

La mora del debitore nella disciplina sul ritardato pagamento

Sommario: 1. Introduzione. 2. La normativa. 3. Segue: il problema del rapporto tra il D.lgs. n. 231/2002 e la disciplina codicistica. 4. Segue: termine di adempimento e patto di deroga nel D.lgs. n. 231/2002. 5. Segue: il problema dell'ampiezza del potere giurisdizionale nella determinazione dei limiti del potere derogatorio delle parti. 6. Ritardato pagamento e subfornitura. 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

La disciplina sul ritardato pagamento è contenuta nel D.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 pubblicato in G.U. n. 249 del 23 ottobre 2002. Essa da attuazione all'art. 26 della legge comunitaria 1 marzo 2002 n. 39 che delegava il Governo ad attuare la direttiva dell'Unione Europea 2000/35/CE, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee il giorno 8 agosto 2000.

La direttiva è stata adottata dal Parlamento e dal Consiglio in base all'art. 251 del Trattato dell'Unione Europea, sul presupposto che una lotta efficace contro il problema dei ritardati pagamenti può avvenire soltanto a livello comunitario, poiché differenti legislazioni nazionali potrebbero alterare la concorrenza, ostacolando il mercato unico. L'attuazione della direttiva si ritiene avvenuta senza sostanziali modifiche rispetto al testo comunitario¹.

Questa disciplina utilizza la tecnica della mora *ex re* allo scopo di tutelare il creditore contro il ritardato pagamento da parte del debitore. Uno dei problemi che pone è il rapporto con le norme codicistiche sulla mora e quelle sulla subfornitura.

Il problema del ritardo nei pagamenti sembra sentito principalmente nel settore delle piccole e medie imprese (cd. PMI) e dell'artigianato, dove, secondo i *consideranda* della direttiva, configurerebbe un fenomeno grave e diffuso in grado di incidere negativamente sul benessere generale, in quanto possibile causa della limitazione delle transazioni commerciali e dell'insolvenza di molte imprese con conseguente perdita di posti di lavoro.

I rimedi sembrerebbero muoversi sotto due profili. Il primo riguardando il singolo contratto porrebbe un problema di tutela individuale. Il secondo riguarderebbe la tutela collettiva delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani. Questa tutela viene affidata dal legislatore interno alle associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel CNEL, prevedendo

in caso di urgenza lo strumento dell'inibitoria rafforzato da una misura cd. di *astreintes*² (art. 8 D.lgs. n. 231/2002).

2. La normativa.

Il legislatore prevede un'articolata disciplina prescrivendo: a) la decorrenza automatica degli interessi moratori dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, senza bisogno di un atto scritto di messa in mora (art. 4 D. lgs. cit.); b) la previsione di un termine di adempimento *ex lege* in mancanza di accordo delle parti³; c) la determinazione legale degli interessi moratori (in una misura pari al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della BCE, applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale, effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione maggiorato di 8 punti percentuali) salvo patto contrario; d) il risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte, salva la prova del maggior danno. I costi di recupero devono rispondere a principi di trasparenza e di proporzionalità e possono essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale.

Inoltre si stabilisce: e) la limitazione del potere delle parti di derogare alla disciplina legale prevedendo la nullità di un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento che risulti gravemente iniquo per il creditore; f) il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità dell'accordo di cui al punto e) e di modificare (sempre d'ufficio secondo la lettera della legge) il contenuto del contratto applicando i termini legali o riconducendolo ad equità, avendo riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle circostanze previste (art. 7 1 comma D. lgs. cit.).

3. Segue: il problema del rapporto tra il D.lgs. n. 231/2002 e la disciplina codicistica.

La previsione di un'automatica decorrenza degli interessi moratori (*mora ex re*) era una soluzione già adottata dal codice civile del 1942 per le obbligazioni pecuniarie il cui termine di adempimento

è scaduto. Infatti, coordinando il numero 3) dell'art. 1219 cc. con l'art. 1182 3 comma cc. si dovrebbe concludere che l'atto scritto di costituzione in mora non è necessario per le obbligazioni pecuniarie perché questo non è necessario per le obbligazioni scadute che devono essere eseguite al domicilio del creditore (n. 3 art. 1219 cc.) e tali sono le obbligazioni che hanno ad oggetto una somma di denaro (art. 1182 3 comma cc.).

Tuttavia la norma del codice riguarda tutte le obbligazioni pecuniarie, facendo salvo sempre un diverso accordo delle parti, mentre la normativa di derivazione comunitaria riguarda soltanto determinate ipotesi di obbligazioni pecuniarie. Inoltre, il codice presuppone l'esistenza di un termine, scaduto il quale si producono gli effetti della mora.

Il campo di applicazione del D. lgs. n. 231/2002 può essere delimitato sia sul piano soggettivo sia su quello oggettivo. Sul piano soggettivo la disciplina si applica ai contratti tra imprese e ai contratti tra pubblica amministrazione e imprese (art. 2 D. lgs. cit.)⁴. Per imprenditore si intende ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione. Per p. a. 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".

Sul piano oggettivo la normativa si applica "ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale" (art. 1 D. lgs. cit.). Sono esclusi: 1) i debiti oggetto di procedure concorsuali a carico del debitore; 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.

Secondo la definizione legislativa si intendono per transazione commerciale “il contratto comunque denominato tra imprese oppure tra imprese e p. a. che comporta, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo” (art. 2 lett. a) D. lgs. cit.). In base alla lettera della legge risulterebbero così esclusi dal campo di applicazione della disciplina i contratti coi consumatori, quelli che non hanno ad oggetto cessioni di beni o prestazioni di servizi, quali per esempio i finanziamenti ed i mutui. E’ controverso se tale normativa si possa applicare agli appalti⁵.

Il legislatore adotta la soluzione della tecnica della mora *ex re* anche in tema di subfornitura (L. n. 192/1998), la cui disciplina secondo la legge delega ed alcune posizioni dottrinali dovrebbe essere coordinata con quella sui ritardati pagamenti⁶.

Le due normative sembrano avere in comune lo scopo di tutelare la PMI. In materia di subfornitura il legislatore impone la forma scritta, prevede che il contratto debba contemplare alcuni elementi tra i quali il prezzo e il termine di adempimento.

In caso di mancata corresponsione del prezzo entro i termini pattuiti il creditore ha titolo per ottenere l’ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva secondo quanto previsto dagli artt.li 633 cpc. e ss. (art. 3 comma 4 L. n. 192/1998). La normativa sulla lotta al ritardato pagamento inasprisce le conseguenze della mora in materia di subfornitura (art. 10 D. lgs. n. 231/2002).

4. Segue: termine di adempimento e patto di deroga nel D.lgs. n. 231/2002.

Le obbligazioni pecuniarie che rientrano nel campo della nuova disciplina, come detto, presentano sempre un termine di adempimento essendo questo imposto per legge. Ciò sembra dipendere dal fatto che la tecnica della mora *ex re* non possa operare senza la presenza di un termine. Senza di esso, infatti, la tecnica dissuasiva della mora *ex re* non sarebbe efficace perché il debitore non conoscendo il momento dal quale gli interessi moratori decorrono non subisce la pressione psicologica ad adempiere su cui sembra basarsi questa tecnica. D’altro canto la mancanza dell’atto di messa in mora, in presenza di un termine di adempimento, non crea problemi di incertezza e

sembra escludere eventuali abusi a danno del debitore. Tale conclusione sembrerebbe confermata dalla stessa lettera