle organizzazioni del volontariato nominati con Decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. I membri del Consiglio durano in carica 5 anni e possono essere riconfermati.

²⁷⁹ Attualmente le associazioni di categoria che hanno un proprio rappresentante nel CNEL, nei settori dei lavoratori autonomi e delle imprese, sono: FEDERPESCA, COLDIRETTI, CIA, CONFAGRICOLTURA, CONFCOMMERCIO, CONFPROFESSIONI, CONFESERCENTI, CONFINDUSTRIA, CONFARTIGIANATO, CNA, ENI, ANIA, CONFSERVIZI, CONFETRA, ABI, CONFITARMA; CLAAI; CASARTIGIANI; COPAGRI; LEGACOOOP; UNCI; AGCI; Consiglio nazionale degli ingegneri; Consiglio Nazionale Dott. Commercialisti e Esperti Contabili; Collegio Nazionale Agrotecnici E Agrotecnici Laureati; Consiglio Nazionale Chimici.

Si veda il sito: www.cnel.it.

²⁸⁰ Cfr. M. Farneti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 604, “Le qualità *individuali* di un membro rispetto ad un altro, ovvero anche il semplice *turnover* del gioco politico, proiettati sulla scala esponenziale dei relativi gruppi di appartenenza, potrebbero determinare l’esclusione temporanea della legittimazione a carico di enti pur sufficientemente rappresentativi, o addirittura maggiormente rappresentativi rispetto ad altri attualmente legittimati”. Si noti che, sul punto, si registra una netta divaricazione con quanto previsto in materia di consumo all’articolo 137 del d.lgs. 206/2005.

²⁸¹ E’ in effetti ragionevole ritenere che il legislatore, nel riferirsi alle associazioni di categoria degli *imprenditori* presenti nel CNEL, abbia abbracciato la definizione di imprenditore di cui al d.lgs. 231/2002, definizione che comprende, com’è noto, anche gli esercenti una libera professione.

Quanto poi al termine “prevalentemente”, lo stesso è stato interpretato, dai primi commentatori²⁸², come una puntualizzazione resa necessaria dal riferimento alle associazioni presenti nel CNEL: la legge, facendo generico riferimento alle associazioni ivi rappresentate, avrebbe potuto comportare un allargamento della legittimazione attiva anche ad enti estranei alle esigenze delle piccole e medie imprese. La puntualizzazione, dunque, avrebbe il compito di delimitare in negativo l’ambito del riconoscimento legislativo, creando una sottocategoria di associazioni, tra quelle presenti nel Consiglio Nazionale, alle quali soltanto attribuire la legittimazione attiva, ad esito di un discrezionale apprezzamento del giudice in ordine alla “prevalenza” della rappresentatività: legittimate attive sarebbero così quelle associazioni che rappresentino *anche* grandi imprese, ma che rappresentino *prevalentemente* quelle medie o piccole.

Questa impostazione è stata criticata²⁸³, sulla base di un duplice ordine di ragioni: anzitutto, si è sottolineato la difficoltà di interpretare il criterio della “prevalenza” in assenza di puntuali indici individuati dal legislatore: su che basi discriminare, tra associazioni che rappresentino sia grandi che piccole imprese, quelle che rappresentino queste ultime in misura prevalente? Altro argomento è quello che fa leva sulla disparità di trattamento che si verrebbe *arbitrariamente* a creare tra imprese grandi e imprese medio/piccole: da un lato, in effetti, le previsioni del d.lgs. 231/2002 si applicano a qualsiasi creditore, sia piccolo che grande; dall’altro, però, la tutela collettiva sarebbe riconosciuta solo ai creditori “medio-piccoli”, e ciò “in stridente contrasto, ingiustificato e irragionevole, rispetto al principio di parità di trattamento”. In conclusione, dunque, la subordinata della prima proposizione dell’articolo 8 si limiterebbe ad enfatizzare lo “scopo primario” delle regole comunitarie recepite: ad essere legittimate

²⁸² Cfr. G. De Nova – S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 33; V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 85 ss.

²⁸³ Cfr. M. Farneti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 609.

sarebbero *tutte* le associazioni presenti nel CNEL, ma la direzione della normativa è in favore delle piccole e medie imprese.

La tesi non convince. E' incontestabile che il giudizio di prevalenza in merito alla rappresentatività sia giudizio difficile, ma, ritengo, né impossibile né arbitrario. Inoltre non si vede come possa essere "irragionevole" la scelta di riservare la tutela collettiva a vantaggio dei soli creditori (particolarmente) deboli: come si è già sottolineato, la *ratio* della normativa di cui all'articolo in commento riposa proprio sulla scarsa informazione e sulla particolare debolezza in cui versano le imprese medio-piccole, ed è lecito supporre che tali situazioni non si verificano in capo a quelle di grandi dimensioni. La stessa normativa europea, peraltro, nel prevedere la tutela collettiva, impegna gli Stati membri ad adottare "disposizioni che consentono a organizzazioni titolari di un riconoscimento ufficiale di legittimo interesse a *rappresentare piccole e medie imprese...*" con ciò evidentemente riservando la tutela "rafforzata" ad una classe ben specifica di soggetti.

Quanto alla legittimazione passiva, occorre premettere che il legislatore delegato, a differenza di quanto previsto in materia di rapporto di consumo²⁸⁴, non ha espressamente indicato il soggetto nei cui confronti può essere esperita l'azione inibitoria di cui all'articolo 8: non è ben chiaro, nello specifico, se la tutela collettiva possa essere esperita esclusivamente nei confronti di chi *utilizzi* le condizioni generali (ritenute) gravemente inique, o se legittimato passivo possa essere considerato anche il soggetto che si limiti a *predisporre* le stesse, *raccomandandone* poi l'uso alle singole imprese. Tuttavia, non potendo in questa sede ripercorrere le tensioni interpretative in merito all'articolo 1469- *sexies* nella

²⁸⁴ Si veda l'articolo 37 del d.lgs. 206/2005 a mente del quale "le associazioni rappresentative dei consumatori di cui all'articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio *il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano* l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente titolo."

sua originaria formulazione²⁸⁵, è possibile pervenirne alle medesime conclusioni che la giurisprudenza seppe fornire sul punto: l'azione inibitoria di cui all'articolo 8 del d.lgs. 231/2002 è esperibile anche nella fase prodromica alla effettiva utilizzazione di determinate clausole e, dunque, anche nei confronti di quei soggetti che, per loro natura, non utilizzano direttamente le stesse, ma si limitano a predisporle e a consigliarne l'utilizzo. E' bene notare sin da subito, tuttavia, che la tutela posta dalla disposizione in commento non ha carattere generale, ma è diretta ad operare esclusivamente in relazione alle "condizioni generali" gravemente inique, con esclusione, dunque, delle ipotesi in cui il regolamento contrattuale sia stato concordato dalle parti, o dalle contrapposte associazioni di categoria.

Se la legittimazione passiva può dunque infierirsi indirettamente da oggetto e funzione della tutela prevista, e quella attiva è delineata espressamente tramite il rinvio alla composizione del CNEL, non è dato rinvenire alcuna norma, esplicita o implicita, in materia di giurisdizione e competenza²⁸⁶, al di fuori di un generico richiamo al "giudice competente". In assenza di disposizioni specifiche, dunque, si deve ritenere applicabile la ordinaria disciplina posta dal codice di procedura civile²⁸⁷.

Resta da chiarire il rapporto tra azioni individuali e azione collettiva ex art. 8 d.lgs. 231/2002.

I casi prospettabili sono due. Se il singolo imprenditore è parte di un rapporto contrattuale disciplinato mediante ricorso a condizioni generali (ritenute)

²⁸⁵ Per le quali si veda M. Farneti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 612 ss.

²⁸⁶ Si notano ancora una volta le differenze con la materia del rapporto di consumo. L'articolo 140 del d.lgs. 206/2005, anche se sotto il profilo della competenza si limita ad un generico riferimento "al Tribunale", è chiaro sul tema della giurisdizione: ai sensi del comma 11, "Resta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80". Molto più preciso è il legislatore nel successivo articolo 140 *bis*, ma trattasi, come è noto, di una procedura assai differente da quella qui oggetto di analisi.

²⁸⁷ Dello stesso avviso V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 89

gravemente inique, il rimedio concesso dall'ordinamento è quello di cui all'articolo 7 del d.lgs. 231/2002: riconduzione ad equità dell'accordo o, in alternativa, applicazione dei termini legali. Se, di contro, l'imprenditore non è parte di un tale rapporto contrattuale, in capo allo stesso difetta l'interesse ad agire: a tutela della *diversa* posizione che fa capo agli imprenditori *potenziali* contraenti, potranno (unicamente) intervenire le associazioni che, soddisfatti i requisiti soggettivi richiesti dall'articolo 8, possono essere considerate portatrici *legittime* dell'interesse collettivo in questione. Lo stesso dato testuale, del resto, è inequivocabile nell'attribuire la legittimazione alle azioni ex art. 8 alle (sole) associazioni (rappresentate nel CNEL)²⁸⁸.

Esaurita l'analisi delle questioni di carattere generale è ora possibile soffermarsi brevemente sul contenuto della azione collettiva.

Stante la formulazione letterale dell'articolo 8, occorre anzitutto chiedersi se possa sussistere una azione di accertamento non finalizzata alla inibitoria delle clausole ritenute gravemente inique. La norma in commento, in effetti, si presenta strutturalmente diversa da quella versata nell'articolo 37 del d.lgs. 206/2005 in materia di consumo: se in quest'ultimo caso, infatti, l'inibitoria sembra essere conseguenza inevitabile dell'accertamento della abusività²⁸⁹, nel diverso caso di cui al d.lgs. 231/2002, l'azione di accertamento della grave iniquità pare godere di vita autonoma, emancipandosi, per così dire, dal rimedio inibitorio, e assurgendo infine al ruolo di azione *di mero* accertamento. In realtà

²⁸⁸ Dello stesso avviso A.M. Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 145, secondo il quale “riconoscere tale legittimazione al singolo imprenditore introdurrebbe, in via generale ed astratta, il controllo del giudice sulle condizioni generali contenenti le clausole (...) potenzialmente inique in un momento anteriore alla loro operatività.”

²⁸⁹ “Le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto *e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività* ai sensi del presente titolo.” Non sono tuttavia mancate voci contrarie in dottrina. Per una sintetica ricostruzione delle diverse posizioni sul punto si veda M. Farneti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 617 in nota 109.

il dato normativo depone in senso contrario alla ammissibilità di una siffatta azione. Per convincersi della fondatezza di tale ultima affermazione, risulta dirimente una analisi del testo della 2000/35 CE: non quello italiano, però, lacunoso e *strutturalmente* incomprensibile²⁹⁰. Si ponga attenzione al testo inglese del comma quinto dell'art. 3 "The means referred to in paragraph 4 shall include provisions whereby *organisations officially recognised* as, or having a legitimate interest in, representing small and medium-sized enterprises *may take action* according to the national law concerned before the courts or before competent administrative bodies *on the grounds that contractual terms drawn up for general use are grossly unfair* within the meaning of paragraph 3, *so that they can apply appropriate and effective means to prevent the continued use of such terms.*". Pare non sussista alcun dubbio, dunque, per lo meno nelle intenzioni del legislatore europeo, circa lo stretto legame tra azione di accertamento e inibitoria: la prima, vista come presupposto logico – giuridico rispetto alla seconda; la seconda costituente traduzione positiva degli *effective means to prevent the continued use of such terms*.

L'articolo 8 del d.lgs. 231/2002, lettera a), prevede dunque due azioni, l'una finalizzata all'esperimento dell'altra: l'accertamento della grave iniquità resta connesso alle logiche di cui all'articolo 7, con gli opportuni adattamenti dovuti

²⁹⁰ Si invita l'interprete a dare un senso ad una disposizione così formulata "I mezzi di cui al paragrafo 4 sono tra l'altro disposizioni che consentono a organizzazioni titolari di un riconoscimento ufficiale di legittimo interesse a rappresentare piccole e medie imprese, *possono agire* a norma della legislazione nazionale dinanzi ai tribunali o a organi amministrativi competenti per decidere se le condizioni contrattuali stabilite per uso generale sono gravemente inique ai sensi del paragrafo 3, in modo che possano ricorrere a mezzi appropriati ed efficaci per impedire che si continui a ricorrere a tali condizioni." Dell'assoluta scorrettezza della superiore disposizione si è evidentemente accorta anche la Commissione europea, che, nella proposta di rifusione della 2000/35 CE del giorno 8.4.2009, così modifica la relativa prescrizione: (in grassetto le modifiche, tra parentesi quadrata le parti di testo eliminate)

"I mezzi di cui al paragrafo 42 sono tra l'altro disposizioni che consentono a organizzazioni **di rappresentanza** [titolari di un riconoscimento ufficiale di legittimo interesse a rappresentare piccole e medie imprese, possono] di agire a norma della legislazione nazionale dinanzi ai tribunali o a organi amministrativi competenti [per decidere se le condizioni contrattuali stabilite per uso generale]**quando clause** sono gravemente inique [ai sensi del paragrafo 3], in modo che possano ricorrere a mezzi appropriati ed efficaci per **impedire il ricorso continuo a tali clause**

alla natura collettiva dell'azione; l'inibitoria si presenta come rimedio principe, rimedio peraltro "armato" dalla previsione del successivo comma 3, giusta la naturale incoercibilità propria di un obbligo di *non facere*. Ricorrendo le condizioni previste dall'articolo 669 bis del c.p.c., peraltro, l'inibitoria può essere concessa anche in via di urgenza²⁹¹.

L'azione inibitoria²⁹², in effetti, si presenta come strumento di tutela privilegiato tutte quelle volte in cui una tutela risarcitoria e, dunque, successiva alla violazione, appaia inadeguata. E' stato infatti sottolineato "l'azione inibitoria è lo strumento mediante il quale numerosi ordinamenti moderni garantiscono la tutela preventiva di situazioni giuridiche per le quali la tutela risarcitoria o quella restitutoria, proprio perché destinate ad operare dopo l'avvenuta violazione del diritto, appaiono inadeguate, anche in considerazione della difficoltà di valutazione economica del danno"²⁹³.

L'inibitoria, nel sistema delineato dall'articolo 8, consegue dunque necessariamente all'accertamento della grave iniquità delle condizioni generali: è esito *necessario*, dunque, ma non *esclusivo*. La lettera b) della medesima disposizione, prevede infatti, quale possibile oggetto di richiesta al giudice competente, l'adozione di "misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate". Dunque, l'azione a tutela degli interessi collettivi può avere ad oggetto: a) l'accertamento della grave iniquità e la conseguente inibitoria delle condizioni generali riguardanti termini di pagamento e conseguenze dell'inadempimento; b) l'adozione delle misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

²⁹¹ Per un approfondimento sul punto cfr. V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 93 s.

²⁹² La produzione dottrinale in materia è molto vasta. Si segnalano, senza pretesa di esaustività: A. Bellelli A., *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 614 ss; V. Carnevale, *Tutela inibitoria*, in *Digesto, Disc. priv. sez. civ.*, I agg., 2007 ; A. Frignai, *Inibitoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989; M. Libertini, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 385 ss;

²⁹³ Cfr. S.Mazzamuto –A. Plaia, *Provvedimenti inibitori a tutela del consumatore: la legge italiana 30 luglio 1998, n. 281 e la direttiva 98/27/ce*, in *Eur. e dir. priv.* 1999, 672.

I provvedimenti ex lettera c) (pubblicazione del provvedimento) ed ex comma 3, sono comunque conseguenza di una pronuncia resa in una delle due ipotesi principali. Occorre quindi valutare in cosa consistano le misure di cui alla lettera b), e quale sia il presupposto per la loro adozione. Quanto a quest'ultimo aspetto deve ritenersi che il legislatore si riferisca alla predisposizione/utilizzo di condizioni generali gravemente inique concernenti la data del pagamento o le conseguenze del ritardato adempimento: è questa la *violazione* accertata, accertata, per l'appunto, ex lettera a) primo periodo, del medesimo articolo 8. Quanto allo specifico strumento di tutela, occorre interrogarsi su possibili mezzi con il quale il giudice elimini non già *le violazioni* (inibendone l'uso per il futuro, o, come sostenuto²⁹⁴, (ri)formulando la clausola gravemente iniqua in maniera da allinearla alla disciplina del decreto), ma le *conseguenze* di dette violazioni. La difficoltà di individuare, stante i presupposti oggettivi di applicazione della norma, “ambiti di lesione e profili di responsabilità che non siano ricompresi (sia pure in senso molto atecnico) nella nullità della clausola iniqua o, in ottica preventiva, nel divieto della sua inserzione nel contratto”²⁹⁵, appare fondato il sospetto circa l'inadeguatezza della pedissequa estensione del modello di cui alla legge n. 281/1998 alla materia delle transazioni commerciali: la varietà delle situazioni protette dalla richiamata normativa consumeristica, infatti, ben giustificava un approccio per così dire “aperto” nello strumentario di tutela, secondo la valutazione di opportunità di volta in volta effettuata dal giudice. Al contrario, nella materia di cui al decreto in commento, una “misura idonea” che si risolvesse, stante la inconfigurabilità pratica di un danno da risarcire diverso da quello connesso all'inadempimento del contratto, nella modifica operata dal giudice alle condizioni generali da applicare *in futuro*, si rivelerebbe “una limitazione ingiustificata e per ciò stesso inammissibile degli spazi di

²⁹⁴ Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 317

²⁹⁵ M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 181 s.

autodeterminazione dei contraenti”²⁹⁶. Va in definitiva accolto, quindi, il rilievo di chi ha sottolineato, in relazione allo strumento posto dal legislatore italiano, “la scarsa plausibilità teorica (...) e l’altrettanto scarsa percorribilità pratica”²⁹⁷.

Ultimo tema da trattare è quello relativo al pagamento della somma di denaro di cui al terzo comma dell’articolo 8. Il provvedimento inibitorio di cui all’articolo in commento non può essere eseguito coattivamente²⁹⁸. Sulla scorta di tale considerazione, e in aderenza con quanto già previsto in materia di consumo dall’articolo 5-bis della legge 281 del 1998²⁹⁹, il legislatore ha introdotto una misura coercitiva di esecuzione forzata indiretta, il cui scopo è chiaramente quello di indurre il debitore ad adempiere “spontaneamente” al comando giudiziale³⁰⁰.

La formulazione della norma in commento lascia aperti alcuni dubbi ermeneutici. Anzitutto, l’inciso “anche su domanda dell’associazione che ha

²⁹⁶ M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 186

²⁹⁷ M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 180

²⁹⁸ La produzione dottrinale in materia è vasta. Si veda M. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, in *Jus*, 1988,95; A. Giussani, *Inibitoria*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1998; A. Plaia, *L’inibitoria cautelare e la misura compulsoria a tutela del diritto d’autore*, in *Contratto e impresa*, 2001, 750 ss

²⁹⁹ Norma poi confluita nel comma 7 dell’articolo 140 d.lgs. 206/2005. Cfr. S.Mazzamuto –A. Plaia, *Provvedimenti inibitori a tutela del consumatore: la legge italiana 30 luglio 1998, n. 281 e la direttiva 98/27/ce*, in *Eur. e dir. priv.* 1999, 670 ss.

³⁰⁰ La questione si inserisce a pieno titolo nell’ambito del più ampio dibattito, cui recentemente il legislatore interno pare avere offerto risposta, relativo alla ammissibilità nel nostro ordinamento di un sistema generale di *astreinte* per l’ipotesi di inadempimento di obblighi di non fare o di fare “infungibili”. Prima della riforma attuata con la legge 69 del 2009 che, come meglio si vedrà, ha introdotto nel c.p.c. il nuovo articolo 614-bis rubricato “Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare”, il nostro ordinamento conosceva solo alcune ipotesi *tipiche* di *astreinte*, tra le quali quella qui in commento (si confrontino anche le ipotesi di cui all’articolo 163, secondo comma, legge 22.4.1941 n. 633 in materia di diritto d’autore; l’articolo 124, secondo comma, del d.lgs. 10.2.2005 n. 30 codice della proprietà industriale; l’articolo 140 comma 7 del d.lgs. 206 del 2005 codice del consumo, l’articolo 18 decimo comma dello statuto dei diritti del lavoratore). In un simile quadro, comprensibilmente alquanto frammentato, la dottrina già da tempo auspicava l’adozione di un istituto di carattere generale, anche per ricondurre il sistema, se non ad unità, quanto meno alla coerenza sistematica (confronta S.Mazzamuto – A. Plaia, *Provvedimenti inibitori a tutela del consumatore: la legge italiana 30 luglio 1998, n. 281 e la direttiva 98/27/ce*, in *Eur. e dir. priv.* 1999, 684). “Come tutte le disposizioni tanto attese”, tuttavia, il nuovo articolo 614-bis del c.p.c. pone non poche questioni ermeneutiche. In questa sede non è possibile analizzare compiutamente la nuova disposizione: ci si limita a richiamare il dibattito, e a rinviare a S. Mazzamuto, *La comminatoria di cui all’articolo 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità della prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, IV, 947 ss.

agito”, pare attribuire al giudice il potere di pronunciare l’*astrainte* (anche) di ufficio: resta da capire se tale provvedimento debba necessariamente figurare nella stessa sentenza³⁰¹ con cui si *commina* l’inibitoria, ovvero se il potere di disporre la misura debba essere esercitato successivamente, in caso di inadempimento degli obblighi. La prima soluzione sembra farsi preferire, anche a costo di una forzatura del dato letterale della disposizione³⁰². Non è infine chiaro il *destinatario* della somma: non essendo stato riprodotto l’inciso di cui all’attuale comma 7 del d.lgs. 206/2005³⁰³, deve ritenersi che la stessa vada attribuita alla associazione che ha agito.

³⁰¹ O ordinanza cautelare.

³⁰² Così V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 9 s.

³⁰³ In base al quale “Tali somme di denaro sono versate all’entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze al fondo da istituire nell’ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero delle attività produttive, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori.”

CAPITOLO III

Le rinnovate esigenze di tutela a oltre dieci anni dalla direttiva 2000/35 CE. Analisi dei dati macroeconomici e interni; prospettive di riforma. La nuova direttiva europea in materia di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali.

Sommario. 1. Premessa. – 2. La disciplina armonizzata di cui alla 2000/35 Ce alla prova: evoluzione dei tempi di pagamento a livello europeo, prospettive ed esigenze di riforma. – 3. La contrattazione della Pubblica Amministrazione in Italia alla luce del d.lgs. 231/2002: evoluzione giurisprudenziale in materia di termini di pagamento, il riconosciuto carattere di “imperatività” nella giurisprudenza amministrativa. – 4. La direttiva 2011/7 UE del 16 febbraio 2011.

1. Premessa

Con la direttiva 2000/35 CE le istituzioni europee ponevano le basi per una normativa armonizzata in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Nel corso del decennio intercorso dalla data ultima fissata per il recepimento, 8 agosto 2002, e il momento in cui si scrive, molto è cambiato nel panorama internazionale, soprattutto a livello macroeconomico. Scopo del presente capitolo è indagare le ragioni di fondo che hanno portato alla rifusione della 2000/35 CE. Si procederà come segue. In prima battuta si analizzerà lo stato dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali a livello europeo; successivamente l'indagine sarà condotta, a livello locale, in relazione al nostro ordinamento: particolare attenzione sarà data al *fulcro* del problema italiano, rappresentato dai pagamenti della pubblica amministrazione. Infine verrà analizzata la nuova direttiva in materia, approvata a Strasburgo il 16 febbraio 2011 e in corso di recepimento in Italia³⁰⁴.

³⁰⁴ Al momento in cui si scrive è all'esame della Camera dei deputati il disegno di legge Comunitaria 2011, presentato il 19 settembre 2011: originariamente il testo del provvedimento conteneva la delega al Governo per l'attuazione della 2011/7 UE. Tuttavia, a seguito del parere negativo della V commissione permanente Bilancio, tesoro e programmazione espresso il 25 ottobre 2011, la delega in questione è stata

2. La disciplina armonizzata di cui alla 2000/35 Ce alla prova: evoluzione dei tempi di pagamento a livello europeo, prospettive ed esigenze di riforma

Nel corso del presente paragrafo si analizzerà l'evoluzione dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali a livello europeo. Il periodo di riferimento, logicamente, è quello successivo alla data ultima prevista per il recepimento della 2000/35 CE³⁰⁵: si cercherà di capire, dunque, se gli obiettivi individuati dall'allora legislatore "comunitario", possano dirsi, e in che misura, raggiunti. Per far ciò ci si baserà, in ordine cronologico:

- a) Sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 10.11.2005, con la quale viene inaugurata la moderna politica europea a favore delle piccole e medie imprese (d'ora in avanti, secondo l'uso "europeo", PMI)³⁰⁶;
- b) Sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 4.10.2007, con la quale la Commissione valuta la politica attuata in sede europea a favore della piccola e media impresa nel biennio 2005-2007³⁰⁷;
- c) Sullo "Small Business Act per l'Europa" del 25.06.2008, con il quale la Commissione definisce le grandi linee della politica a favore delle PMI, promuove lo spirito imprenditoriale e ancora il principio "Think small

stralciata. Attualmente è in discussione un testo che mira a recepire, direttamente, le disposizioni della nuova direttiva attinenti alle transazioni tra imprese, con esclusione, dunque, di quelle tra imprese e pubbliche amministrazioni. (art. 14 del disegno di legge comunitaria 2011, consultabile al seguente sito istituzionale: http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0056460.pdf

³⁰⁵ Come si ricorderà, trattasi dell'8 agosto 2002.

³⁰⁶ Comunicazione della commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Attuare il programma comunitario di Lisbona una politica moderna a favore delle PMI per la crescita e l'occupazione*, COM (2005) 551

³⁰⁷ *Piccole e medie imprese, essenziali per conseguire una maggiore crescita e rafforzare l'occupazione – Valutazione intermedia della politica moderna a favore delle PMI*, COM (2007) 592 def. del 4.10.2007

first" nell'azione legislativa e politica per rafforzare la competitività delle PMI³⁰⁸

- d) Sulla comunicazione della Commissione al Consiglio europeo del 26.11.2008, con la quale la Commissione illustra le linee guida per una ripresa economica dell' "area euro"³⁰⁹;
- e) Sulla relazione della Commissione in merito all'attuazione dello Small business Act, del 15.12.2009³¹⁰;
- f) Sui dati aggregati in materia di ritardi nei pagamenti a livello europeo, forniti dagli European payment index (EPI) 2008-2011³¹¹;
- g) Sul Riesame dello Small Business Act del 23.2.2011³¹².

Al fine di offrire un quadro sufficientemente preciso dell'andamento dei ritardi di pagamento nell'area euro, l'analisi dei dati macroeconomici verrà dunque affiancata dalla lettura dei principali documenti delle istituzioni europee a tutela delle PMI. La ragione è evidente: nell'ottica di promozione e tutela delle realtà imprenditoriali medio/piccole, i documenti dell'Unione pongono obiettivi, rilevano criticità, elogiano situazioni di eccellenza, il tutto, logicamente, avendo ben chiara la situazione macroeconomica di riferimento. In altre parole: il mancato o parziale raggiungimento degli obiettivi fissati con la 2000/35 CE potrà

³⁰⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 25 giugno 2008, "*Una corsia preferenziale per la piccola impresa*", alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (un "Small Business Act" per l'Europa), COM (2008), 394, consultabile, in tutte le lingue dei paesi membri, al seguente indirizzo internet:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0394:IT:NOT>

³⁰⁹ Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo, *Un piano europeo di ripresa*, COM (2008), 800

³¹⁰ Documento di lavoro della Commissione, *Relazione sull'attuazione dello Small business act*, COM (2009) 680

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-businessact/implementation/files/sba_imp_en.pdf

³¹¹ Studi effettuati dalla società Intrum Justitia in materia di pagamenti a livello europeo e reperibili al seguente indirizzo internet: <http://www.intrum.com/it/>

³¹² Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Riesame dello "Small Business Act" per l'Europa*, COM (2011) 78.

cogliersi, da un lato, rilevando come i periodi di pagamento non siano diminuiti nel decennio 2002-2012; dall'altro constatando la costante attenzione dimostrata dagli organi europei al problema in analisi.

La politica a favore delle PMI non è certo una recente novità, in ambito europeo³¹³. Tuttavia, è con la comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 10.11.2005, che viene avviata una “*una politica moderna a favore delle PMI per la crescita e l'occupazione*”, coerentemente con quanto previsto in seno al Consiglio europeo tenutosi a Lisbona il 23 e il 24 marzo del 2000³¹⁴. La comunicazione del 2005 non contiene elementi direttamente

³¹³ Per convincersi, e limitatamente al tema oggetto di questa indagine, basti ricordare la lunghissima gestazione della direttiva in materia di lotta ai ritardi di pagamento, iniziata a metà degli anni novanta del secolo scorso, e poi culminata nella adozione di un provvedimento, la 2000/35 CE, che basa sulla esigenza di tutela delle imprese medio piccole gran parte delle proprie ragioni di fondo. Cfr. il *considerando* n. 9 in base al quale “I periodi di pagamento eccessivi e i ritardi di pagamento impongono pesanti oneri amministrativi e finanziari alle imprese, ed in particolare a quelle di piccole e medie dimensioni. Inoltre tali problemi costituiscono una tra le principali cause d'insolvenza e determinano la perdita di numerosi posti di lavoro.”, e la tutela in via collettiva riconosciuta, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, alle “organizzazioni titolari di un riconoscimento ufficiale di legittimo interesse a rappresentare piccole e medie imprese”.

³¹⁴ Consultabile in http://www.europarl.europa.eu/summits/list1_it.htm.

Deve comunque rilevarsi, in questa sede, la profonda differenza tra il contesto macroeconomico attuale e quello nel quale i superiori atti venivano alla luce. Ed invero, la cd. “strategia di Lisbona”, è strutturata sulla base: a) delle “sfide” costituite dalla globalizzazione e da una nuova economia basata sulla conoscenza (Cfr. le conclusioni della Presidenza al Consiglio europeo di Lisbona, 23, 24 marzo 2000, cit., pagina 1); b) dell'assunto per il quale “L'unione vanta il miglior contesto macroeconomico di tutta una generazione” (“l'inflazione e i tassi d'interesse sono bassi, i disavanzi del settore pubblico sono stati notevolmente ridotti e la bilancia dei pagamenti dell'UE è in equilibrio”). Le superiori considerazioni sono avvalorate da quanto espressamente ricordato nella citata relazione del 4.10.2007, con la quale la Commissione valuta la politica attuata in sede europea a favore della piccola e media impresa nel triennio 2005-2007: ed invero, in quella sede, viene precisato che “La politica moderna dell'UE a favore delle PMI è stata attuata nel contesto di un rafforzamento della crescita economica. Nel 2006 l'incremento del PIL nell'UE ha raggiunto il 3,0% – un tasso quasi doppio rispetto a quello registrato nel 2005 – e sono stati creati circa 3,5 milioni di nuovi posti di lavoro”.

Non è certo questa la sede più opportuna per indagare le conseguenze e le ragioni della crisi finanziaria ed economica che ha interessato le principali economie mondiali a partire dalla primavera del 2007. Ci si limiterà a qualche breve cenno, con l'avvertenza che l'indagine che qui si condurrà trae spunto dal lavoro di R. Signorino, *Gli economisti allo specchio della crisi, Relazione preparata per il seminario 'Gli economisti e la crisi' presso il Dottorato di Diritto Pubblico dell'Università di Palermo, 11 febbraio 2010, Economics in the mirror of the financial crisis*. in S. Kates (ed) (2011). “*The Global Financial Crisis – What Have We Learnt?*”, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar, pp. 182 – 203. Ebbene, il deterioramento delle condizioni nel mercato dei mutui ipotecari statunitensi nel segmento cosiddetto *subprime*, iniziato nella primavera del 2007, viene generalmente indicato come la causa immediata della crisi finanziaria ed economica attuale (una possibile lista di cause “remote”: la grande moderazione e la conseguente fiducia nel Mercato; la liberalizzazione dei movimenti internazionali di

riconducibili al tema dei ritardi di pagamento: in essa vengono indicate, quali iniziative “specifiche” volte a dare concretezza al principio “Think Small First”,

capitale; la politica monetaria accomodante; le innovazioni finanziarie e, infine, la dinamica della distribuzione del reddito.) Per fornire una idea in merito a tale causa “prossima”, è possibile riprendere le considerazioni dell’economista Hyman Minsky (Minsky, H.P., *Potrebbe Ripetersi? Instabilità e finanza dopo la crisi del '29*. Torino, 1984). Ebbene, una delle conclusioni più “sorprendenti” dell’analisi di Minsky, è quella per cui la *stabilità è destabilizzante* in quanto un prolungato periodo di crescita senza inflazione induce gli operatori dei mercati finanziari a ritenere che il trend dei redditi lordi futuri continuerà ad essere crescente nel tempo e dunque in grado di far fronte ad un peso crescente del debito. Ebbene, “L’analisi di Minsky parte dalla constatazione che l’investimento basato sul debito implica l’assunzione una posizione speculativa in quanto inevitabilmente comporta lo scambio fra moneta certa oggi e moneta incerta domani. Minsky distingue fra a) una posizione coperta, b) una posizione speculativa e c) una posizione ultra-speculativa (si veda Minsky 1984, pp. 48 e segg.). Nel primo caso, in ogni dato periodo il reddito lordo da capitale ritenuto ragionevolmente sicuro eccede di un certo margine gli impegni di pagamento da debito ossia il servizio del debito. Nel secondo caso, nei periodi iniziali il reddito lordo da capitale è inferiore rispetto gli impegni di pagamento da debito mentre nei periodi successivi vale il viceversa. Comunque, complessivamente, la somma delle entrate eccede quella delle uscite. (Ad es. si pensi al caso dell’investimento nel settore dei vini di qualità: occorrono alcuni anni prima che si riesca a produrre un vino di qualità, anni nei quali l’investimento non produce ritorni monetari ma richiede spese ingenti. Una volta, però, che il vino pregiato è stato prodotto e immesso sul mercato, il ricavato delle vendite è in grado di coprire le spese pregresse con profitto.) Infine, nel caso della posizione ultraspeculativa, in tutti i periodi gli impegni di pagamento degli interessi eccedono il reddito lordo da capitale. Pertanto, le unità in posizione ultraspeculativa sono costrette ad aumentare il proprio indebitamento per potere pagare gli interessi sui debiti pregressi. Un esempio di posizione ultraspeculativa *à la* Minsky adatto a spiegare la genesi della bolla nell’ormai famigerato settore dei mutui *subprime* è il seguente. La banca gestita da Francesca accorda al lavoratore precario Paolo un mutuo per l’acquisto di una casa anche se il reddito netto di Paolo è incerto e/o comunque insufficiente a far fronte al servizio del debito (in tutti o almeno in alcuni dei periodi di vita del debito). La *ratio* economica dell’operazione risiede nel fatto che sia Paolo che Francesca si attendono un valore di mercato dell’immobile continuamente crescente per cui sia Paolo che Francesca ritengono che, da un dato momento in avanti, il valore dell’immobile sarà talmente alto da consentire a Paolo di ottenere dalla vendita dell’immobile un ammontare di denaro più che sufficiente a rimborsare le rate residue del mutuo. Ovviamente, finché il prezzo di mercato degli immobili continua a crescere le aspettative di Paolo e Francesca risultano *ex post* confermate e sempre più operatori decidono di investire nel settore immobiliare così che la curva di domanda di case risulta inclinata positivamente e la bolla speculativa si autoalimenta. Peraltro, per avere una descrizione completa di quello che è avvenuto negli ultimi anni occorre aggiungere all’analisi di Minsky un elemento che, ai suoi tempi, era ancora allo stato embrionale: la *securitisation* ossia la possibilità di trasformare il rapporto idiosincratico di mutuo fra Paolo e Francesca in un titolo negoziabile presso un’ampia platea di operatori finanziari. Grazie a queste operazioni di finanza derivata, la mutuante Francesca si libera dal rischio di insolvenza da parte di Paolo e ottiene nuovamente la liquidità da utilizzare in nuove operazioni finanziarie.” (R. Signorino, *Gli economisti allo specchio della crisi, Relazione preparata per il seminario ‘Gli economisti e la crisi’ presso il Dottorato di Diritto Pubblico dell’Università di Palermo, 11 febbraio 2010, 30 ss.*) Infine, “per Minsky una delle tendenze di fondo che si riscontra in tutte le economie di mercato che attraversano un periodo di prolungata prosperità è la genesi e il consolidamento di aspettative diffuse di ulteriori rialzi di Borsa e ulteriori aumenti di profitti e dividendi (ossia di quella che Alan Greenspan, responsabile per quasi un ventennio della politica monetaria della Fed, definiva *euforia irrazionale*). Sempre più operatori sono disposti a passare da posizioni coperte a posizioni speculative e da posizioni speculative a posizioni ultra-speculative: il grado di fragilità finanziaria dell’economia nel suo complesso aumenta.”

Cfr. anche: M. Onado, *I Nodi al Pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*. Roma-Bari, 2009; J.E Stiglitz, *The Current Economic Crisis and Lessons for Economic Theory in Eastern Economic Journal*, 2009, vol. 35, 281ss.

la promozione dello spirito imprenditoriale e delle competenze; la riduzione delle pastoie burocratiche, la consolidazione del dialogo tra istituzioni europee e imprese, il miglioramento della capacità di crescita delle PMI, e dell'accesso di queste ultime al mercato (in particolare a quello degli appalti pubblici).

A seguito della relazione del 2007, che, come sottolineato in nota 10, valuta l'attuazione delle superiori linee guida nel biennio 2006-2007, la strategia di tutela delle imprese medio piccole è oggetto, in un mutato contesto macroeconomico³¹⁵, dello "small business act", del 25 giugno 2008. La Commissione, dato atto dei risultati conseguiti a far data dalla propria comunicazione del 10.11. 2005, elabora un ambizioso programma di tutela delle realtà imprenditoriali medio piccole, articolato sulla base di dieci principi chiave, di una serie di nuove proposte legislative e di una serie di interventi politici volti

³¹⁵ Cfr. sul punto la Comunicazione della Commissione al Consiglio Europeo del 26.11.2008, *Un piano europeo di ripresa economica*, COM (2008) 800, consultabile nelle lingue dei paesi membri al seguente indirizzo internet :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0800:IT:NOT>

Nella sopra accennata comunicazione, la Commissione individua le linee guida essenziali per il rilancio della economia europea: "L'attuale crisi economica offre un'altra opportunità di dimostrare che l'Europa serve al meglio gli interessi dei suoi cittadini quando si basa su azioni concrete" (...) "La recessione ha già colpito la zona euro e diversi Stati membri. Il rischio è che la situazione peggiori ulteriormente, con un calo degli investimenti e degli acquisti dei consumatori tale da innescare un circolo vizioso di diminuzione della domanda, ridimensionamento dei piani aziendali, rallentamento dell'innovazione e perdite di posti di lavoro. L'UE potrebbe quindi piombare in una recessione profonda e duratura, registrando l'anno prossimo un'ulteriore contrazione dell'economia e un aumento della disoccupazione che potrebbe interessare diversi milioni di persone." Il piano europeo di ripresa economica si compone di una serie di strategie elaborate dalla Commissione. Nello specifico il documento prevede:

- 1) azioni di carattere generale, rivolte agli Stati membri, da svolgersi mediante una oculata politica di bilancio (con la realistica considerazione, peraltro, che "È evidente che non tutti gli Stati membri si trovano nella stessa posizione. Quelli che hanno approfittato della congiuntura favorevole per rendere più sostenibili le finanze pubbliche e migliorare la competitività dispongono attualmente di un margine di manovra più ampio, mentre negli Stati membri che devono far fronte a gravi squilibri esterni ed interni, specialmente in quelli che non appartengono alla zona euro, la politica di bilancio deve puntare essenzialmente a correggere questi squilibri.");
- 2) Azioni comuni nei quattro settori prioritari della strategia di Lisbona (persone, imprese, infrastrutture e energia, ricerca e innovazione). Quanto alle imprese, in particolare, la Commissione insiste sulla importanza della lotta contro i ritardi di pagamento: nell'ottica della riduzione degli oneri amministrativi e della promozione della imprenditorialità, l'obiettivo è di "assicurare che le autorità pubbliche paghino le fatture per le forniture e i servizi entro un mese, compreso alle PMI, per alleviare i problemi di liquidità e accettino le fatture elettroniche come equivalenti delle cartacee (ciò potrebbe tradursi in una riduzione di costi fino a 18 miliardi di euro); tutti gli arretrati dovuti da enti pubblici dovranno essere ugualmente liquidati."

ad attuare i dieci principi secondo le esigenze delle PMI. Per quanto attiene specificamente al tema dei ritardi di pagamento, significativo appare il principio numero VI: *agevolare l'accesso delle PMI al credito e sviluppare un contesto giuridico ed economico che favorisca la puntualità dei pagamenti nelle transazioni commerciali*. Ed invero, nel quadro più generale costituito dalla liquidità necessaria alle imprese per operare nel mercato, la Commissione stigmatizza “la cultura, *tutta europea*, dei pagamenti tardivi”. Di fatto, si aggiunge, “a seconda dei paesi, le PMI devono attendere in media tra 20 e 100 giorni per farsi pagare le loro fatture. Un’insolvenza su quattro è dovuta a pagamenti in ritardo. Ciò provoca la perdita ogni anno di 450 000 posti di lavoro e di 25 miliardi di euro.” Estremamente significativa, peraltro, è la circostanza per cui, nell’indicare le “pratiche esemplari” nella politica delle PMI in vigore nei vari paesi membri, in relazione al VI principio non ve ne sia *una* che attenga alla puntualità dei pagamenti.

Come visto, la Commissione indica in una media tra 20 e 100 giorni il tempo necessario ad ottenere un pagamento: appare evidente la differenza tra un pagamento ricevuto a venti giorni, e uno per il quale si sia dovuto attendere per più di tre mesi. Ed invero i dati aggregati confermano la *differenza in materia tra i vari Stati membri*. Si analizzi la situazione nei seguenti Paesi (2008-2011), con l’avvertenza che verranno presi in considerazione soltanto i dati relativi alle contrattazioni tra imprenditori, o tra imprenditori e Pubbliche amministrazioni (si escludono, dunque, i dati relativi ai rapporti “B2C”): Finlandia, Francia, Germania, Italia, Spagna, Grecia³¹⁶.

³¹⁶ Dati forniti degli European payment index , elaborati dalla società Intrum Justitia reperibili al seguente indirizzo internet: <http://www.intrum.com/it/>

2008	FINLANDIA		FRANCIA		GERMANIA		ITALIA		SPAGNA		GRECIA	
	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>
<i>Av. agreed payment term</i>	21	20	49	57	30	25	68	95	73	103	84	95
Av. payment duration	27	24	65	71	46	40	88	135	89	144	110	157
delay	6	4	16	14	16	15	20	40	16	41	26	62

2009	FINLANDIA		FRANCIA		GERMANIA		ITALIA		SPAGNA		GRECIA	
	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>
<i>Av. agreed payment term</i>	21	20	45	48	27	25	67	76	72	88	85	95
Av. payment duration	28	24	63	70	49	40	88	128	98	139	120	165
delay	7	4	18	22	22	15	21	52	26	51	35	70

2010	FINLANDIA		FRANCIA		GERMANIA		ITALIA		SPAGNA		GRECIA	
	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>
<i>Av. agreed payment term</i>	20	20	41	44	25	25	66	100	70	88	75	90
Av. payment duration	27	24	59	65	35	36	96	186	98	153	105	155
delay	7	4	18	21	10	11	30	86	28	65	30	65

2011	FINLANDIA		FRANCIA		GERMANIA		ITALIA		SPAGNA		GRECIA	
	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>	<i>b2b</i>	<i>b2a</i>
<i>Av. agreed payment term</i>	20	20	41	44	25	25	69	90	73	103	84	95
Av. payment duration	27	24	59	64	37	35	103	180	89	144	110	157
delay	7	4	18	20	12	10	34	90	16	41	26	62

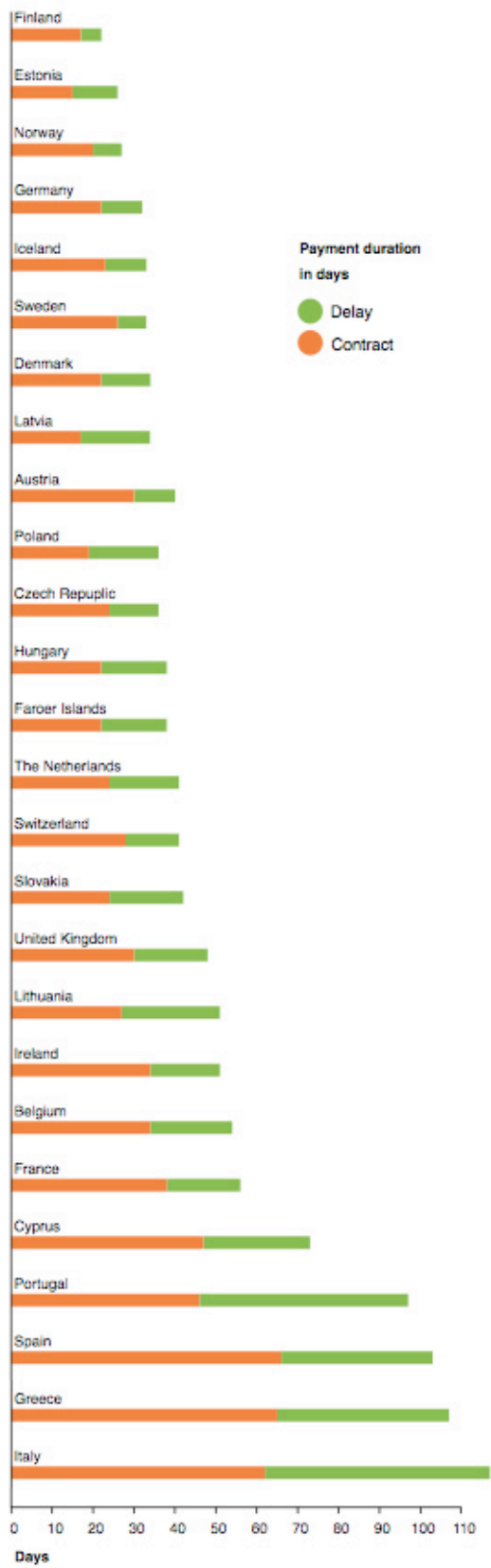
2008



2009



2010





(I grafici attinenti agli anni 2008-2010 restituiscono il valore medio tra contrattazioni b2c, b2b, b2A)

Informazioni sul campione: “The survey was conducted simultaneously in 25 countries between January and March 2008. The survey was conducted in written form. The questionnaire was translated into the respective national languages. Dispatch and return of the questionnaires was carried out on a decentralised basis by the countries concerned, whereas the analysis was carried out centrally in accordance with pre-determined guidelines. All information has been verified and uncertainties were not included in the evaluation. Furthermore, all anonymously sent questionnaires were not taken into account for the evaluation. Companies in England, Wales and Scotland were questioned by telephone by a specialised company (B2B International ltd. UK).

Structure of the sample according to

Company size	up to 19 employees	44%	42%	43%	35%
	20 to 49 employees	23%	25%	23%	25%
	50 to 249 employees	22%	20%	22%	24%
	250 to 499 employees	5%	7%	7%	10%
	500 to 2,499 employees	4%	4%	4%	4%
	more than 2,500 employees	2%	2%	2%	2%
Business sector	manufacturing	25%	25%	25%	25%
	wholesale	15%	15%	15%	15%
	retail	15%	15%	15%	15%
	services	41%	41%	41%	41%
	public administration	4%	4%	4%	4%
Customer groups	consumers (B2C)	25%	30%	33%	33%
	corporates (B2B)	68%	60%	57%	57%
	public authorities	7%	10%	10%	10%

Concentriamo la nostra attenzione su Francia, Germania e Italia. Oltre alle grandezze totali (mentre i ritardi nelle contrattazioni tra imprenditori sono solo significativamente maggiori in Italia rispetto agli altri due Paesi in esame, quelli nelle contrattazioni con una Pubblica amministrazione sono quasi tripli), è interessante valutare anche quelle marginali: quanto alla Francia, dopo un lieve aumento dal 2008 al 2009, l'andamento dei ritardi di pagamento è sostanzialmente stabile; in Germania, dopo il 2009, si assiste addirittura ad una diminuzione. In Italia, al contrario, i ritardi di pagamento sono in progressivo aumento, soprattutto nel settore dei pagamenti pubblici.

Il dato non appare casuale ed è stato oggetto di una recente indagine operata dall'Istituto per la competitività³¹⁷. Pare opportuno richiamare in questa sede alcune delle considerazioni presenti nel superiore studio. Secondo l'istituto per la competitività, "In periodi di ciclo economico negativo le imprese fornitrici tendono a permettere dilazioni dei pagamenti con finalità anticicliche. In periodi di crisi è dunque comune la pratica di offrire proroghe alle scadenze alle imprese clienti affinché mantengano alta la domanda di beni e servizi. Dalla pratica diffusa del credito commerciale va tuttavia distinto il caso del ritardo dei pagamenti, in cui l'impresa cliente non rispetta le tempistiche stabilite contrattualmente dalle parti, a discapito dell'impresa fornitrice." (...) "Negli ultimi anni il fenomeno dei ritardati pagamenti della Pubblica Amministrazione ha raggiunto dimensioni significative, alimentando un dibattito serrato a livello nazionale e internazionale sui possibili effetti prodotti sul sistema economico, e in particolare alla luce della recente crisi economica che, aggravando la situazione delle imprese coinvolte, ha accentuato le criticità già rilevate in precedenza.

Analizzando i dati disponibili sull'entità del ritardo dei pagamenti (senza distinguere settore privato e settore pubblico) emerge la criticità della situazione italiana nel raffronto europeo. Particolarmente preoccupante non solo perché l'Italia era nel 2010 il Paese leader nella poco invidiabile classifica dei tempi di pagamento ma anche per il trend che ha fatto lievitare il numero medio di giorni di ritardo dai 27 del 2008 ai 49 del 2010, a fronte di una media UE, che è quasi impercettibilmente variata nello stesso periodo da 19 a 20 giorni.

Gran parte dell'exploit negativo dell'Italia è spiegabile dal comportamento tutt'altro che virtuoso del settore pubblico. Basti pensare che nel 2010 in Italia il ritardo dei pagamenti del settore pubblico era di 86 giorni, oltre il doppio di

³¹⁷ Ci si riferisce allo Studio I-com, *I ritardi dei pagamenti della P.A.: una stima del fenomeno e dei suoi effetti sul sistema economico italiano*, maggio 2011, consultabile al seguente collegamento internet: <http://www.i-com.it/AllegatiDocumentiHome/438.pdf>

quello del settore privato, pari a 30 giorni. A fronte degli 86 giorni di ritardo registrati in Italia corrispondono 19 giorni nel Regno Unito, 65 giorni in Spagna, 21 giorni in Francia e 11 giorni in Germania, con una Media UE di 27 giorni.”.

“La principale conseguenza di questi ritardi è la mancanza di liquidità nelle casse delle imprese fornitrici. Ne consegue, anzitutto, la difficoltà nell’onorare i pagamenti ai propri fornitori e, in subordine, l’impossibilità di porre in essere gli investimenti necessari senza dover ricorrere a forme di finanziamento. Il ritardo dei pagamenti della PA trasferisce infatti alle imprese fornitrici il problema di liquidità del settore pubblico.”

Lo studio, dopo una breve analisi del dato normativo europeo, peraltro già oggetto di trattazione in questo lavoro³¹⁸, pone l’accento sulle innovazioni legislative adottate in Francia e in Spagna: quanto alla Spagna, viene posta in

³¹⁸ Ed invero: “La strategia “Europa 2020” COM (2010) 2020 traccia le linee-guida per lo sviluppo economico dell’UE nel prossimo decennio. Tra i macro-obiettivi della strategia è compresa la definizione di nuovi incentivi a favore della competitività (che, nelle parole del Legislatore europeo, dovrà essere ottenuta anche attraverso un sistema snello ed efficiente di pagamenti nelle transazioni commerciali). Anche lo *Small Business Act* COM (2008) 394 e lo *European Economic Recovery Plan* COM (2008) 800 ribadiscono, rispettivamente, l’importanza delle piccole e medie imprese per la competitività in Europa (insistendo quindi sull’opportunità di creare le condizioni necessarie per agevolare l’accesso alla liquidità dei piccoli imprenditori) e l’importanza delle agevolazioni all’accesso alla liquidità quale condizione essenziale per favorire gli investimenti, la crescita e la creazione di posti di lavoro (e dunque il contrasto alla crisi economica e finanziaria).

In tutti i testi citati emergono due criticità. La prima criticità è la ridotta competitività delle imprese. Le ricadute dei ritardati pagamenti si riflettono anzitutto sulla disponibilità di liquidità del creditore. In particolare le PMI sono impossibilitate ad onorare i propri debiti e a programmare nuovi investimenti. La seconda criticità consiste nella frammentazione del mercato europeo. Regimi di pagamento differente (alcuni più virtuosi, altri meno) incentivano la frammentazione e disincentivano gli investimenti delle imprese che operano oltre frontiera negli Stati in cui i pagamenti sono più lenti. Ciò determina, a sua volta, un effetto distorsivo della concorrenza.

Con più specifico riguardo al tema dei ritardati pagamenti, poi, sono tre i documenti da prendere in considerazione. Si tratta della proposta di direttiva COM (2009) 126 (che propone una modifica della vigente direttiva 2000/35/CE con l’obiettivo di diminuire i tempi di pagamento per le PA nell’UE e inasprire le misure nei casi in cui i termini non vengano rispettati), della Risoluzione legislativa del Parlamento del 20 Ottobre 2010 e, infine, della Comunicazione della Commissione europea COM 2010 (712) “*Reaping the benefits of electronic invoicing for Europe*” (quest’ultima in particolare richiama l’opportunità di introdurre entro il 2020 un sistema uniforme di fatturazione elettronica, considerandola benefica per la riduzione dei tempi delle transazioni). In questi documenti il Legislatore comunitario insiste sull’introduzione di tre strumenti per contrastare l’aggravarsi dei ritardi nei pagamenti. Il primo è l’automatica costituzione in mora del debitore che ritardi il pagamento. In seconda battuta, qualora non sia indicato un termine di pagamento (che comunque non deve essere superiore ai 60 giorni), è suggerita la previsione di un termine di 30 giorni dal ricevimento da parte del debitore della fattura. Infine, si prevede l’entrata in vigore del nuovo regime nel 2013.”.

risalto la Legge 15/2010 con la quale l'ordinamento iberico anticipa l'entrata in vigore della nuova direttiva europea in materia di ritardi di pagamento³¹⁹; quanto alla Francia il riferimento è alla *Loi de modernisation dell'économie* del 4 agosto 2008³²⁰, già citata al primo capitolo di questo lavoro.

Gli esempi di pratiche “virtuose” in materia di lotta ai ritardi di pagamento potrebbe continuare. Ed invero, ed è questo l'ultimo documento europeo che verrà analizzato in questa sede, il 23.02.2011 la Commissione propone il “riesame” dello Small Business Act del 2008³²¹. Il documento, “contiene una rassegna dei progressi compiuti nei primi due anni dello SBA, delinea nuove misure per dare una risposta ai problemi posti dalla crisi economica segnalati dalle parti interessate e propone alcune soluzioni per attuare con maggiore efficacia lo SBA, con un ruolo ben definito per le parti interessate, in primo luogo per le organizzazioni imprenditoriali.” In particolare, dopo aver dato atto dei progressi compiuti dal 2008³²², la Commissione propone ulteriori azioni a tutela delle PMI³²³. Nello specifico ambito della lotta ai ritardi di pagamento,

³¹⁹ Si tratta di una legge per molti versi innovativa: oltre, ad esempio, al valore riconosciuto alla fattura “elettronica” (cfr. art. 4, comma terzo, per cui “La recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado.”), una disciplina assai rigorosa viene stabilita per i termini di pagamento. Ed invero, ai sensi dell'articolo 4, comma primo, il termine per il pagamento nelle transazioni tra imprese è fissato in 60 giorni dal ricevimento dei beni o dalla prestazione del servizio e, ciò che più pare importante, “no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes.”; per quanto attiene alla contrattazione pubblica, modificando la legge 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, viene previsto un termine di pagamento di 30 giorni “La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 205.4”. Cfr. *Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*. in BOE n. 163 del 6 luglio 2010

³²⁰ Consultabile a già citato sito internet

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050>

³²¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Riesame dello "Small Business Act" per l'Europa*, COM (2011) 78

³²² Si segnala, in particolare, l'adozione della nuova direttiva in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Cfr. diffusamente *infra* paragrafo IV.

³²³ “Fare della regolamentazione intelligente una realtà per le PMI europee; prestare particolare attenzione alle necessità di finanziamento delle PMI; adottare un approccio ampio per migliorare l'accesso al

interessante appare l'elenco delle "buone pratiche nell'attuazione dei 10 principi dello SBA contenuto nell'allegato alla Comunicazione": come segnalato *supra*, nell'omologo allegato di cui allo SBA del 2008, non figurava alcuna pratica virtuosa in materia di ritardi di pagamento; nel 2011, al contrario, i progressi in materia in ambito europeo appaiono tangibili. In relazione al VI principio dello SBA, la Commissione sottolinea che "Alcuni Stati membri hanno adottato misure relative ai ritardi di pagamento, anticipando la rifusione della direttiva sui ritardi di pagamento e, in alcuni casi, andando più lontano (Belgio, Francia, Germania, Portogallo e Regno Unito). Nel 2010 la Spagna ha adottato una nuova legge che fissa un termine di 30 giorni per i pagamenti delle pubbliche amministrazioni e di 60 giorni per i pagamenti tra imprese."

L'obiettivo del presente paragrafo era offrire un quadro, necessariamente sintetico, dell'evoluzione del fenomeno dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dal 2002 al momento in cui si scrive. L'analisi ha mostrato come il tema sia ancora oggi di estrema attualità in tutti i Paesi membri, specialmente in Italia. Di là del mutato quadro macroeconomico, probabilmente, la regolamentazione armonizzata di cui alla 2000/35 CE non ha dato i frutti sperati: pienamente condivisibile, in tale ottica, appare dunque l'adozione della "nuova" direttiva in materia, direttiva che sarà analizzata al termine del presente lavoro. La situazione italiana merita tuttavia un cenno particolare. Come visto, i dati dimostrano non soltanto che il problema non è stato risolto, ma che lo stesso peggiora con il passare del tempo. Le ragioni di una simile difficoltà appaiono, logicamente, molteplici. Nel prossimo paragrafo si tenterà una ricostruzione, anche giurisprudenziale, del tema dei ritardi nella contrattazione pubblica, cercando di individuare le principali ragioni giuridiche connesse agli insostenibili ritardi qui evidenziati. Nello specifico si rinvia, anche per quanto riguarda la

mercato per le PMI; aiutare le PMI a contribuire ad un'economia efficiente sul piano delle risorse; promuovere l'imprenditorialità, la creazione di occupazione e la crescita inclusiva."

rilevazione dei dati statistici, alla Determinazione n. 4 del 7 luglio 2010 della Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, che sarà diffusamente analizzata *infra*. Quanto alle ragioni economiche può ancora una volta citarsi lo studio I-com del maggio 2011. Ed invero, secondo l'Istituto per la competitività³²⁴: “In Italia il fenomeno dei ritardati pagamenti delle PA rappresenta un fenomeno diffuso e consolidato. Le ragioni sono molteplici. A lungo ha giocato un ruolo decisivo la scarsa efficienza di molte amministrazioni, aggravata dall'assenza di controlli effettivi sull'operato dei funzionari e dei dirigenti. Le riforme del settore pubblico varate negli ultimi anni hanno ridotto l'entità del fenomeno, incoraggiando l'adozione di sistemi di monitoraggio della produttività e dell'efficienza. C'è peraltro da aspettarsi che, in seguito all'ulteriore suddivisione delle spese tra governo nazionale ed enti locali, il disallineamento tra spese di competenza e spese di cassa delle pubbliche amministrazioni aumenti ulteriormente a causa dei tempi dovuti al trasferimento dei fondi tra i vari livelli del governo pubblico.

Altrettanto decisivo è il fattore dimensionale. Il tessuto economico italiano è tradizionalmente composto da piccolissime, piccole e medie imprese. Inevitabilmente, non solo la capacità di queste ultime di prevenire il ritardo dei pagamenti in sede di contrattazione con le pubbliche amministrazioni è limitata; ma anche la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale è ridotta, in ragione dei costi economici e sociali che comporta. C'è poi da considerare il fatto che, nonostante il paradigma vincente dei distretti industriali, la disaggregazione degli operatori economici nei confronti del fenomeno è sempre stata alta. Solo recentemente, ad esempio, a seguito dell'ulteriore aggravarsi del fenomeno, gli imprenditori hanno stretto accordi di cooperazione con gli altri operatori del mercato, e in particolare con le banche. Peraltro, questo genere di *partnership* – sulla cui effettività è presto per esprimere un giudizio – rimane peraltro un

³²⁴ Studio I-com, *I ritardi dei pagamenti della P.A.: una stima del fenomeno e dei suoi effetti sul sistema economico italiano*, maggio 2011, cit. 8 ss.

fenomeno circoscritto ad aree geografiche delimitate (in particolare nel Nord-Est).

Gli strumenti normativi elaborati dal Legislatore italiano sono stati finora pochi e, per quanto riguarda l'efficace contrasto all'aumento dei tempi medi di pagamento da parte delle PA, di dubbia effettività. Si può citare, a titolo esemplificativo, il Decreto Legge n. 78 del 2010, recante Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica. Come chiarisce la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 4/E del 15 febbraio 2011, il Decreto Legge 78/2010 consente alle reti di impresa di usufruire di vantaggi fiscali, amministrativi e finanziari, nonché della possibilità di stipulare convenzioni con l'ABI (nei termini da definire con successivo decreto ministeriale). Se soluzioni come questa sono in grado (potenzialmente) di aiutare le imprese che soffrono maggiormente del ritardo dei pagamenti delle PA, non si può evitare di constatare la loro natura estemporanea, ulteriore conferma dell'assenza di un piano preciso di interventi da parte del Legislatore italiano.

Gli unici provvedimenti normativi organici sono in discussione (o sono stati discussi) in Parlamento. Tra questi, ce ne sono alcuni di cui è opportuno fare brevemente menzione. Uno dei più recenti è l'interpellanza n. 425 del gennaio 2011, presentata alla Camera dei Deputati e relativa a "Orientamenti del Governo in ordine al recepimento della normativa europea relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali". C'è poi la proposta di legge n. 3753 presentata alla Camera dei Deputati nell'ottobre del 2010 e recante *Disposizioni per l'equità e la modernizzazione dell'economia mediante la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.*"

3. La contrattazione della Pubblica Amministrazione in Italia alla luce del d.lgs. 231/2002: evoluzione giurisprudenziale in materia di termini di pagamento, il riconosciuto carattere di “imperatività” nella giurisprudenza amministrativa

La contrattazione nel settore pubblico ha da sempre costituito, e costituisce ancora oggi, un settore “a sé” nell’ambito della tematica dei ritardi di pagamento. Oltre alle considerazioni già svolte nel corso del capitolo primo³²⁵, è di indubbia evidenza la posizione particolarmente debole del contraente privato nei confronti del contraente pubblico: la situazione ora accennata, peraltro, è stata ulteriormente peggiorata dalla reiterata imposizione, nei bandi di gara, di clausole in materia di termini e conseguenze per il ritardato adempimento notevolmente squilibrate a danno dei privati. Il d.lgs. 231/2002, parificando contrattazione pubblica³²⁶ e privata, non ha dato i risultati sperati.

Al fine di valutare l’evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, dunque, appare necessario: qualificare la “pubblica amministrazione” ai sensi dell’articolo 2 del d.lgs. 231/2002; valutare se, e in che misura, i contratti di cui al Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” possano ritenersi “contratti che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo”.

Iniziando dal primo punto, ai sensi dell’articolo 2, primo comma, lettera b) del d.lgs. 231/2002, per “pubblica amministrazione”, si intendono le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, gli enti pubblici non economici, ogni altro

³²⁵ Cfr. capitolo I, pagina 16 e seguente; pagina 28 e seguenti.

³²⁶ Con tale termine ci si riferisce, ovviamente, ai contratti stipulati tra una pubblica amministrazione e un imprenditore privato: non, dunque, ai rapporti tra Pubbliche amministrazioni. Risulta per tanto dirimente la stessa nozione di “pubblica amministrazione” ai fini della applicabilità delle previsioni di cui al d.lgs. 231/2002 come si avrà modo di chiarire *infra*.

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 d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici". La tecnica definitoria adottata dal legislatore delegato del 2002 è usuale, e va posta in relazione con la corrispondente nozione di cui alla 2000/35 CE: ai sensi dell'articolo 2 della direttiva è «pubblica amministrazione»: qualsiasi amministrazione o ente, quali definiti dalle direttive sugli appalti pubblici [92/ 50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, inclusa 93/ 38/CEE]: il decreto di recepimento, con tecnica legislativa generalmente seguita nel contesto dell'attuazione di direttive che utilizzino definizioni espresse *per relationem* ad altri atti comunitari, precisa in modo puntuale quanto la direttiva aveva fatto mediante un rinvio.

La definizione sopra illustrata costituisce uno degli snodi ermeneutici fondamentali ai fini della prima parte della nostra indagine: si vuole valutare, lo si ricorderà, cosa si intenda per pubblica amministrazione e se, ed in quale misura, gli appalti di servizi, di opere, e di lavori pubblici, possano essere considerati "transazioni commerciali".

Chiarire preliminarmente la latitudine del concetto di Amministrazione pubblica appare dirimente: come è noto, infatti, le previsioni di cui al d.lgs. 231/2002 *non* si applicano alla contrattazioni *tra amministrazioni*. Chiarire la latitudine del concetto, peraltro, ha un valore dirimente soprattutto *de iure condendo*: stante il profilarsi, per via della nuova direttiva del 2011, di una differenziazione di trattamento tra contratti "B2B", e contratti "B2A", la qualificazione come amministrazione della propria controparte contrattuale potrà essere, in futuro, oggetto di controversia. Si ritiene per tanto estremamente utile

ripercorrere, sinteticamente, l'analisi della disposizione di cui all'articolo 2 del d.lgs. 231/2002.

La disposizione contiene due riferimenti: una elencazione, riferita alle pubbliche amministrazioni, e un complesso di elementi, formali e sostanziali, per gli organismi di diritto pubblico³²⁷. Attesa l'ampiezza dei criteri con i quali viene identificato l'*organismo di diritto pubblico*, il riferimento cui esso pertiene assorbe, con evidenza, quello relativo a Stato, Regioni, province autonome di Trento e di Bolzano, enti pubblici territoriali e le loro unioni, enti pubblici non economici³²⁸. Per essere considerato "pubblica amministrazione", ai fini del d.lgs. 231/2002, l'organismo deve essere caratterizzato dalla presenza di alcuni elementi qualificatori. Distinguiamo un elemento necessario e una serie di elementi tra loro alternativi. Nello specifico è necessario che l'ente:

- A) sia istituito per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale;

³²⁷ La nozione di organismo di diritto pubblico, accolta nel d. lgs. 231/2002, è peraltro perfettamente in linea con quella elaborata, sulla base delle indicazioni provenienti dal diritto europeo, dalla dottrina amministrativa, e ora confluita nell'articolo 3, comma 26 del codice dei contratti pubblici. Cfr. sul punto E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 99 s.

³²⁸ La prima parte della definizione di Pubblica amministrazione i cui al d.lgs. 231/2002 appare, per molti versi ridondante. E così, accanto a Stato e "Regioni", vengono indicate le "Province autonome di Trento e Bolzano" che, a mente dell'articolo 116 della Costituzione, costituiscono la Regione Trentino Alto Adige/Südtirol; accanto a Stato, Regioni, Province autonome di Trento e Bolzano, vengono posti gli "enti pubblici territoriali e le loro unioni, gli enti pubblici non economici." in luogo del riferimento, che apparrebbe più preciso, agli "altri" enti pubblici territoriali non economici. Quanto al concetto di ente "pubblico", la giurisprudenza amministrativa ha da tempo elaborato alcuni "indici esteriori rilevatori di pubblicità", nessuno dei quali è di per sé ritenuto sufficiente, ma che invece sono riputati idonei ove considerati nel loro complesso: costituzione dell'ente ad opera di un soggetto pubblico, nomina degli organi direttivi in tutto o in parte rimessa allo Stato o ad altro ente pubblico, esistenza di controlli o finanziamenti pubblici, attribuzione di poteri autoritativi. Oltre a questi indici, la dottrina ritiene necessaria anche la particolare rilevanza pubblicistica dell'interesse perseguito, con l'avvertenza, però, che tale rilevanza non è un connotato ontologicamente connesso a determinati fini, essendo al contrario frutto di una scelta contingente operata dal legislatore. Ciò, infine, determina anche una rilevante conseguenza: l'ente pubblico, a differenza di quelli privati, non può disporre della propria esistenza. Ma se ciò vale in linea generale per la qualificazione di "ente pubblico", allora appare giustificata la sensazione di ridondanza della prima parte della definizione di cui al d.lgs. 231/2002: tutti i caratteri sopra analizzati, invero, qualificano anche il concetto di "organismo di diritto pubblico", concetto che diviene, quindi, il vero perno della definizione, al di là dell'elencazione di cui alla prima parte della stessa.

B) sia finanziato (l'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 d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici”.

Stante il tenore letterale della disposizione si ritiene che debba necessariamente ricorrere l'elemento sub a), cd. elemento “teleologico”, e *almeno uno* degli elementi sub b). Gli organismi di diritto pubblico, in sintesi, sono individuati *in base dell'interesse perseguito e al particolare rapporto con lo Stato o altro ente pubblico*.

Quanto all'elemento teleologico sorgono alcune perplessità: la legge, in effetti, indica due elementi, uno positivo (il perseguimento di specifiche finalità d'interesse generale) e uno negativo (non aventi carattere industriale o commerciale), senza specificarne la nozione, né, soprattutto, i rapporti (la eventuale prevalenza dell'uno sull'altro).

Emblematica è, in tal senso, la nota vicenda dell'Ente Fiera di Milano³²⁹ e degli Enti Fiera in generale³³⁰.

³²⁹ Cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. III, Milano, 5 marzo 1999, n.10 in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 295 ss “Deve essere sottoposta al vaglio della Corte di giustizia, ex art. 177 del trattato Ce, la questione relativa all'inquadrabilità -o meno- dell'Ente Fiera di Milano fra i soggetti “istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale” e, dunque, fra gli organismi di diritto pubblico di cui all'art. 1 lett. b), direttiva n.92/50.” e la conseguente pronuncia della C.E.G. Sez., V, 10 maggio 2001, C-223/99 e 260/99. La sentenza da ultimo citata pare davvero significativa al fine di chiarire il concetto di organismo di diritto pubblico. Ed invero, dopo aver chiarito che, ai sensi dell'art. art. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, rientrano, tra le “amministrazioni aggiudicatrici” anche “gli organismi di diritto pubblico”, la Corte rileva come “dalle due ordinanze di rinvio emerge che il giudice nazionale ritiene che l'Ente Fiera soddisfi in ogni caso due delle tre condizioni, chiedendosi unicamente *se il detto Ente sia stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.*” La Corte dà parere negativo alla domanda formulata dal Giudice italiano. Ed invero, considerato che “l'Ente Fiera ha lo scopo di svolgere e sostenere qualsiasi attività diretta all'organizzazione di fiere e di esposizioni, di congressi e di ogni altra iniziativa che, favorendo gli scambi, promuova la presentazione della produzione di beni e servizi ed eventualmente la loro vendita.” e che “Tale attività viene svolta, come dedotto dalla Commissione, a livello internazionale da vari operatori stabiliti nelle grandi città dei singoli Stati membri che si trovano in situazione di concorrenza. L'Ente Fiera non persegue peraltro scopi lucrativi, ma la sua gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività.” emerge “che la questione

pregiudiziale deve essere intesa nel senso che *con essa si chiede sostanzialmente se un ente che abbia ad oggetto lo svolgimento di attività dirette all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe senza scopo lucrativo, ma la cui gestione si fondi su criteri di rendimento, di efficacia nonché di redditività e che operi in un ambiente concorrenziale soddisfi bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale* ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, primo.”

“Ai fini della soluzione della questione così riformulata si deve ricordare che la Corte ha già avuto modo di affermare che l'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva opera *una distinzione tra i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, da un lato, e i bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale, dall'altro* (sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I-6821, punto 36). A tale riguardo si deve rilevare, da un lato, che le attività dirette all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe soddisfano bisogni di interesse generale. (...)D'altro canto, occorre interrogarsi, alla luce delle informazioni che si evincono dagli atti di causa, in merito alla questione se i bisogni di cui trattasi presentino carattere non industriale o commerciale (...)Orbene, si deve rilevare, anzitutto, che l'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe costituisce un'attività economica che consiste nell'offrire servizi sul mercato. Nella specie, emerge dagli atti che l'ente di cui trattasi fornisce questi servizi agli espositori dietro versamento di un corrispettivo. Mediante la propria attività l'ente soddisfa bisogni di natura commerciale, da un lato, degli espositori che beneficiano così della promozione dei beni o dei servizi che espongono e, dall'altro, dei visitatori che desiderano raccogliere informazioni ai fini di eventuali decisioni di acquisto. Si deve inoltre sottolineare che l'ente di cui trattasi, per quanto non persegua scopi lucrativi, opera, come emerge dall'art. 1 del proprio statuto, secondo criteri di rendimento, di efficacia e di redditività. Considerato che non è previsto alcun meccanismo per compensare eventuali perdite finanziarie, esso sopporta direttamente il rischio economico della propria attività. Si deve poi rilevare che un ulteriore indizio del carattere industriale o commerciale dell'allestimento di fiere e di esposizioni è dato dalla comunicazione interpretativa della Commissione sul mercato interno per il settore fiere ed esposizioni (GU 1998, C 143, pag. 2). Tale comunicazione mira segnatamente ad illustrare in quale modo gli organizzatori di fiere e di esposizioni beneficiano della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Ne consegue che non si tratta di bisogni al cui soddisfacimento lo Stato preferisce in generale provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante. Infine, la circostanza che un ente come quello nella causa principale operi in un ambiente concorrenziale — circostanza che spetta al giudice nazionale verificare tenendo conto del complesso delle attività dell'ente medesimo che si estendono a livello tanto internazionale quanto nazionale e regionale — tende a confermare l'interpretazione secondo cui l'attività consistente nell'organizzare fiere ed esposizioni non soddisfa il criterio definito all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva. La questione pregiudiziale dev'essere quindi risolta nel senso che un ente

— avente ad oggetto lo svolgimento di attività volte all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe,

— che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività

— e che opera in un ambiente concorrenziale

non costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva.”

Alla medesima conclusione pervengono, peraltro, le S.U. della Suprema corte di Cassazione con sentenza del 4 aprile 2000, n.97.

³³⁰ Cfr. T.A.R. Emilia Romagna – Parma, 16 novembre 2009, n. 732. In tale arresto i Giudici Amministrativi affermano “La giurisprudenza sugli Enti Fiera o sulle società che ne hanno preso il posto è assolutamente pacifica nel ritenere che non siano soggette alle procedure di evidenza pubblica perché non sono organismi di diritto pubblico in quanto non presentando quel carattere non industriale e commerciale che è essenziale per vedersi attribuita tale qualifica. A metà degli anni novanta il TAR Lombardia riteneva che l'Ente Fiera di Milano avesse le caratteristiche dell'organismo di diritto pubblico, ma poiché le sue pronunce venivano riformate dal Consiglio di Stato ritenne di sottoporre tale questione in via preliminare alla Corte di Giustizia europea che con la sentenza 233\2001 esclude la sussistenza della qualità di organismo di diritto pubblico dell'Ente Fiera Milano. La giurisprudenza successiva è tutta concorde nell'affermare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo anche quando tali enti o

Chiarito dunque il concetto di Pubblica amministrazione di cui all'articolo 2 del d.lgs. 231/2002, occorrerà adesso valutare, dal punto di vista oggettivo, se, e in che misura, gli appalti di opera, di servizio, e di lavori pubblici, possano essere compresi nella nozione di “contratti aventi ad oggetto la consegna di merci o la prestazione di servizi”.

Ai sensi dell'articolo 3 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, deve intendersi:

- Per appalti *pubblici di servizi* gli appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.
- Per appalti *pubblici di forniture*, gli “appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.
- Per appalti *pubblici di lavori* gli appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare posto a base di gara.

società utilizzano per scelta volontaria modelli di scelta del contraente che si rifanno alla legislazione sulle procedure ad evidenza pubblica. Vi è solo una recente sentenza del TAR Puglia che ha ritenuto che spettasse al giudice amministrativo affrontare delle questioni relative all'Ente Fiera del Levante, ma ciò è avvenuto poiché l'Ente Fiera del Levante aveva acquisito finalità “lato sensu” culturali e politiche nonché per il fatto che beneficia della copertura delle proprie eventuali perdite di gestione, attraverso contributi dello Stato e di altri enti pubblici, ed è in tal modo tenuto indenne dal rischio d'impresa. Nel nostro caso, invece, le risorse per finanziare i lavori appaltati sono stati reperiti attraverso un normale finanziamento bancario e quindi neanche sotto questo profilo, all'epoca dei fatti previsto dall'art. 2, comma 2, L. 109/94, può ravvisarsi la giurisdizione del giudice amministrativo.

Ponendo a confronto le superiori definizioni con quella di transazione commerciale, di cui al d.lgs. 231/2002, risulta evidente la riconducibilità, rispettivamente, degli appalti di forniture, entro la nozione di contratto avente ad oggetto “la consegna di merci contro il pagamento di un prezzo”³³¹, e degli appalti di servizi, entro quella di “contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo”. Dubbi piuttosto rilevanti sorgono, invece, in merito agli appalti di pubblici lavori.

Il dato da cui occorre partire, se non altro per ragioni cronologiche, è la precisa presa di posizione della Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici che, con la Determinazione n. 5, del 27 marzo 2002, *esclude* l’applicabilità *della direttiva 2000/35 Ce* alla materia degli appalti di lavori, sulla base di una interpretazione letterale dei concetti di merci e servizi. In dottrina si sono registrate posizioni differenti. In dottrina sono stati espressi orientamenti contrastanti. Alcuni³³² ritengono la normativa in materia di ritardi di pagamento senz’altro applicabile alla materia degli appalti di pubblici lavori, e ciò, sia sulla base del tenore letterale dell’art. 2 della Direttiva – il quale menziona espressamente, al fine di delineare la nozione di pubblica amministrazione, anche la precedente direttiva sugli appalti di lavori pubblici – sia della *ratio* della Direttiva stessa. Altri concludono per la esclusione, e ciò o facendo leva sulla definizione di Pubblica Amministrazione adottata nel *decreto di recepimento* (si sottolinea, nello specifico, come il legislatore non si sia avvalso del riferimento che, al primo comma dell’articolo 2 della direttiva, è fatto alle direttive sui lavori pubblici) oppure sul dato letterale, sottolineando che “l’appalto pubblico di opere, dunque, è fuori dall’ambito oggettivo di applicazione della nuova disciplina, poiché non può costituire “transazione commerciale”, non avendo ad oggetto né la consegna

³³¹ Anzi, nel testo francese della 2000/35 CE si parla proprio di “transaction... qui conduit à la fourniture de marchandises”. Il testo in lingua francese è consultabile in G. De Nova – S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003, 65 ss.

³³² Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 353 ss

di merci, né la prestazione di servizi (bensì, appunto, l'esecuzione di un'opera) (...) la nozione di transazione commerciale è sufficientemente precisa, non generale o esemplificativa, come pure prospettato da qualche commentatore. *Essa non può estendersi al di là della sua portata, pur se tale operazione potrebbe apparire giustificata da più generali ragioni di tipo equitativo.*"³³³.

L'opinione da ultimo ricordata appare quella da preferire. Essa, peraltro, è in linea con la Relazione governativa al d.lgs. 231/2002, ove si precisa: "Non si è intervenuto sulla legislazione in materia di lavori pubblici, visto che la normativa europea disciplina esclusivamente i contratti aventi ad oggetto servizi e merci".

Attualmente, dunque, la legislazione in materia di ritardi di pagamento nel settore della contrattazione pubblica appare così suddivisa:

1) *Per quanto attiene ai contratti pubblici di forniture e servizi.*

Si applicano le disposizioni del d.lgs. 231/2002: nello specifico, l'articolo 307 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 "Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"³³⁴, dispone che " La contabilità è predisposta secondo quanto previsto dall'ordinamento della singola stazione appaltante. *Il contratto indica i termini e le modalità di pagamento relativi alle prestazioni contrattuali. I pagamenti sono disposti nel termine indicato dal contratto, previo accertamento da parte del direttore dell'esecuzione, confermato dal responsabile del procedimento, della prestazione effettuata, in termini di quantità e qualità, rispetto alle prescrizioni previste nei documenti contrattuali. E' facoltà dell'esecutore presentare contestazioni scritte in*

³³³ Per la prima opinione, Cfr. R. Conti – G. De Marzo, *I ritardi nei pagamenti della Pubblica Amministrazione dopo il d.lgs. n. 231/2002*, Padova, 2004, 115 ss; per la seconda, A.M. Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, 45 ss.

³³⁴ In *GU* n. 288 del 10-12-2010 - *Suppl. Ordinario* n.270

occasione dei pagamenti. *Nel caso di ritardato pagamento resto fermo quanto previsto dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231.*”

2) *Per quanto attiene agli appalti di pubblici lavori.*

Occorre far riferimento al Capitolato Generale delle Opere Pubbliche approvato con D.M. n. 145 del 19 aprile 2000³³⁵, e, nello specifico, agli articoli 29 e 30, la cui disciplina è oggi confluita negli articoli 143 e 144 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Art. 143 D.P.R. 207/2010 (art. 29 d.m. 145/2000) Termini di pagamento degli acconti e del saldo

1. Il termine per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto non può superare i quarantacinque giorni a decorrere dalla maturazione di ogni stato di avanzamento dei lavori a norma dell'articolo 168 del regolamento. Il termine per disporre il pagamento degli importi dovuti in base al certificato non può superare i trenta giorni a decorrere dalla data di emissione del certificato stesso.

2. Il termine di pagamento della rata di saldo e di svincolo della garanzia fidejussoria non può superare i novanta giorni dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione ai sensi dell'articolo 28, comma 9, della legge. Nel caso l'appaltatore non abbia preventivamente presentato garanzia fidejussoria, il termine di novanta giorni decorre dalla presentazione della garanzia stessa.

³³⁵ Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 613: “Natura regolamentare ha peraltro il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, approvato con d.m. lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145 (esso stabilisce comunque che le disposizioni del capitolato medesimo devono essere espressamente richiamate nel contratto d'appalto e che si sostituiscono di diritto alle eventuali clausole difformi di capitolato o capitolato speciale, ove non diversamente disposto dalla legge.).

3. I capitolati speciali e i contratti possono stabilire termini inferiori.
4. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 6, commi 3, 4 e 5.

Art. 144 D.P.R. 207/2010 (art. 30 d.m. 145/2000) Interessi per ritardato pagamento

1. Qualora il certificato di pagamento delle rate di acconto non sia emesso entro il termine stabilito ai sensi dell'articolo 143 per causa imputabile alla stazione appaltante spettano all'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute, fino alla data di emissione di detto certificato. Qualora il ritardo nella emissione del certificato di pagamento superi i sessanta giorni, dal giorno successivo sono dovuti gli interessi moratori.
2. Qualora il pagamento della rata di acconto non sia effettuato entro il termine stabilito ai sensi dell'articolo 143 per causa imputabile alla stazione appaltante spettano all'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute. Qualora il ritardo nel pagamento superi i sessanta giorni, dal giorno successivo e fino all'effettivo pagamento sono dovuti gli interessi moratori.
3. Qualora il pagamento della rata di saldo non intervenga nel termine stabilito dall'articolo 143 per causa imputabile alla stazione appaltante, sono dovuti gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute; sono dovuti gli interessi moratori qualora il ritardo superi i sessanta giorni dal termine stesso.
4. Il saggio degli interessi di mora previsti dai commi 1, 2 e 3 è fissato ogni anno con decreto del Ministro dei lavori pubblici di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Tale

misura è comprensiva del maggior danno ai sensi dell'articolo 1224, secondo comma, del codice civile.

5. Nel caso di subappalto con pagamento diretto ai sensi degli articoli 37, comma 11, ultimo periodo, e 118, comma 3, primo periodo, del codice, gli interessi di cui al presente articolo sono corrisposti all'esecutore ed ai subappaltatori in proporzione al valore delle lavorazioni eseguite da ciascuno di essi.

Se questo è il quadro normativo di riferimento, dunque, non sorprendono né i ripetuti interventi della Autorità Vigilanza Contratti Pubblici, né la lenta opera di riscrittura delle previsioni del d.lgs. 231/2002 nei confronti della Pubblica Amministrazione operata dalla giurisprudenza amministrativa, né il tentativo di invertire il preoccupante *trend* dei ritardi nei pagamenti pubblici effettuato dal legislatore con l'articolo 9 del D.L. 78/2009³³⁶, convertito con L. 102/2009. Concentriamoci su quest'ultimo provvedimento. Sorprende, a dire il vero, l'*incipit* della disposizione. Ed invero, il primo comma del citato articolo 9 afferma "*In attuazione della direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, recepita con il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, è disposto quanto segue*". Ciò che sorprende, evidentemente, è che siano ancora necessari provvedimenti di attuazione di una direttiva europea approvata nove anni prima. La disposizione prevede un impegno per il futuro, e una particolare gestione della situazione passata, senza però imporre tempi precisi e inderogabili per i pagamenti pubblici³³⁷. Modesto intervento, dunque, soprattutto se confrontato con quello, già citato, posto in essere dal legislatore spagnolo.

³³⁶ Decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78 recante "*Provvedimenti anticrisi, nonché' proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*" in G.U. n. 150 del 1 luglio 2009.

³³⁷ Per "il futuro", è previsto che

1. le pubbliche amministrazioni incluse nell'elenco ISTAT pubblicato in applicazione del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, adottano entro il 31 dicembre 2009, senza nuovi o maggiori oneri, le opportune misure organizzative per garantire il tempestivo pagamento delle somme

Quanto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici, significativo appare l'intervento di cui alla Determinazione n. 4 del 7 luglio 2010³³⁸. Nella citata determinazione l'Autorità, rilevato di aver ricevuto diverse segnalazioni riguardanti l'applicazione della normativa sui ritardati pagamenti di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 ai contratti pubblici di *forniture e servizi*³³⁹, da atto di aver disposto un'indagine conoscitiva, mediante audizione di alcune associazioni di categoria, al fine di valutare l'ampiezza del fenomeno ed i suoi riflessi sull'economicità dell'azione amministrativa e sull'operatività dei prestatori di servizi e forniture. Ebbene, dall'analisi dei dati acquisiti in

dovute per somministrazioni, forniture ed appalti. Le misure adottate sono pubblicate sul sito internet dell'amministrazione;

2. nelle amministrazioni di cui al punto 1, al fine di evitare ritardi nei pagamenti e la formazione di debiti pregressi, il funzionario che adotta provvedimenti che comportano impegni di spesa ha l'obbligo di accertare preventivamente che il programma dei conseguenti pagamenti sia compatibile con i relativi stanziamenti di bilancio e con le regole di finanza pubblica; la violazione dell'obbligo comporta responsabilità disciplinare ed amministrativa. Qualora lo stanziamento di bilancio, per ragioni sopravvenute, non consenta di far fronte all'obbligo contrattuale, l'amministrazione adotta le opportune iniziative, anche di tipo contabile, amministrativo o contrattuale, per evitare la formazione di debiti pregressi. Le disposizioni del presente punto non si applicano alle aziende sanitarie, ospedaliere, ospedaliere universitarie, ivi compresi i policlinici universitari, agli IRCCS pubblici, anche trasformati in fondazioni;

3. allo scopo di ottimizzare l'utilizzo delle risorse ed evitare la formazione di nuove situazioni debitorie, l'attività di analisi e revisione delle procedure di spesa e dell'allocazione delle relative risorse in bilancio prevista per i Ministeri dall'articolo 9, comma 1-ter, del decreto-legge n. 185 del 2008 e' effettuata anche dalle altre pubbliche amministrazioni di cui all'elenco ISTAT pubblicato in attuazione del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, escluse le Regioni e le Province autonome per le quali la presente disposizione costituisce principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica. I risultati delle analisi sono illustrati in appositi rapporti redatti in conformità con quanto stabilito dal comma 1-quater del citato articolo 9;

4. per le amministrazioni dello Stato, il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, anche attraverso gli uffici centrali del bilancio e le ragionerie territoriali dello Stato, vigila sulla corretta applicazione delle disposizioni di cui alla presente lettera, secondo procedure da definire con apposito decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro trenta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto. Per gli enti ed organismi pubblici non territoriali gli organi interni di revisione e di controllo provvedono agli analoghi adempimenti di vigilanza. I rapporti di cui al comma 4 sono inviati ai Ministeri vigilanti; per gli enti locali e gli enti del servizio sanitario nazionale i rapporti sono allegati alle relazioni rispettivamente previste nell'articolo 1, commi 166 e 170, della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

Per "il passato" è previsto che

1. l'ammontare dei crediti esigibili nei confronti dei Ministeri alla data del 31 dicembre 2008, iscritti nel conto dei residui passivi del bilancio dello Stato per l'anno 2009 ed in essere alla data di pubblicazione del presente decreto, per somministrazioni, forniture ed appalti, è accertato, all'esito di una rilevazione straordinaria, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze; i predetti crediti sono resi liquidabili nei limiti delle risorse a tal fine stanziate con la legge di assestamento del bilancio dello Stato.

³³⁸ In G.U. del 28 luglio 2010 n. 174

³³⁹ Si noti, non in materia di appalti di pubblici lavori.

riferimento all'anno 2009, è emerso che i tempi di pagamento oscillano in un *range* che va da un minimo di 92 giorni ad un massimo di 664 giorni. Il ritardo è, per lo più, imputato ai tempi di emissione dei certificati di regolare esecuzione (46,3%) e dei mandati di pagamento (29,6%) da parte delle stazioni appaltanti e, più in generale, a lentezze che derivano da vischiosità burocratiche interne alla pubblica amministrazione (32,5%). Sono state, inoltre, rilevate sensibili differenze sul piano territoriale: i ritardi che superano i due mesi sono segnalati dal 36,4% delle imprese del Nord-Est, percentuale che sale al 61,5% nel Nord Ovest e al 63,3% nel Mezzogiorno. La presunta esposizione debitoria della pubblica amministrazione, calcolata sulla base della stima effettuata dalle associazioni audite, ammonterebbe a circa 37 miliardi di euro (pari al 2,5 per cento del PIL), dei quali una parte consistente deriverebbe dalla gestione del sistema sanitario e dalla raccolta dei rifiuti solidi urbani. La problematica è particolarmente avvertita, soprattutto nell'attuale congiuntura economica di difficile accesso al credito bancario, dalle piccole e medie imprese che risentono in maniera grave della mancanza di liquidità.

Con specifico riguardo all'applicazione della normativa citata, sulla base degli approfondimenti svolti, sono state rilevate prassi delle amministrazioni consistenti nella individuazione unilaterale di termini di pagamento superiori a quelli previsti dal decreto 231 e nell'inclusione dei termini di pagamento in deroga tra gli elementi di valutazione delle offerte. Alcuni capitolati speciali d'appalto prevedono, altresì, la riduzione del tasso di interesse di mora previsto dal decreto.

L'assunzione del rischio connesso alla dilazione dei pagamenti genera problematiche connesse sia all'uso efficiente delle risorse pubbliche sia alla "sostenibilità" della partecipazione alle gare da parte dei soggetti privati. Sotto il primo profilo, si osserva che i privati appaltatori tendono ad includere l'onere finanziario che si presume di dover sostenere per i ritardi nei pagamenti

nell'ambito del prezzo proposto alla stazione appaltante; quest'ultima si troverà, inoltre, nella condizione di dover corrispondere gli interessi di mora con conseguente aumento delle risorse inizialmente stimate per l'appalto. Sotto il secondo profilo, la necessità di sopportare i costi occulti legati alla mancata regolarità nei pagamenti distorce il confronto concorrenziale, disincentivando la partecipazione di operatori economici, ancorché qualitativamente competitivi. Si consideri che il fenomeno produce effetti esponenziali sul sistema economico delle imprese, dal momento che il ritardo nei pagamenti incide non solo direttamente sugli operatori economici aggiudicatari, ma, indirettamente, produce effetti a cascata sull'indotto, ossia sull'insieme delle imprese che svolgono attività a valle (sotto forma di subappaltatori, subfornitori ecc). Rilevata la gravità del fenomeno, sulla base degli scoraggianti risultati ottenuti in seguito alla indagine da essa disposta, l'Autorità ha quindi deliberato di adottare la determinazione in esame al fine di fornire alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici indicazioni interpretative sulla normativa applicabile e suggerimenti operativi per la redazione dei bandi di gara e la stipula dei contratti.

Nella parte centrale del documento, dunque, viene offerta una sintetica ricostruzione del dato normativo di riferimento, con specifica attenzione al d.lgs. 231/2002. Il passaggio più interessante è quello nel quale l'Autorità, richiamata la ormai consolidata giurisprudenza amministrativa sul punto, afferma che *“la direttiva 2000/35/CE citata e, pertanto, il decreto 231 di attuazione, contengono norme imperative dirette a riequilibrare la posizione di disuguaglianza tra le parti, prevenendo un'alterazione del sinallagma contrattuale (cfr. sul punto, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 1 aprile 2010 n. 1885; Consiglio Stato, sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469): la partecipazione ad una procedura di gara non può quindi valere come accettazione tacita di condizioni di pagamento difformi da quelle predeterminate ex lege. Di conseguenza, devono considerarsi inique le clausole di un bando di gara con cui la stazione appaltante stabilisca*

unilateralmente un termine di pagamento ed una decorrenza degli interessi moratori difformi da quelli stabiliti dall'articolo 4 del suddetto decreto 231, nonché un saggio di interesse diverso da quello previsto dall'articolo 5³⁴⁰. Da ciò consegue l'illegittimità di un'eventuale esclusione dalla procedura di gara disposta in ragione della mancata accettazione (espressa o meno) della clausola contrattuale iniqua. Parimenti illegittima è l'attribuzione di un punteggio, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a termini di pagamento dilatati rispetto alla disciplina legale. Per espressa previsione di legge, infatti, la deroga alle condizioni legali è ammissibile soltanto per accordo tra le parti ed a patto che le condizioni così pattuite non siano gravemente inique.³⁴¹

³⁴⁰ Giunti a questo punto, pare opportuno fornire un esempio concreto delle deroghe *imposte* al contraente privato da parte di quello pubblico. Per farlo si farà riferimento al caso posto alla attenzione della giustizia amministrativa, e deciso dalla quarta sezione del Consiglio di Stato con sentenza n. 469 del 2 febbraio 2010. In quella occasione il bando di gara, già annullato dal Tribunale amministrativo del Lazio, prevedeva: 1) un termine di pagamento pari a 60 giorni dal ricevimento della fattura; 2) la decorrenza degli interessi di mora decorsi 180 giorni dalla scadenza del predetto termine (si ricorderà che in caso di termine convenzionale l'articolo 4, primo comma, del d.lgs. 231/2002 prevede una decorrenza automatica e immediata a far data dalla scadenza del predetto termine) 3) un tasso di interesse moratorio pari al saggio fissato dalla B.C.E., senza alcuna maggiorazione (all'epoca dei fatti 1%). L'amministrazione si rendeva quindi, *di fatto*, irresponsabile per il ritardo.

³⁴¹ La tesi interpretativa sopra riferita è così motivata:

“L'interpretazione esposta - che ricollega la grave iniquità alla predeterminazione unilaterale delle clausole ed esclude la possibilità di accordo sulle clausole contenute nei bandi di gara - *rende, di fatto, inderogabili i termini e le condizioni di cui al decreto 231 per la pubblica amministrazione, attesi gli obblighi di individuazione della controparte contrattuale all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, in cui siano predeterminati e conosciuti tutti gli elementi costitutivi del contratto, compresi quelli che incidono sui termini di pagamento.* Non può dunque ritenersi sufficiente che la SA, per derogare alla suddetta normativa puntuale, faccia in sede di bando di gara un generico richiamo alla necessità di rispetto del patto di stabilità interno. Eventualmente, in via del tutto eccezionale, il bando potrà indicare quelle condizioni oggettive specificamente individuate che impediscono alla SA di rispettare le condizioni di pagamento imposte dalle norme, purché le stesse non siano imputabili alla violazione del dovere generale che grava sulle amministrazioni pubbliche di verificare la compatibilità del programma dei pagamenti con i relativi stanziamenti di bilancio e con le regole di finanza pubblica.” Date le premesse, le conclusioni cui perviene l'Autorità appaiono ovvie: “le stazioni appaltanti devono attenersi nella redazione dei documenti di gara, nonché dei documenti contrattuali, alle disposizioni previste dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 con riguardo ai termini di pagamento, alla decorrenza degli interessi moratori ed al saggio di interessi applicabile in caso di ritardo; le stazioni appaltanti non possono subordinare la partecipazione alle procedure di gara o la sottoscrizione del contratto all'accettazione di termini di pagamento, di decorrenza degli interessi moratori e misura degli interessi di mora difformi da quelli previsti dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, né prevedere tale accettazione come elemento di favorevole valutazione delle offerte tecniche nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.”

La rivoluzione copernicana, in ambito di rapporti B2A è dunque compiuta: con una sorta di reazione allo *ius positum*, il diritto vivente *trasforma* la regola di cui agli articoli 4 e 5 del d.lgs. 231/2002, elaborata sulla base della equiparazione tra contrattazioni B2B e B2A di cui alla 2000/35 CE, per rendere *imperativo* nelle contrattazioni tra privato e amministrazioni pubbliche ciò che invece, tra privati, rappresenta una norma derogabile col solo limite della *grave* iniquità. La giurisprudenza italiana e, con essa, la determinazione qui in commento, *anticipano*, dunque, l'innovazione di maggior momento introdotta dalla nuova direttiva del 2011, riprendendo, alla luce della esperienza concreta, quelle esigenze di *diversificazione* che erano state messe in luce dalla ormai risalente raccomandazione della Commissione datata 12 maggio 1995: in quella data, come si ricorderà³⁴², la Commissione invitava gli Stati membri ad adottare i provvedimenti più adatti al loro quadro giuridico in tema di acquisti fra imprese o fra questi ed enti pubblici, disciplinando *in maniera differenziata* la materia degli appalti pubblici, attraverso l'introduzione di una disciplina *cogente* in materia di termine di pagamento e corresponsione di eventuali interessi moratori. La diversificazione di trattamento, ripresa nella proposta di direttiva del 23 aprile 1998³⁴³, *scompare* con la posizione comune del Consiglio datata 29 aprile 1999, influenzando quindi in maniera ormai decisiva il contenuto della nascente direttiva del 2000. Ebbene, in conclusione, l'esigenza di una modifica alle previsioni dettate dalla prima direttiva in materia di ritardi di pagamento è stata avvertita, in ambito europeo e domestico, soprattutto in relazione ai pagamenti pubblici. Alla luce delle riflessioni compiute nel presente paragrafo, e in base ai dati aggregati relativi alla Unione, è adesso possibile comprendere il pieno significato delle novità apportate dalla 2011/7 UE, direttiva che verrà quindi analizzata, infine, nell'ultimo paragrafo di questo lavoro.

³⁴² Cfr. Cap. I, pagina 27

³⁴³ Cfr. ancora Cap. I pagina 28

4. La direttiva 2011/7 UE del 16 febbraio 2011

La direttiva 2011/7 UE³⁴⁴ è stata approvata il 16 febbraio 2011. Le novità del superiore atto normativo sono notevoli e vanno analizzate, singolarmente, nel dettaglio. Per esigenze di chiarezza espositiva si procederà secondo lo schema già adottato nel primo capitolo. All'analisi dell'*iter* di approvazione, seguirà dunque una sezione dedicata alle principali soluzioni accolte: mentre, tuttavia, la 2000/35 CE costituiva la prima direttiva europea in materia di lotta ai ritardi di pagamento, la 2011/7 UE si pone evidentemente sul solco della precedente. Si imporrà, in ragione di ciò, un costante confronto tra le due direttive, e tra le nuove previsioni del legislatore europeo e quelle adottate dal d.lgs. 231/2002.

4.1 *Iter di approvazione*

La 2011/7 UE costituisce la *rifusione* della 2000/35 CE. La direttiva in esame è stata approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale europeo. Un cenno alla tecnica normativa adottata. Anzitutto la rifusione, conformemente a quanto stabilito con l'accordo interistituzionale, del 28 novembre 2001³⁴⁵, consiste nell'adozione di un nuovo atto normativo che integra in un unico testo le modificazioni sostanziali di un atto precedente e le disposizioni immutate di quest'ultimo. Il nuovo atto normativo sostituisce e abroga il precedente. La tecnica rende dunque possibile l'adozione di un unico testo legislativo che, al tempo stesso, introduce la modificazione voluta, la codifica, integrandola nelle disposizioni dell'atto precedente che restano immutate, e abroga quest'ultimo. Non costituisce rifusione, peraltro, un nuovo atto normativo che modifica la sostanza di *tutte* le disposizioni dell'atto

³⁴⁴ In Gazzetta ufficiale del 23 febbraio 2011.

³⁴⁵ In Gazzetta ufficiale n. C 077 del 28/03/2002

precedente che sostituisce ed abroga³⁴⁶. Quanto alla procedura legislativa ordinaria, la stessa è disciplinata dagli articoli 294 e seguenti del Trattato sul Funzionamento della Unione europea, articoli che vanno integrati, nel caso di approvazione di una direttiva, dal disposto di cui al precedente articolo 114.

Conformemente alle disposizioni appena ricordate, dunque, l'*iter* di approvazione della 7/2011 UE si è così articolato³⁴⁷:

- 1) Proposta di direttiva da parte della Commissione europea del 8. 4. 2009³⁴⁸;
- 2) Parere del Comitato economico e sociale europeo del 17.12.2009³⁴⁹;

³⁴⁶ “La tecnica della rifusione rappresenta quindi uno strumento adeguato per assicurare la leggibilità della legislazione comunitaria in modo permanente e globale”.

“Il normale iter legislativo comunitario è integralmente rispettato. La proposta di rifusione si conforma ai seguenti criteri:

A) la relazione illustrativa che accompagna la proposta:

i) menziona esplicitamente che si tratta di una proposta di rifusione e spiega i motivi di tale scelta;

ii) motiva tutte le modificazioni sostanziali proposte;

iii) indica con precisione le disposizioni dell'atto precedente che restano immutate.

B) il metodo di presentazione concreta del testo legislativo proposto:

i) consente di identificare chiaramente le modificazioni sostanziali e i nuovi punti del preambolo rispetto alle disposizioni e ai punti del preambolo che restano immutati;

ii) per le disposizioni e i punti del preambolo che restano immutati è simile alla presentazione delle proposte di codificazione ufficiale degli atti legislativi.

Per assicurare la chiarezza e la certezza del diritto, gli atti di rifusione rispettano fra l'altro(3) le seguenti regole di tecnica legislativa:

A) il primo punto del preambolo afferma che il nuovo atto normativo costituisce una rifusione di quello precedente;

B) l'articolo che abroga l'atto precedente stabilisce che i riferimenti a quest'ultimo si intendono fatti all'atto di rifusione e vanno letti secondo una tavola di concordanza allegata;

C) inoltre, nell'atto di rifusione di una direttiva:

i) l'articolo abrogativo stabilisce che l'abrogazione fa salvi il termine di attuazione(4) imposto agli Stati membri e, eventualmente, il termine di applicazione che figurano nella direttiva abrogata dall'atto di rifusione;

ii) i termini di cui al punto i) sono riportati in un allegato, sotto forma di tavola;

iii) l'articolo relativo all'obbligo di attuazione(5) nel diritto nazionale di una direttiva oggetto di rifusione riguarda soltanto le disposizioni modificate in modo sostanziale, che vengono indicate con precisione. L'attuazione delle disposizioni, che restano immutate in detta direttiva, avviene a norma delle direttive precedenti.”

Cfr. Accordo interistituzionale, del 28 novembre 2001, ai fini di un ricorso più strutturato alla tecnica della rifusione degli atti normativi, in Gazzetta ufficiale n. C 077 del 28/03/2002, 0001 ss.

³⁴⁷ Per una illustrazione dettagliata dell'*iter* di approvazione, si segnala il seguente sito istituzionale:

http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=it&DosId=198164

³⁴⁸ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (Rifusione); Attuazione del quadro fondamentale per la piccola impresa (Small Business Act), COM (2009), in Gazzetta ufficiale della Unione europea del 30.10.2010.

³⁴⁹ Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

3) Posizione del Parlamento europeo del 20.10. 2010³⁵⁰;

4) Decisione del Consiglio del 24.01.2011³⁵¹.

Dato l'accordo tra il Consiglio³⁵² e il Parlamento, la posizione di quest'ultimo corrisponde all'atto legislativo finale, la direttiva 2011/7/UE del 16.02.2011³⁵³.

Con l'eccezione della decisione del Consiglio, la quale si limita ad approvare la Posizione del Parlamento europeo, ogni singolo passaggio sopra evidenziato apporta un proprio, rilevante, contributo al contenuto finale dell'atto.

La proposta di direttiva dell'aprile 2009 rappresenta il testo base dell'intero procedimento di rifusione. In essa la Commissione, prima della "illustrazione dettagliata della proposta"³⁵⁴, individua le ragioni del nuovo intervento in materia

(rifusione) — Attuazione del quadro fondamentale per la piccola impresa (Small Business Act), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 22.09.2010

³⁵⁰ Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 20 ottobre 2010 in vista dell'adozione della direttiva 2011/.../UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (rifusione) (EP-PE_TC1-COD(2009)0054)

³⁵¹ Decisione resa a margine del 3063rd Council meeting Agriculture and Fisheries Brussels, del 24 gennaio 2011, consultabile al seguente sito istituzionale <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=PRES/11/8&format=HTML&aged=0&lg=it&guiLanguage=en>

Tra gli "other items approved" vi è, in relazione al tema "International market", la seguente previsione: "The Council adopted a directive laying down new rules on late payment in commercial transactions, following an agreement with the European Parliament at first reading. The directive establishes specific deadlines for the payment of invoices and the right to compensation in cases of late payment in all commercial transactions irrespective of whether they are carried out between private or public undertakings or between undertakings and public authorities. It will increase the protection of creditors and contribute to the better functioning of the EU's internal market, thereby fostering the competitiveness of businesses and in particular of small and medium-sized enterprises."

³⁵² Appare evidente la rapidità del processo decisionale che ha condotto all'approvazione della 7/2011 UE, specie se confrontato con quello della prima direttiva in materia. Le ragioni appaiono chiare: la tecnica della rifusione, anzitutto, in virtù della quale gli organi della Unione modificano un atto già esistente, scontando in tal modo gran parte delle principali questioni che solitamente ne precedono l'approvazione (si pensi, ad esempio, alla decisione circa la *tipologia* di atto da adottare, se un regolamento, una direttiva, o uno strumento non vincolante quale la Raccomandazione); dall'altro il mutato contesto macroeconomico, che ha certamente consigliato decisioni "rapide".

³⁵³ Cfr. articolo 294 TFUE, paragrafo 4, in base al quale "Se il Consiglio approva la posizione del Parlamento europeo, l'atto in questione è adottato nella formulazione che corrisponde alla posizione del Parlamento europeo"

³⁵⁴ Trattasi di una tecnica normativa strutturata come segue: la Commissione opera *materialmente* sul testo della 2000/35 Ce, riproducendolo, eliminando singole porzioni di testo, singole parole, o intere frasi, e innestando nel corpo della disposizione così modificata il *novum* da apportare. Un esempio chiarirà il concetto. Si ricorderà l'infelice formulazione dell'articolo 3, comma quinto della 2000/35 CE. In base a esso "I mezzi di cui al paragrafo 4 sono tra l'altro disposizioni che consentono a organizzazioni titolari di un riconoscimento ufficiale di legittimo interesse a rappresentare piccole e medie imprese, possono agire

di ritardi di pagamento, ponendosi nel solco tracciato dallo Small business act del 2008 e dalla propria Comunicazione in tema di ripresa economica dello stesso anno.³⁵⁵ Paradigmatica appare, in tal senso, la seguente affermazione: “la presente proposta intende migliorare il flusso di cassa delle imprese europee, elemento particolarmente importante in un periodo di recessione economica.” In essa è possibile scorgere tanto le esigenze di tutela rilevate nello SBA (che, lo si ricorderà, poneva l’accento sulla particolare difficoltà di accesso al credito per le PMI³⁵⁶), tanto lo spettro della recessione economica, più volte evocato nel piano di ripresa economica del 2008³⁵⁷. La proposta di direttiva del 2009, dato atto che “malgrado l’entrata in vigore della direttiva 2000/35/CE i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali continuano ad essere un problema generale nell’UE”, individua una serie di cause *economiche e giuridiche* del fenomeno:

a norma della legislazione nazionale dinanzi ai tribunali o a organi amministrativi competenti per decidere se le condizioni contrattuali stabilite per uso generale sono gravemente inique ai sensi del paragrafo 3, in modo che possano ricorrere a mezzi appropriati ed efficaci per impedire che si continui a ricorrere a tali condizioni.”

La disposizione viene così modificata nella proposta di rifusione:

53. I mezzi di cui al paragrafo 42 sono tra l'altro disposizioni che consentono a organizzazioni di rappresentanza di agire a norma della legislazione nazionale dinanzi ai tribunali o a organi amministrativi competenti per decidere se le condizioni contrattuali stabilite per uso generale sono gravemente inique ai sensi del paragrafo 3, in modo che possano ricorrere a mezzi appropriati ed efficaci per impedire il ricorso continuo a tali clausole.

³⁵⁵ Cfr., in questo stesso capitolo, pagina 6: il quadro macroeconomico di riferimento appare, dunque, estremamente mutato rispetto a quello in cui le istituzioni comunitarie avevano operato nel corso degli anni novanta del secolo scorso. Cfr., diffusamente, pagina quattro *sub* nota 10.

³⁵⁶ “Ottenere un tipo di finanziamento adeguato può essere un grosso problema per imprenditori e PMI: dopo gli oneri amministrativi, è la seconda preoccupazione della lista. E ciò malgrado gli aiuti pubblici della UE come il Programma quadro per la competitività e l’innovazione (CIP), dotato di 1 miliardo di euro per sostenere l’accesso delle PMI al credito, in gran parte veicolato tramite il gruppo della BEI. Entro il 2013, la politica di coesione dedicherà 27 miliardi di euro circa al sostegno esplicito delle PMI. 10 miliardi di euro circa saranno elargiti attraverso strumenti d’ingegneria finanziaria, tra cui JEREMIE e 3,1 miliardi di euro lo saranno attraverso capitali di rischio. Le PMI possono anche ricorrere al Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale, perché tra l’altro promuove lo spirito imprenditoriale e incoraggia la diversificazione economica delle zone rurali.”

³⁵⁷ Un passaggio altamente significativo “Questo piano europeo di ripresa economica è la risposta della Commissione alla congiuntura economica attuale, [esso] propone una risposta macroeconomica anticiclica alla crisi sotto forma di un’ambiziosa serie di azioni a sostegno dell’economia reale, nell’intento di scongiurare una grave recessione.”

struttura del mercato³⁵⁸, condizioni macroeconomiche mutevoli³⁵⁹, accesso ai finanziamenti e vincoli di bilancio³⁶⁰, prassi di gestione finanziaria dei debitori³⁶¹, assenza di mezzi di ricorso efficaci ed efficienti, insufficienza delle soluzioni poste dalla 2000/35 CE. Concentriamo la nostra attenzione su questi due ultimi aspetti: all'esito di una consultazione pubblica generale effettuata attraverso I.P.M.³⁶², è emersa la generale soddisfazione dei rispondenti in merito al *tasso* di interesse moratorio, ma, al contempo, una generale insoddisfazione per le procedure di recupero dei crediti. Del resto, peraltro, la equiparazione tra privati e Amministrazioni pubbliche debentrici non ha portato i risultati sperati, assumendo spesso queste ultime, “una atteggiamento particolarmente *riprovevole* per quanto concerne il pagamento delle loro fatture”. Per tali motivi “La presente rifusione della direttiva 2000/35/CE intende migliorare l'efficacia e l'efficienza dei mezzi di ricorso contro i ritardi di pagamento introducendo il diritto di recupero delle spese amministrative ed il risarcimento dei costi interni sostenuti a causa dei ritardi di pagamento. Per quanto riguarda le amministrazioni pubbliche, la proposta intende accorciare i termini di pagamento alle imprese armonizzandoli e rafforzando le misure dissuasive con un risarcimento forfettario a partire dal primo giorno di ritardo e pari al 5% dell'importo fatturato, oltre agli interessi di mora e al risarcimento dei costi di recupero. La proposta abolisce anche la possibilità di escludere i ricorsi per interessi di importo inferiore a 5 EUR.”. Al contrario “Le disposizioni della direttiva 2000/35/CE relative all'ambito d'applicazione (articolo 1 della presente proposta), agli interessi di

³⁵⁸ Caratterizzato spesso da relazione nelle quali il creditore preferisce rinunciare alla tutela dei propri nel timore di nuocere alle relazioni commerciali con la propria controparte contrattuale.

³⁵⁹ Soprattutto in periodi di crisi economica, infatti, le imprese tendono a rinviare i pagamenti: ciò danneggia due volte i creditori, dato che, parallelamente, è più difficile per loro l'accesso agli ordinari canali di finanziamento.

³⁶⁰ Nel contesto di una generale stretta creditizia le imprese possono essere incentivate a ritardare i propri pagamenti per “autofinanziarsi”.

³⁶¹ Ciò vale soprattutto per le amministrazioni pubbliche.

³⁶² “La vostra voce in Europa”; dal 19 maggio 2008 al 31 agosto 2008 è stata peraltro svolta una consultazione aperta su internet, via della quale la Commissione ha potuto analizzare più di 500 risposte.

mora (articolo 3), alla riserva di proprietà (articolo 8) e alla procedura di recupero dei crediti non contestati (articolo 9) restano fondamentalmente immutate”.

Le principali innovazioni illustrate dalla Commissione sono le seguenti:

- Eliminazione della possibilità, riconosciuta agli Stati, di escludere ricorsi per interessi di importo inferiore a 5 euro;
- Introduzione di un importo fisso e forfettario a titolo di risarcimento dei costi di recupero. Tale importo si aggiunge agli interessi di mora e ai *restanti* costi di recupero.
- Diversificazione di trattamento per le Amministrazioni pubbliche: si prevede, in particolare, un ulteriore risarcimento pari al 5% dell’importo dovuto, risarcimento che si aggiunge a interessi e costi di recupero.
- Introduzione di una *black list* di clausole che si considerano *sempre* gravemente inique (per il vero si tratta, unicamente, di quelle che escludano completamente l’applicazione degli interessi di mora).

Tra le segnalate novità si distingue, per importanza e per il potenziale impatto nel complessivo fenomeno dei ritardi di pagamento, la diversificazione di trattamento tra contratti B2B e B2A: oltre alla previsione di una somma forfettaria pari al 5% dell’importo dovuto, somma che si aggiunge a interessi moratori e costi di recupero, muta anche la definizione di pubblica amministrazione. Nel riferirsi alla direttiva 2004/18 CE in materia di “coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici *di lavori, di forniture e di servizi*”³⁶³, la Commissione pare aprire la via ad una

³⁶³ Ai sensi dell’articolo uno, nono comma, della direttiva in esame si considerano "amministrazioni aggiudicatrici", lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico, laddove per "organismo di diritto pubblico" s'intende qualsiasi organismo:

a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza

possibile parificazione di trattamento per tutte le tipologie di appalti pubblici, eliminando, tra l'altro, gran parte dei dubbi ermeneutici che si sono segnalati in relazione al nostro ordinamento.

Pare opportuno analizzare alcune delle principali proposte di modifica con maggiore attenzione.

Una indicazione purtroppo scomparsa nel testo definitivo della 7/2011 UE, riguardava ad esempio la semplificazione in materia di decorrenza degli interessi di mora, nel caso in cui le parti non avessero previsto il termine di pagamento. Si ricorderà che, per come era strutturata la 2000/35 CE, al creditore convenisse non munire la fattura di data certa, in modo da fare retroagire il computo degli interessi dal momento della consegna delle merci o della effettuazione del servizio. Ebbene, la Commissione propone di modificare l'articolo 3 della prima direttiva eliminando il riferimento alla certezza della data. La norma si sarebbe dovuta presentare, dunque, come segue:

“Se la data o il periodo di pagamento non sono stabiliti nel contratto, gli interessi di mora cominciano a decorrere automaticamente, entro uno dei termini seguenti:

- i) trascorsi 30 giorni dal ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta equivalente di pagamento;
- ii) 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, trascorsi 30 giorni dal ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi,; o
- iii) 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

sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Direttiva pubblicata in In G.U.C.E. n.134 del 30 aprile 2004.

anteriormente o alla stessa data dell'accettazione o della verifica, trascorsi 30 giorni, da tale data.”.

In seconda battuta, e per ciò che attiene ai rapporti B2A, l'articolo 5, dedicato ai “pagamenti delle pubbliche amministrazioni”, apre le porte ad una (rinnovata) possibilità di deroga delle previsioni legali da parte del contraente pubblico, così vanificando, in parte, una delle principali esigenze di tutela che pure avevano ispirato la proposta di direttiva. Ed invero si prevede che “gli interessi di mora cominciano a decorrere dal giorno successivo alla data di scadenza o alla fine del periodo di pagamento *stabiliti nel contratto*” (art. 5, comma secondo, lettera a)” e che “Gli Stati membri assicurano che il periodo di pagamento stabilito nel contratto non eccede quello di cui al paragrafo 2, lettera b), *salvo accordi specifici tra il debitore ed il creditore, debitamente giustificati da circostanze particolari quali esigenze oggettive di programmare il pagamento su un periodo più lungo.*” (articolo 5 comma quarto). La stessa inclusione della materia degli appalti di pubblici lavori, peraltro, non è netta e potrebbe, nella formulazione adottata dalla Commissione, ingenerare dubbi interpretativi.

Di là della indubbia valenza della proposta in esame, dunque, la stessa non pare *del tutto* idonea ad assicurare una maggiore celerità nei pagamenti pubblici.

La superiore considerazione è ben evidenziata (ed è questo il secondo atto che verrà adesso analizzato), dal parere del Comitato economico e sociale europeo del 17.12.2009. Il Comitato, pur apprezzando il lavoro svolto dalla Commissione, si propone di segnalare alcune criticità presenti nella proposta di direttiva, invitando gli organi della Unione a scelte più incisive (coraggiose?) in materia. Ed invero, il CESE, reputando necessaria la fissazione di termini di pagamento brevi e obbligatori per tutte le amministrazioni pubbliche³⁶⁴, suggerisce l'introduzione di una norma che preveda il pagamento delle fatture entro il

³⁶⁴ Il tutto in maniera piuttosto decisa: ed invero il Comitato ritiene “che l'art. 5 della proposta di direttiva, relativo ai pagamenti nel quadro di contratti pubblici di appalto, *non soddisferà appieno le aspettative né realizzerà completamente gli obiettivi lodevoli della Commissione*”.

termine massimo di 30 giorni di calendario, sopprimendo ogni possibilità di deroga, o almeno limitandola al massimo a 60 giorni dalla data della fornitura di beni o della prestazione di servizi, nonché la soppressione della deroga riguardante la durata massima di 30 giorni della procedura di accettazione³⁶⁵. Inoltre, dopo interessanti considerazioni sul fenomeno dei ritardati pagamenti e sulle relative cause³⁶⁶, viene posta una ulteriore questione, di rilevante impatto sulla materia della contrattazione pubblica: “per evitare problemi di recepimento, è necessario inserire l’enumerazione completa delle tre categorie di appalti pubblici (forniture di beni, prestazioni di servizi e contratti d’opera), oppure utilizzare l’espressione generica «contratti pubblici di appalto».

Tra gli altri, innumerevoli, interventi suggeriti si segnala:

- l’aggiunta all’elenco delle clausole considerate *sempre* gravemente inique quelle che escludono il risarcimento per i costi di recupero, il diritto di ritenzione e la garanzia della buona esecuzione dell’obbligo di pagamento;
- la sostituzione dei termini «dal *ricevimento* della fattura da parte del debitore» con l’espressione «dalla *trasmissione* della fattura al debitore»;
- una particolare concezione dell’esercizio della libertà contrattuale, in materia di contrattazioni B2A, in virtù della quale la stessa “dovrebbe essere esercitata nel senso di stabilire clausole più favorevoli per il creditore e di non prevedere clausole contrarie alle norme generali. A tale

³⁶⁵ Prevista dall’articolo 5, comma terzo, in base al quale “Gli Stati membri assicurano che la durata massima della procedura di accettazione o di verifica di cui al paragrafo 2, lettera b), punto iii) non eccede 30 giorni, salvo altra scadenza specificata e debitamente giustificata nella documentazione di gara e nel contratto.”

³⁶⁶ Si evidenzia, in particolare, la necessità di modifiche al quadro giuridico, ma la *non sufficienza* delle stesse: le misure legislative sono necessarie ed efficaci, ma non sufficienti per lottare contro i ritardi di pagamento se si considerano le cause - molteplici e complesse - dei ritardi di pagamento, la situazione attuale (8 anni dopo l’adozione della direttiva 2000/35/CE) e le circostanze a livello locale. Il CESE invita gli Stati membri ad impegnarsi attivamente nell’individuare e applicare le misure più adeguate per lottare contro i ritardi di pagamento e sottolinea l’importanza della cooperazione e di un dialogo di qualità tra le autorità competenti, le parti sociali e le organizzazioni delle PMI. Le stesse PMI hanno un ruolo importante in questo processo e devono realizzare sforzi maggiori per informarsi, per migliorare le loro procedure interne e per agire nei confronti dei debitori.”

scopo si propone di sostituire nell'art. 5, par. 3, l'espressione «salvo altra scadenza specificata» con i termini «salvo altra scadenza più favorevole per il creditore»;

- l'introduzione, in via generale, dell'obbligo giuridico di pagare gli interessi, i risarcimenti e le spese minime interne qualora i contratti non comprendano clausole *più favorevoli per i creditori*, prendendo altresì in considerazione, ai fini dell'esercizio della libertà contrattuale, i principi della concorrenza leale e dell'etica commerciale, *limitando gli abusi di diritto*.

Le modifiche suggerite dal C.E.S.E. sono dunque molteplici: esse mirano alla approvazione di una direttiva che, in maniera ancora più decisa rispetto alla proposta della Commissione, possa fornire un solido quadro *giuridico* in materia di lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Le superiori osservazioni sono state in larga misura recepite dalla Posizione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010, posizione che, in assenza di modifiche apportate dal Consiglio, costituisce il testo vigente della nuova direttiva 7/2011 UE.

4.2.1 Principali soluzioni accolte.

Deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, vista la proposta della Commissione e in base alle osservazioni del Comitato economico e sociale, il Parlamento europeo è addivenuto, il 20 ottobre 2010, ad una Posizione estremamente più dettagliata rispetto a quanto indicato dalla Commissione europea. Colpisce il numero dei *considerando*, ben 39, a fronte dei 23 di cui alla 2000/35 CE. Colpiscono alcune delle soluzioni adottate, più vicine a quanto espresso dal C.E.S.E rispetto a quanto proposto della Commissione. Il testo della precedente direttiva è modificato in modo sostanziale e, praticamente, completo.

Per ragioni di chiarezza espositiva si ritiene opportuno illustrare, in prima battuta, le novità più importanti. Successivamente, si tenterà un commento di tutte le rimanenti disposizioni.

La materia della contrattazione pubblica è quella che, di certo, ha subito le maggiori modifiche. Le norme previste in materia dalla 7/2011 UE mutano infatti: l'ambito oggettivo di riferimento, i termini di adempimento e di decorrenza degli interessi moratori, la misura stessa degli interessi, introducendo una inedita differenziazione tra "interessi di mora" e "interessi *legali*" di mora. Viene, infine, prevista, una disciplina differenziata per talune amministrazioni. Procediamo con ordine. L'influenza delle posizioni espresse dal C.E.S.E. inizia a notarsi sin dalla definizione di Pubblica amministrazione. In base all'articolo 2, oltre al riferimento alle direttive 2004/17 e 2004/18 CE, è prevista una aggiunta di straordinario interesse: "indipendentemente dall'*oggetto* o dal valore dell'appalto". La disposizione va posta a confronto con il *considerando n. 11* in base al quale, testualmente, "la fornitura di beni e la prestazione di servizi dietro corrispettivo a cui si applica la presente direttiva *dovrebbero anche includere la progettazione e l'esecuzione di opere e edifici pubblici, nonché i lavori di ingegneria civile.*" Pare evidentemente recepito l'invito del C.E.S.E. alla estensione della normativa anche agli appalti di pubblici lavori. Da un lato, dunque, la norma definitoria lega la nozione di Amministrazione pubblica alla "generica espressione" «contratti pubblici di appalto», dall'altro l'enumerazione completa delle tre categorie di appalti pubblici (forniture di beni, prestazioni di servizi e contratti d'opera) è assolta, indirettamente, dall'undicesimo *considerando*. La disposizione permetterà quindi di superare le complesse discussioni dottrinali che erano state segnalate in merito alla inclusione/esclusione della materia degli appalti di pubblici lavori, favorendo dunque una (più che opportuna) armonizzazione della disciplina sul punto. C'è di più. L'articolo 4 della nuova direttiva prevede una disciplina dei termini di

pagamento *diversa* in ragione della particolare attività svolta dall'ente. Mentre non desta particolare preoccupazione la figura degli "enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e che siano stati debitamente riconosciuti a tal fine", di particolare interesse è quella di cui alla lettera a) del medesimo articolo. Trattasi di "qualsiasi amministrazione pubblica che svolga attività economiche di natura industriale o commerciale offrendo beni o servizi sul mercato e che sia soggetta, come impresa pubblica, ai requisiti di trasparenza di cui alla direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006³⁶⁷, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese." Pare sussistere un problema di coordinamento tra quest'ultima previsione e quella contenuta nell'articolo 2 della stessa 7/2011 UE: la norma definitoria, nel limitare il concetto di Pubblica amministrazione a quanto previsto dall'articolo 2, paragrafo 1, *lettera a)* della 2004/17 CE, nonché alla identica previsione di cui all'articolo 1, paragrafo 9, della 2004/18 CE, sembra escludere le "imprese pubbliche" di cui alla *lettera b)* della 2004/17 CE, imprese pubbliche che invece sono previste come possibili beneficiarie di un trattamento differenziato dall'articolo 4, comma 4, della 7/2011 UE³⁶⁸.

Riassumendo: il concetto di Amministrazione pubblica pare ampliato³⁶⁹, e, correlativamente, pare ampliato il novero dei contratti pubblici compresi nella disciplina della direttiva.

Di là della *nozione* di Pubblica amministrazione, completamente nuovo appare il contenuto dell'articolo 4, rubricato "Transazioni tra imprese e pubbliche amministrazioni". Nel superiore articolo trova concretizzazione normativa la *diversificazione* di trattamento tra transazioni B2A e B2B. Le novità si colgono

³⁶⁷ In Gazzetta ufficiale della Unione europea del 17.11.2006

³⁶⁸ La inclusione delle imprese pubbliche viene rafforzata dal testo del *considerando n. 24*, per cui cfr. *infra*, in nota 69.

³⁶⁹ Pur tenendo in considerazione quanto segnalato in merito ai rapporti tra articolo 2 e articolo 4 della direttiva 7/2011.

in due fronti: termini di pagamento, e misura degli interessi da ritardo. Quanto ai termini di pagamento, il legislatore europeo, rovesciando completamente la logica di cui al precedente articolo 3, valida per le contrattazioni B2B, prevede un articolato reticolo di termini che gli Stati membri *sono tenuti a non far superare*. In linea di massima il pagamento deve avvenire *entro* (art. 4, par. 3):

- i) trenta giorni di calendario dal ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta equivalente di pagamento;
- ii) se non vi è certezza sulla data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi;
- 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, trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi;
- 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, trenta giorni di calendario da quella data

Tali termini risultano speculari a quelli previsti, come *suppletivi*, nelle contrattazioni B2B.

Il contratto può espressamente derogare ai termini previsti dal paragrafo 3, ma solo se ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche (art. 4, par. 6), *e comunque, nei limiti dei 60 giorni di*

*calendario*³⁷⁰. La previsione di cui all'art. 4, par. 4 può essere considerata un esempio concreto di simili esigenze giustificative³⁷¹.

La norma va letta in coordinazione con quanto previsto dal *considerando* n. 23 per cui “Per le transazioni commerciali *relative alla fornitura di merci o servizi* da parte di imprese alle pubbliche amministrazioni è opportuno introdurre norme specifiche che prevedano, in particolare, periodi di pagamento *di norma non superiori a trenta giorni di calendario*, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e *purché ciò sia obiettivamente giustificato* alla luce della particolare natura o delle caratteristiche del contratto, e *in ogni caso non superiori a sessanta giorni di calendario*”³⁷².

Infine, ai sensi del paragrafo 5 dell'articolo 4, la durata massima della procedura di accettazione o di verifica di cui al paragrafo 3, lettera a), punto iv), non deve superare trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi, *se non diversamente concordato espressamente* nel contratto e nella documentazione di gara con il *solo limite della grave iniquità della relativa pattuizione*³⁷³.

³⁷⁰ Che si ritiene decorrano dagli stessi eventi di cui al par. 3.

³⁷¹ Anche tale norma è una novità assoluta della 2011/7 UE. Nei *considerando*, il legislatore europeo, dopo avere rimarcato l'esigenza di una regolamentazione diversa, e più severa, dei ritardi di pagamento delle amministrazioni pubbliche, considera la peculiarità delle attività svolte da alcune tra esse. E invero, nel testo del *considerando* 24, si legge “occorre tener conto della situazione specifica delle pubbliche amministrazioni che svolgono *attività economiche di natura industriale o commerciale* offrendo merci o servizi sul mercato *come impresa pubblica*. A tal fine, gli Stati membri dovrebbero essere autorizzati, a determinate condizioni, a prorogare il periodo legale di pagamento fino ad un massimo di sessanta giorni di calendario. Il successivo 25 completa il quadro riferendosi al settore sanitario: “Gli Stati membri dovrebbero quindi poter concedere agli enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria una certa flessibilità nell'onorare i loro impegni. A tal fine, gli Stati membri dovrebbero essere autorizzati, a determinate condizioni, a prorogare il periodo legale di pagamento fino ad un massimo di sessanta giorni di calendario. Gli Stati membri, tuttavia, dovrebbero adoperarsi affinché i pagamenti nel settore dell'assistenza sanitaria siano effettuati in accordo con i periodi legali di pagamento.” Le disposizioni appena accennate confluiscono dunque nel testo dell'articolo 4, quarto paragrafo della direttiva.

³⁷² La norma desta qualche preoccupazione: il riferimento alla fornitura di merci o servizi potrebbe dare il destro ad eventuali interpretazioni che volessero prevedere una normativa (ancora una volta) diversa per la materia degli appalti di pubblici lavori.

³⁷³ Non quindi con il ben più incisivo limite dei 60 giorni di cui al paragrafo 6, valido per i punti i), ii), iii) del paragrafo 3. La regola merita di essere approfondita. Il citato paragrafo 3, punto iv) prevede che “se la legge o il contratto prevedono una procedura di accettazione o di verifica diretta ad accertare la

La disciplina posta dall'articolo 4 in materia di termini di pagamento, in conclusione, appare significativamente diversa da quella applicabile nelle transazioni tra privati. Ed invero, in quest'ultimo caso, i termini previsti dalla lettera b) dell'articolo 3, hanno natura *suppletiva*, e l'autonomia privata incontra il solo limite della grave iniquità³⁷⁴.

La regolamentazione delle transazioni tra imprese e pubbliche amministrazioni si completa con una innovativa previsione in materia di *tasso di interesse*

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, trenta giorni di calendario da quella data." Qualora quindi la legge o il contratto prevedano una procedura di accettazione o verifica di conformità al contratto, il termine di 30 giorni per effettuare il pagamento decorre o dall'espletamento di tali formalità, o dal ricevimento della fattura, se successivo. Nel disegno del legislatore europeo, non potendo tale procedura di accettazione e verifica protrarsi per più di 30 giorni dal ricevimento della merce/effettuazione del servizio, il pagamento dovrebbe avvenire entro 60 giorni dal compimento della prestazione principale (prestazione principale-verifica conformità per non più di 30 giorni-inizio del termine di 30 giorni per il pagamento) Tuttavia la possibilità riconosciuta alle parti di prevedere una procedura di verifica e accettazione più lunga, con il solo limite della grave iniquità, potrebbe portare ad un (ri)espandersi dei tempi complessivi per il pagamento. La norma è valida sia per le transazioni tra imprese, sia per quelle tra imprese e Pubbliche amministrazioni (si confrontino le disposizioni di cui all'articolo 3, paragrafo 4, per i rapporti B2B, e il citato paragrafo 5 dell'articolo 4 per quelle B2A). I problemi più rilevanti, tuttavia, potrebbero manifestarsi nel settore della contrattazione pubblica. In Italia si vedano gli articoli 322 e 323 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in base ai quali "Il soggetto incaricato della verifica di conformità rilascia il certificato di verifica di conformità quando risulti che l'esecutore abbia completamente e regolarmente eseguito le prestazioni contrattuali. Il certificato di verifica di conformità contiene gli estremi del contratto e degli eventuali atti aggiuntivi, l'indicazione dell'esecutore, il nominativo del direttore dell'esecuzione, il tempo prescritto per l'esecuzione delle prestazioni, le date delle attività di effettiva esecuzione delle prestazioni; il richiamo agli eventuali verbali di controlli in corso di esecuzione; il verbale del controllo definitivo; l'importo totale ovvero l'importo a saldo da pagare all'esecutore; la certificazione di verifica di conformità." (art. 322 primo comma); "Il certificato di verifica di conformità viene trasmesso per la sua accettazione all'esecutore, il quale deve firmarlo nel termine di quindici giorni dal ricevimento dello stesso. All'atto della firma egli può aggiungere le contestazioni che ritiene opportune, rispetto alle operazioni di verifica di conformità." (art. 323 primo comma); "Successivamente all'emissione del certificato di verifica di conformità, si procede al pagamento del saldo delle prestazioni eseguite e allo svincolo della cauzione prestata dall'esecutore a garanzia del mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni dedotte in contratto" (art. 324). La verifica di cui sopra può essere sostituita, per i contratti "sotto soglia", dalla procedura di "attestazione di regolare esecuzione" di cui al successivo art. 325, procedura che non può durare oltre *quarantacinque giorni dalla ultimazione dell'esecuzione*; successivamente alla emissione della attestazione si procede ai sensi dell'articolo 324 (pagamento e svincolo della cauzione).

³⁷⁴ Cfr. il paragrafo 5 dell'articolo 3 a mente del quale "Gli Stati membri assicurano che il periodo di pagamento stabilito nel contratto non superi sessanta giorni di calendario, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'articolo 7." In materia di transazioni tra privati, dunque, a) se le parti nulla stabiliscono circa il termine di pagamento, lo stesso va effettuato decorsi 30 giorni da uno degli eventi indicati nell'articolo 3, secondo paragrafo; b) le parti possono stabilire un termine maggiore ma, secondo l'interpretazione che pare preferibile, *se il termine concordato supera i 60 giorni di calendario scatta il vaglio di grave iniquità*.

applicabile. Ed invero, la 2011/7 UE abbandona la nozione unitaria di “tasso legale” di cui all’articolo 3 della 2000/35 CE³⁷⁵ prevedendo, in sostituzione, due distinte nozioni. La prima è quella di “interesse di mora” per tali dovendosi intendere “interessi *legali* di mora o gli interessi convenzionali”. La seconda è quella di interessi *legali* di mora, vale a dire gli interessi semplici ad un tasso pari al tasso di riferimento maggiorato di almeno *otto* punti percentuali.

Ebbene, mentre nelle transazioni tra imprese sono dovuti gli “interessi di mora” (articolo 3 par. 1), nelle transazioni tra imprese e pubbliche amministrazioni sono dovuti gli “interessi legali di mora”. Ciò comporta, dunque, che mentre nei rapporti B2B è possibile pattuire un tasso diverso da quello di riferimento (“interessi di mora= interessi legali di mora o interessi *convenzionali*), salvo il limite della grave iniquità, nei rapporti B2A il tasso è quello legale, ed è *inderogabile*.

La disciplina posta dall’articolo 4 della direttiva 2011/7 UE è dunque innovativa sotto più punti di vista. Da un lato, la disciplina dei termini, con la previsione di un inedito limite massimo, predeterminato, alla autonomia contrattuale delle parti; dall’altro, la misura degli interessi moratori, inderogabile nelle transazioni tra imprese e pubbliche amministrazioni. Infine, l’estensione alla materia degli appalti di pubblici lavori che pare trasparire dal *considerando* 11 e dall’articolo 2 secondo paragrafo, non può che essere accolta favorevolmente³⁷⁶.

La nuova direttiva in materia di ritardi di pagamento contiene altre, significative, novità.

³⁷⁵ Si ricorderà che, in base all’articolo 3 della 2000/35 CE, tasso legale = tasso di riferimento + margine, dove il tasso di riferimento è pari al tasso d'interesse del principale strumento di finanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di finanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione; e “margine” è una maggiorazione pari ad almeno 7 punti percentuali.

³⁷⁶ Non è stato tuttavia recepito l’invito, formulato dalla Commissione, alla previsione di una somma forfettaria pari al 5% dell’importo dovuto, somma che si sarebbe dovuta aggiungere a interessi moratori e costi di recupero

Nella proposta dell'aprile 2009 la Commissione, come visto, poneva in particolare risalto il tema della efficacia delle procedure di recupero dei crediti; del resto, tanto la Commissione quanto il C.E.S.E., concordavano sulla necessità di precisare il novero delle clausole gravemente inique, con introduzione di un elenco di accordi sempre considerati gravemente iniqui (secondo la Commissione, unicamente quelli che escludano completamente il diritto agli interessi di mora; in base alla valutazione del Comitato, anche quegli che escludano risarcimento per i costi di recupero, diritto di ritenzione e garanzia della buona esecuzione dell'obbligo di pagamento.).

Le superiori osservazioni sono state recepite, con alcune rilevanti modifiche, dalla nuova direttiva.

Quanto alla grave iniquità, la normativa applicabile è contenuta nei primi tre paragrafi dell'articolo 7. La novità di maggiore momento è certamente costituita dall'introduzione di due elenchi: uno di clausole *sempre* gravemente inique; l'altro nel quale figurano clausole che si *presumono* tali. Riecheggia, evidentemente, la contrapposizione tra *black list* e *grey list* di cui rispettivamente agli articoli 36 secondo comma e 33 del d.lgs. 206 del 2005. Non si tratta, tuttavia, dell'unica novità: la disciplina posta dall'articolo 7 della 2011/7 UE va analizzata nel dettaglio.

Un cenno, anzitutto, merita la disposizione del *considerando* 28, nella cui parte centrale è contenuto il seguente riferimento: “A tale riguardo e *conformemente al progetto accademico di quadro comune di riferimento*, qualsiasi clausola contrattuale o prassi che si discosti *gravemente* dalla corretta prassi commerciale e sia in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza dovrebbe essere considerata iniqua per il creditore.” A commento dell'articolo 7 del d.lgs. 231/2002, era già stata posta in rilievo la somiglianza tra il concetto di “grave iniquità” e quello di ragionevolezza di cui all'articolo 1:302

dei Principi di diritto contrattuale europeo³⁷⁷. Il riferimento di cui al *considerando* in commento è, con ogni probabilità, al libro primo, articolo I-1:104 del Draft Common Frame of Reference³⁷⁸ per cui “Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.”.

Quanto alla *Black list*, è riputata sempre gravemente iniqua “una clausola contrattuale o una prassi *che escluda l’applicazione di interessi di mora*”.

Quanto alla *Grey list*, si presume gravemente iniqua “una clausola contrattuale o una prassi *che escluda il risarcimento per i costi di recupero di cui all’articolo 6.*”

Emergono due circostanze significative. Anzitutto, la norma pare coniugare quanto previsto nella proposta di direttiva con quanto significato dal C.E.S.E³⁷⁹. In seconda battuta si specifica, come peraltro già sottolineato a commento del d.lgs. 231/2002, che non solo una *clausola*, ma anche una *prassi* può essere gravemente iniqua.

³⁷⁷ Cfr. Capitolo II, pagina 123. Si ricorda il testo in versione italiana, consultabile in *Rivista critica di diritto privato*, 2000, 83 ss., “E’ da ritenersi ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole. Nella valutazione di ragionevolezza si dovrà tenere conto, in particolare, della natura e dell’oggetto del contratto, delle circostanze del caso e degli usi e pratiche dei traffici o delle professioni coinvolte.”

³⁷⁸ Articolo che “corrisponde” proprio al citato I:302 dei PECL. Trattasi di corrispondenza non già della *regola*, ma del *problema giuridico* alla base della regola. Ed invero la Table of destinations del D.C.F.R. precisa che, in tale tavola, “An entry indicates a model rule which addresses the same legal issue as that dealt with in the relevant article of the PECL. It does not imply that the corresponding model rule is in the same terms or to the same effect.”

Il Draft common frame of reference è consultabile, in lingua inglese, al seguente indirizzo internet istituzionale:

http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf

Cfr. M. Meli, *The Common Frame of Reference and the Relationship between National Law and European Law*, in *European Review of Contract Law*, 2011, 7,II, 229 ss.

³⁷⁹ La Commissione, con la proposta dell’aprile 2009, qualificava sempre gravemente inique le (sole) *clausole* che escludessero, completamente l’applicazione degli interessi di mora. Sul punto, tuttavia, il Comitato economico e sociale europeo manifestava l’esigenza di un ampliamento delle suddette ipotesi, con l’inclusione di quelle che escludessero il risarcimento per i costi di recupero, il diritto di ritenzione e la garanzia della buona esecuzione dell’obbligo di pagamento. Il testo della direttiva adotta una soluzione equilibrata, qualificando senz’altro gravemente inique le clausole (e le prassi) volte alla esclusione degli interessi da ritardo, e presumendo la grave iniquità di quelle volte ad escludere il risarcimento dei costi di recupero.

Quanto, infine, al risarcimento dei costi di recupero, l'articolo 6 della nuova direttiva prevede il diritto a un importo forfettario minimo pari a 40 euro, cumulabile con gli interessi moratori, nonché un risarcimento ragionevole per ogni costo di recupero, sostenuto a causa del ritardo di pagamento del debitore, che ecceda tale importo forfettario. La norma va spiegata. In base alla attuale formulazione dell'articolo 6, in effetti, non è ben chiaro quali spese siano coperte dall'importo forfettario e quali ne rimangano invece escluse, restando risarcibili ai sensi del terzo comma. Si potrebbe supporre: tutto ciò che il creditore abbia ragionevolmente speso per recuperare il suo credito, e che ecceda la somma di cui al primo comma. Ebbene, a fugare ogni dubbio, soccorre il testo di cui ai *considerando* 19 e 20 in base ai quali: "Tra i costi di recupero dovrebbero essere inclusi anche i costi amministrativi e i costi interni causati dal ritardo di pagamento, per i quali la presente direttiva dovrebbe determinare un importo minimo forfettario che possa cumularsi agli interessi di mora. Il risarcimento sotto forma di importo forfettario dovrebbe mirare a limitare i costi amministrativi e i costi interni legati al recupero(...); Oltre ad avere diritto al pagamento di *un importo forfettario per coprire i costi interni legati al recupero*, il creditore dovrebbe poter esigere anche *il risarcimento delle restanti spese di recupero sostenute a causa del ritardo di pagamento del debitore. Tali spese dovrebbero comprendere, in particolare, le spese sostenute dal creditore per aver affidato un incarico a un avvocato o a un'agenzia di recupero crediti.*" Dunque, mentre l'importo di cui al primo comma è previsto a copertura dei costi amministrativi e interni legati al recupero, l'ulteriore somma di cui al comma terzo permette la rifusione delle restanti spese, si deve intendere, *diverse* da quelle amministrative e interne. Una ultima precisazione. L'importo previsto dal primo comma dell'articolo 6 è alquanto modesto: ponendosi come limite minimo, del resto, gli Stati membri potranno assicurarne uno maggiore. Sfuggono, però, i criteri in base ai quali prevedere una somma diversa. A ben vedere l'unico valido parametro di riferimento sarebbe stata la misura complessiva del credito. Ed invero, molto

opportunamente, la proposta di direttiva dell'aprile 2009 prevedeva:

- a) un importo fisso di 40 euro per un debito inferiore a euro 1000;
- b) un importo pari a 70 euro per un debito di importo compreso tra euro 1000 e 10.000;
- c) un importo equivalente all'1% del credito, al netto degli interessi di mora, per i debiti superiori a euro 10.000.

Una ultima modifica assai rilevante operata dalla 2011/7 UE attiene alla completa scomparsa della disposizione di cui all'articolo 3, secondo paragrafo della 2000/35 CE. Come si ricorderà la norma, in base alla quale “Per talune categorie di contratti che saranno definite dal legislatore nazionale, gli Stati membri possono elevare fino a 60 giorni il periodo alla cui scadenza sono dovuti gli interessi, qualora essi rendano inderogabile per le parti del contratto tale termine o stabiliscano un tasso d'interesse inderogabile, sensibilmente superiore al tasso legale”, aveva dato origine al regime differenziato riservato ai contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili, con tutte le tensioni interpretative segnalate nel corso del secondo capitolo. L'eliminazione del riferimento ricompone dunque il quadro: a ben vedere la nuova direttiva prevede adesso due soli casi di contratti sottoponibili a trattamento differenziato: trattasi di quelli conclusi dai soggetti di cui all'articolo 4, quarto paragrafo, o di quelli aventi le caratteristiche di cui al successivo paragrafo 6, ma *solo nelle transazioni tra imprese e pubbliche amministrazioni*.

Le principali novità introdotte dalla 2011/7 UE, come visto, riguardano il settore dei pagamenti pubblici. Prima di una valutazione conclusiva in merito alla potenziale efficacia di tali nuove regole, pare opportuno passare velocemente in rassegna tutte le altre novità della direttiva in esame.

4. 2.2. Le altre disposizioni della 2011/7 UE

Articolo 1

Oggetto e ambito d'applicazione

1. Lo scopo della presente direttiva è di lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, favorendo in tal modo la competitività delle imprese e in particolare delle PMI.
2. La presente direttiva si applica ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale.
3. Gli Stati membri possono escludere i debiti che formano oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito.

La norma è in parte riproduttiva del testo di cui alla 2000/35 CE. Il secondo comma corrisponde all'articolo 1 della prima direttiva; il terzo comma riproduce, con la significativa aggiunta delle procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito, e con la esclusione delle richieste di interessi inferiori a 5 EUR, il testo dell'articolo 6, paragrafo 3.

Il primo comma è, invece, del tutto nuovo. In esso il legislatore esplicita sia la finalità dell'intervento normativo, sia la direzione privilegiata dello stesso.

Articolo 2

Definizioni

Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni:

- 1) «transazioni commerciali»: transazioni tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la fornitura di merci o la prestazione di servizi dietro pagamento di un corrispettivo;
- 2) «pubblica amministrazione»: qualsiasi amministrazione aggiudicatrice quale definita all'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17/CE e all'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE, indipendentemente dall'oggetto o dal valore dell'appalto;

- . 3) «impresa»: ogni soggetto organizzato, diverso dalle pubbliche amministrazioni, che agisce nell'ambito di un'attività economica o professionale indipendente, anche quando tale attività è svolta da una sola persona;
- . 4) «ritardo di pagamento»: pagamento non effettuato durante il periodo di pagamento contrattuale o legale e in relazione al quale le condizioni di cui all'articolo 3, paragrafo 1, o all'articolo 4, paragrafo 1, sono soddisfatte;
- . 5) «interessi di mora»: interessi legali di mora o interessi ad un tasso concordato tra imprese, soggetti all'articolo 7;
- . 6) «interessi legali di mora»: interessi semplici di mora ad un tasso che è pari al tasso di riferimento maggiorato di al- meno otto punti percentuali;
- . 7) «tasso di riferimento»:

a) per gli Stati membri la cui moneta è l'euro:

- i) il tasso di interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamen- to principali; o
- . ii) il tasso di interesse marginale risultante dalle procedure di appalto a tasso variabile per le più recenti operazioni di rifinanziamento principali della Banca centrale europea;

b) per gli Stati membri la cui moneta non è l'euro, il tasso equivalente fissato dalle rispettive banche centrali;

- . 8) «importo dovuto»: la somma principale che avrebbe dovuto essere pagata entro il termine contrattuale o legale di pagamento, comprese le imposte, i dazi, le tasse o gli oneri applicabili indicati nella fattura o nella richiesta equivalente di pagamento;
- . 9) «riserva di proprietà»: l'accordo contrattuale in base al quale il venditore rimane proprietario delle merci fino al completo pagamento del prezzo;
- . 10) «titolo esecutivo»: ogni decisione, sentenza o ordine di pagamento, sia immediato che rateale, pronunciato da un'autorità giurisdizionale o altra autorità competente, inclusi i provvedimenti provvisoriamente esecutivi, che consenta al creditore di ottenere, mediante esecuzione forzata, il soddisfacimento della propria pretesa nei confronti del debitore

Le disposizioni di cui al punto 2), 5), 6), 7) sono già state analizzate.

La disposizione di cui al numero 1) è meramente riproduttiva di quella di cui all'articolo 2, direttiva 2000/35 CE.

La nozione di “impresa”, benché la modifica sia passata quasi sotto silenzio, appare migliorata. Invero, come si ricorderà³⁸⁰, la definizione di cui all'articolo 2 della 2000/35 CE era stata sottoposta a critica da parte della dottrina italiana: era stato notato, in effetti, che l'adozione di una definizione basata sulla qualifica

³⁸⁰ Cfr. Capitolo II, pagina 79

professionale, indipendentemente dalla attività nel *concreto* svolta, avrebbe potuto portare alla applicazione della normativa in commento anche nelle ipotesi in cui un “imprenditore” avesse contrattato al di fuori della attività professionalmente svolta. Il correttivo adottato con la nuova direttiva pare per tanto opportuno, e avvicina significativamente il concetto di impresa di cui alla 2011/7 UE, a quello di professionista di cui alla normativa consumeristica.

Infine, in luogo della espressione “libera professione”, è utilizzata quella di “professione indipendente”.

La nozione di “ritardo di pagamento” è ampliata rispetto a quella contenuta nell’articolo 2, secondo paragrafo della 2000/35 CE. Ed invero, oltre alla inosservanza del termine contrattuale e legale, è richiesto espressamente l’adempimento degli obblighi contrattuali e di legge da parte del creditore, e l’imputabilità del ritardo nei confronti del debitore. Tali ulteriori requisiti erano previsti nell’articolo 3, lettera c), della prima direttiva, *quali condizioni per il diritto agli interessi di mora*. Mentre, in passato, il pagamento effettuato dopo lo scadere del termine era di per sé stesso qualificabile come “ritardo”, ma non dava diritto agli interessi di mora in caso di difetto di imputabilità, o di mancata effettuazione della controprestazione, ai sensi della nuova direttiva, in simili casi, non sussiste, in radice, “ritardo di pagamento”.

La nozione di “importo dovuto” non era specificata nella 2000/35 CE: ad essa si riferiva, senza però definirla, la citata lettera c) dell’articolo 3. La precisazione appare coerente con quanto previsto nella proposta di direttiva, laddove la Commissione riteneva opportuno, *inter alia*, ampliare e raggruppare le definizioni dei termini essenziali della direttiva per porre fine alle divergenze di interpretazione, con riformulazione o eliminazione di tutte le disposizioni ambigue in merito ai diritti dei creditori “affinché gli operatori economici sappiano esattamente quali diritti vengono loro conferiti dalla direttiva”.

In tale ottica possono essere ulteriormente lette la precisazione del concetto di riserva di proprietà, nella quale il termine “accordo” è sostituito da quello di “accordo contrattuale”, e quella in merito al concetto di “titolo esecutivo”.

Articolo 5

Termini di pagamento

La presente direttiva non pregiudica la facoltà delle parti di concordare, fatte salve le pertinenti disposizioni della normativa nazionale applicabile, termini di pagamento che prevedano il versamento a rate. In tali casi, qualora una delle rate non sia pagata alla data concordata, gli interessi e il risarcimento previsti dalla presente direttiva sono calcolati esclusivamente sulla base degli importi scaduti.

La regola posta dal presente articolo è del tutto nuova.

L'ammissibilità di un pagamento rateale non è certo una novità introdotta dalla direttiva in commento: l'intervento del legislatore europeo va letto, piuttosto, come chiarimento in merito alle conseguenze del ritardato pagamento di singole rate. Molto opportunamente, dunque, viene espressamente previsto che, qualora una delle rate non venga pagata alla scadenza pattuita, le conseguenze del ritardo andranno paramtrate esclusivamente sulla base degli importi scaduti. La dottrina italiana, peraltro, si era posta il problema delle conseguenze da connettere al rifiuto, da parte del creditore, di un adempimento parziale³⁸¹. L'applicazione dell'articolo 1181 c.c. alla materia del ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali, si è opinato, darebbe luogo a conseguenze eccessivamente rigide, e ciò in quanto il rifiuto di un adempimento parziale comporterebbe il decorso degli interessi moratori sulla intera somma: “il creditore diventerebbe arbitro delle controversie, avendo la facoltà di riferire il ritardato pagamento alle intere somme dovute, e non a quella parte di esse che non sono contestate dal debitore che ha offerto il pagamento parziale”. La segnalata aporia andrebbe dunque risolta alla luce del dovere di cooperazione del

³⁸¹ Cfr. E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005, 168 ss.

creditore all'adempimento, in forza del quale spetterebbe al creditore, in qualche misura, "una giustificazione al proprio rifiuto del pagamento parziale, incorrendo altrimenti nella violazione del dovere di cooperazione, con conseguente possibile applicazione dell'articolo 1127 c.c."

La segnalata argomentazione è evidentemente eccentrica rispetto al problema risolto dall'articolo 5 della 2011/7 UE: l'articolo in commento appare comunque apprezzabile, se non altro perché chiarisce, nel caso di "adempimento parziale fisiologico", che le conseguenze del ritardo non investono l'intero ammontare del debito. Nei contratti di vendita a rate, peraltro, è abbastanza frequente previsione della decadenza dal beneficio del termine in forza della quale, in caso di mancato pagamento di una rata, il debitore è tenuto a corrispondere senz'altro l'intero importo residuo. Il problema si pone, nel nostro ordinamento, per il mancato pagamento di una rata che superi l'ottava parte del prezzo, o per il mancato pagamento di più rate.³⁸² In questo caso, si ritiene, scaduto il termine per il pagamento dell'intero, gli interessi moratori inizieranno a decorrere sul complessivo ammontare del debito insoluto.

Articolo 7

Clausole contrattuali e prassi inique

(Paragrafi 4 e 5)

4. Gli Stati membri assicurano che, nell'interesse dei creditori e dei concorrenti, esistano mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a clausole contrattuali e prassi gravemente inique ai sensi del paragrafo 1.

5. I mezzi di cui al paragrafo 4 comprendono disposizioni che consentono che organizzazioni ufficialmente riconosciute per la rappresentanza delle imprese o titolari di un legittimo interesse a rappresentare le imprese agiscano a norma della legislazione nazionale applicabile dinanzi alle autorità giurisdizionali o agli organi amministrativi competenti qualora le clausole contrattuali o le prassi siano gravemente inique ai sensi del paragrafo 1, in modo che possano ricorrere a mezzi appropriati ed efficaci

³⁸² Cfr. articolo 1525 c.c. in base al quale "Nonostante patto contrario, il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto, e il compratore conserva il beneficio del termine relativamente alle rate successive."

per impedire il ricorso continuo a tali clausole.

La regola posta dal paragrafo 4 è identica a quella di cui all'articolo 3, quarto paragrafo, della 2000/35 CE.

Quanto al quinto paragrafo, il testo della disposizione appare riformulato con possibili, rilevanti, conseguenze applicative. Quanto alla legittimazione attiva, anzitutto, scompaiono le “organizzazioni titolari di un riconoscimento ufficiale di legittimo interesse a rappresentare piccole e medie imprese”, sostituite da quelle “titolari di un legittimo interesse a rappresentare le imprese”; a queste ultime, peraltro, sono affiancate le “*organizzazioni ufficialmente riconosciute per la rappresentanza delle imprese*”. I riflessi applicativi della nuova disposizione potrebbero essere molteplici. Anzitutto, il mancato riferimento alle sole PMI, potrebbe eliminare gran parte delle tensioni interpretative che si sono segnalate, sul punto, a commento della formula di recepimento di cui al d.lgs.231/2002. In secondo luogo, la contrapposizione tra “organizzazioni ufficialmente riconosciute per la rappresentanza delle imprese” e “organizzazioni titolari di un interesse legittimo a rappresentare le imprese”, potrebbe moltiplicare gli enti esponenziali attivamente legittimati ai sensi della norma in commento.

Articolo 8

Trasparenza e sensibilizzazione

1. Gli Stati membri assicurano piena trasparenza in merito ai diritti e agli obblighi derivanti dalla presente direttiva, anche rendendo pubblico il tasso d'interesse legale di mora applicabile.
2. La Commissione pubblica su Internet informazioni circa i tassi d'interesse legali vigenti che sono applicati in tutti gli Stati membri in caso di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali.
3. Gli Stati membri utilizzano, se del caso, pubblicazioni specialistiche, campagne promozionali o qualsiasi altro mezzo idoneo ad incrementare tra le imprese la consapevolezza dei rimedi ai ritardi di pagamento.
4. Gli Stati membri possono incoraggiare la creazione di codici di pagamento rapido che prevedano termini di pagamento chiaramente definiti e un adeguato procedimento per trattare tutti i pagamenti oggetto di controversia o qualsiasi altra iniziativa che affronti la questione cruciale dei ritardi di

pagamento e contribuisca a sviluppare una cultura di pagamento rapido, a sostegno dell'obiettivo della presente direttiva.

La norma in commento, inedita, costituisce la sintesi tra quanto previsto nella proposta di direttiva dell'aprile 2009, e quanto suggerito dal Comitato economico e sociale europeo nel parere del 17 dicembre 2009. Da un lato, la Commissione, dopo aver sottolineato l'esigenza di fornire, nel modo più adeguato, informazioni pratiche alle imprese, soprattutto alle PMI, per consentire loro di agire contro i debitori che pagano in ritardo, proponeva una norma così formulata: “ *Gli Stati membri assicurano piena trasparenza in merito ai diritti e agli obblighi derivanti dalla presente direttiva, in particolare attraverso la pubblicazione del tasso d'interesse legale applicabile*”. Dall'altro, il C.E.S.E., riteneva utile la realizzazione di un sito internet specializzato con informazioni pertinenti fornite da ogni Stato membro, in tutte le lingue veicolari, sul recepimento della direttiva, il quadro giuridico e le procedure applicabili per il recupero dei crediti (comprese quelle extragiudiziali, segnatamente l'arbitrato e la mediazione) e altre questioni pratiche.

L'articolo 8 della 2011/7 UE recepisce le superiori indicazioni nei primi due paragrafi, prevedendo, in aggiunta, l'adozione da parte degli Stati membri di pubblicazioni specialistiche, campagne promozionali o qualsiasi altro mezzo idoneo ad incrementare tra le imprese la consapevolezza dei rimedi ai ritardi di pagamento, la creazione di codici di pagamento rapido, e, più in generale, qualsiasi altra iniziativa che contribuisca a sviluppare una cultura di pagamento rapido, a sostegno dell'obiettivo della direttiva stessa.

L'iniziativa è volta, evidentemente, a ridurre quella opacità nelle informazioni che, soprattutto nelle realtà imprenditoriali medio-piccole, possono ostacolare l'esercizio stesso dei diritti riconosciuti ai creditori³⁸³.

³⁸³ Si ricordi, sul punto, il più volte citato parere del Comitato economico e sociale del dicembre 2009, nel quale, tra i motivi di debolezza delle PMI, vengono segnalati “l'esperienza limitata e le scarse risorse umane e materiali per avviare procedure legali di recupero dei crediti.” Si ricordi, infine, che a parere

Articolo 9

Riserva di proprietà

1. Gli Stati membri dispongono, in conformità delle disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato, che il venditore conservi il diritto di proprietà sulle merci fintanto che non siano state pagate totalmente, qualora sia stata esplicitamente concordata una clausola di riserva di proprietà tra l'acquirente e il venditore prima della consegna delle merci.
2. Gli Stati membri possono adottare o mantenere disposizioni relative ad anticipi già versati dal debitore.

Eccettuate alcune differenze terminologiche (in particolare il generico riferimento ai “beni” viene sostituito dal più preciso concetto di “merce”), la norma si presenta come meramente riproduttiva di quella di cui all'articolo 4 della 2000/35 CE.

Articolo 10

Procedure di recupero di crediti non contestati

1. Gli Stati membri assicurano che un titolo esecutivo possa essere ottenuto, anche mediante una procedura accelerata e indipendentemente dall'importo del debito, di norma entro novanta giorni di calendario dalla data in cui il creditore ha presentato un ricorso o ha proposto una domanda dinanzi all'autorità giurisdizionale o un'altra autorità competente, ove non siano contestati il debito o gli aspetti procedurali. Gli Stati membri assolvono detto obbligo conformemente alle rispettive disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali.
2. Le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali applicano le stesse condizioni a tutti i creditori stabiliti nell'Unione.
3. Per calcolare il periodo di cui al paragrafo 1 non si tiene conto di quanto segue:
 - a) i periodi necessari per le notificazioni;
 - b) qualsiasi ritardo imputabile al creditore, come i termini necessari per regolarizzare il ricorso o la domanda.

della stessa Commissione, “Le PMI non sono molto informate sull'UE e le sue attività e talora criticano i loro effetti sulle imprese. Spesso, non afferrano le occasioni che l'UE rappresenta (...) Ridurre le lacune d'informazione tra le istituzioni europee e le imprese, in particolare le PMI, è essenziale per ricollegare i cittadini al progetto europeo”.(Cfr. Comunicazione della commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Attuare il programma comunitario di Lisbona una politica moderna a favore delle PMI per la crescita e l'occupazione*, 10, COM (2005) 551)

4. Il presente articolo fa salve le disposizioni del regolamento (CE) n. 1896/2006.

La disposizione in esame riproduce, salvo qualche lieve modifica, il testo dell'articolo 5 della 2000/35 CE. Da segnalare la possibilità riconosciuta agli Stati membri di adottare una "procedura accelerata" per la formazione del titolo esecutivo, e il riferimento al Regolamento in materia di procedimento di ingiunzione europea, in luogo di quello alla convenzione di Bruxelles in materia di competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale contenuto nella precedente direttiva³⁸⁴.

Gli articoli 11, 12, 13, 14, 15, sono deputati, rispettivamente, alla relazione sulla attuazione della direttiva, al recepimento (termine ultimo: 10 marzo 2013), alla formale abrogazione della 2000/35 CE alla entrata in vigore e ai destinatari.

Terminata l'analisi delle novità introdotte dalla 2011/7 UE è adesso possibile un breve commento. Le scelte operate dal legislatore europeo sono senza dubbio lodevoli: in particolare va sottolineata, per rilevanza applicativa, quella attinente alla diversificazione di trattamento tra rapporti B2B e B2A. L'idea di sussumere entro un identico quadro giuridico transazioni tra privati e transazioni tra privati e pubbliche amministrazioni rappresenta, con ogni probabilità, il difetto più grande della precedente direttiva: la scelta, motivata con l'esigenza di parificare le amministrazioni alle imprese, si è rivelata un abbaglio, e ciò per la semplice ragione che non esiste vera uguaglianza se situazioni diverse vengono trattate in modo uguale. L'esame dei dati in materia di ritardi di pagamento, del resto, è

³⁸⁴ Trattasi della Convenzione firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968, entrata in vigore in Italia nel 1973.

Per le successive modifiche a tale convenzione, si veda il seguente sito istituzionale:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009D0430:IT:HTML>

abbastanza esplicativa: salvo rare eccezioni³⁸⁵, l'amministrazione pubblica si è rivelata, a livello europeo, un pessimo pagatore, e ciò sia per la posizione di forza che la stessa assume nelle contrattazioni (riuscendo quindi ad imporre tempi di pagamenti più lunghi: "ritardo fisiologico"), sia per le pastoie amministrative legate all'utilizzo di denaro pubblico. La segnalata situazione assume connotati di vera criticità in Italia, paese che, nel 2011, ha registrato il più elevato ritardo nei pagamenti pubblici a livello europeo³⁸⁶.

Non è certo facile prevedere l'impatto della nuova direttiva europea sul problema dei ritardati adempimenti. Alcune norme destano qualche preoccupazione: si pensi a quella di cui all'articolo 4, paragrafo quinto, che consente di prevedere una durata massima della procedura di cui al punto iv) del precedente paragrafo 3, superiore a 30 giorni, con il solo limite della grave iniquità (e non con il ben più incisivo limite dei 60 giorni, valido per i *termini* di pagamento). Il altre parole: se è prevista una procedura di accettazione o verifica, il termine di pagamento decorre dalla ultimazione della stessa. Il termine non può essere superiore a 60 giorni, ma la procedura può durare anche più di 30 giorni, senza un limite massimo invalicabile.

Infine, per "vincere la lotta" ai ritardi di pagamento, sono necessarie *anche* misure di sostegno alle imprese (dato che una delle cause dei ritardi consiste nelle difficoltà finanziarie e di accesso al credito del debitore, soprattutto se PMI), da un lato, e la riduzione della burocrazia amministrativa, dall'altro.

³⁸⁵ Si pensi alla Finlandia che, nel 2010, registrava un ritardo nei pagamenti pubblici inferiore a quello dei rapporti business to business.

³⁸⁶ In media 90 giorni di ritardo su pagamenti, peraltro, fissati in media a 90 giorni dalla esecuzione della prestazione principale: e così, in media, nel nostro paese sono serviti 180 giorni per ottenere un pagamento pubblico nel 2011, contro i 168 della Grecia, i 139 del Portogallo, i 24 della Finlandia.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA G., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 218 ss;
- ARNÒ G. – FERRI B., *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2003;
- ASCARELLI T., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1968;
- ASCARELLI T., *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova 1928;
- BELLAVISTA A. – PLAIA A. (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011;
- BENEDETTI A.M., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003;
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, IV, Milano, 1994;
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, Milano, 1994;
- BIANCA C.M., *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca a cura di Galgano*, artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 1979, 366;
- BOCCHINI R., *La disciplina degli interessi di mora in La disciplina dei pagamenti commerciali*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2004;

- BOLOGNINI S., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 502 s;
- BREGOLI A., *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?* in *Rivista di diritto privato*, 2003, IV, 715 ss;
- BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537 ss;
- CAGAN P., *Monetary Dynamics of Hyperinflation*, in Friedman, editor, *Studies in the Quantity Theory of Money*, 1956;
- CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2003;
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010;
- CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007;
- CASTRONOVO C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni in Europa e diritto privato*, 2008, I, 1 ss
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006
- COLOMBI CIACCHI A., *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti B) Germania*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 161 ss;
- CONTI R., *Il d.lgs. n.231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Corriere Giuridico*, 2003, 99 ss;

- 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, 802 ss;
- CONTI R. – DE MARZO G., *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.lgs. n. 231/2002*, CEDAM, 2004;
- DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, IV ed., Milano, 2010;
- DE CRISTOFARO G., *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi* in *Studium iuris*, 2003, I, 4 ss;
- DE NOVA G.– DE NOVA S., *I ritardi di pagamenti nei contratti commerciali*, IPSOA, 2003;
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003;
- FARNETI M., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *Commentario a cura di G. De Cristofaro*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004;
- FERRARA F., *Il Fallimento*, Milano, 1966;
- FINESSI A., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *Commentario a cura di G. De Cristofaro*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 540 ss;
- FRIGNANI A. e CAGNASSO O., *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2003, 309 ss;
- FRANZONI M., *Buonafede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, 83 ss;
- GALGANO F., *Diritto commerciale*, Padova, 2004;
- GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970;

- GENTILI A., *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, 1351;
- GIROLAMI M., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *Commentario a cura di G. De Cristofaro*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, III, 665 ss;
- GIUSSANI A., *Inibitoria*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1998
- GORLA G., *Il contratto*, I, Milano, 1954, 240;
- GRANDONA M., *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2003, 242;
- INZITARI B., *Profili del diritto delle obbligazioni*, CEDAM, 2000;
- LANZILLO R., *Interessi corrispettivi, compensativi e moratori. Danni nelle obbligazioni pecuniarie. Recenti norme in tema di ritardo nei pagamenti*. Relazione per l'incontro studio del 19 novembre 2002 tenutosi presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano;
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2011;
- MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, Milano, II, 2011, 365 ss;
- MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'articolo 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità della prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, IV, 947;
- MAZZAMUTO S. – PLAIA S., *Provvedimenti inibitori a tutela del consumatore: la legge italiana 30 luglio 1998, n. 281 e la direttiva 98/27/ce*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 670 ss;

- MAZZARESE S., *Clausola penale*, in *Il codice civile, commentario diretto da Schlesinger*, Milano, 1999, 235;
- MELI M., *The Common Frame of Reference and the Relationship between National Law and European Law*, in *European Review of Contract Law*, 2011, 7, II, 229 ss.
- MENGONI L., *La direttiva 2000/35 CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 73 ss.;
- MENGOLZI P., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, CEDAM, 2007;
- MINSKY, H.P., *Potrebbe Ripetersi? Instabilità e finanza dopo la crisi del '29*. Torino, 1984;
- MOSCO L., *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948;
- PANDOLFINI V., *La nullità degli accordi gravemente iniqui nelle transazioni commerciali*, in *I contratti*, 2003, V, 510;
- PANDOLFINI V., *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003;
- PANUCCIO V., voce *Fattura*, in *Enciclopedia del diritto volume XVI*, 1967, 1020;
- PERLINGERI V.P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2001, 223;
- PLAIA A. (a cura di) *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008.
- PLAIA A., *L'inibitoria cautelare e la misura compulsoria a tutela del diritto d'autore*, in *Contratto e impresa*, 2001, 750;
- PROSPERETTI M., *Pagamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990

- QUADRI E., *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979;
- RICCIO A., *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contratto e impresa*, 2004, 554;
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969;
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e p. Zatti*, Milano, 2011 – 2011;
- ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?* In *Corriere giuridico*, 2009, 2, 267 ss;
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicù e F. Messineo*, Milano 1962;
- RUSSO E., *Le transazioni commerciali, commento teorico – pratico al d.lgs. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, CEDAM, 2005;
- 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*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, I, 247 ss;
- SIGNORINO R., *Gli economisti allo specchio della crisi, Relazione preparata per il seminario 'Gli economisti e la crisi' presso il Dottorato di Diritto Pubblico dell'Università di Palermo, 11 febbraio 2010*, *Economics in the mirror of the financial crisis*. in S. Kates (ed) (2011). "The Global Financial Crisis – What Have We Learnt?", Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar, pp. 182 – 203;

- SIGNORINO R., *Istituzioni di economia politica*, Vol. I, *Microeconomia*, Torino, 2008;
- SMORTO G., *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 325 ss;
- SPOTO G., *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Europa e diritto privato*, 2007, IV, 1129;
- VENUTI M.C., *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, CEDAM, 2004;
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005;
- VULLO, *Le disposizioni processuali del d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2003, 21;
- ZACCARIA A., *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* in *Studium iuris*, 2001, 267;
- Comunicazione della commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Attuare il programma comunitario di Lisbona una politica moderna a favore delle PMI per la crescita e l'occupazione*, COM (2005) 551;
- *Piccole e medie imprese, essenziali per conseguire una maggiore crescita e rafforzare l'occupazione – Valutazione intermedia della politica moderna a favore delle PMI*, COM (2007) 592 def. del 4.10.2007;
- Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 25 giugno 2008, “*Una corsia preferenziale per la piccola impresa*”, alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (un “*Small Business Act*” per l’Europa), COM (2008), 394;

- Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo, *Un piano europeo di ripresa*, COM (2008), 800;
- Documento di lavoro della Commissione, *Relazione sull'attuazione dello Small business act*, COM (2009) 680;
- Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Riesame dello "Small Business Act" per l'Europa*, COM (2011) 78;
- Studio I-com, *I ritardi dei pagamenti della P.A.: una stima del fenomeno e dei suoi effetti sul sistema economico italiano*, maggio 2011, consultabile al seguente collegamento internet:
<http://www.i-com.it/AllegatiDocumentiHome/438.pdf>;
- http://www.bancaditalia.it/banca_mercati/polmon/infop/calendario_asta;
- <http://www.ecb.int/home/html/index.en.html>;
- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050>;
- *European Payment index 2008-2011* a cura di *Intrum Justitia*, :
<http://www.intrum.com/it>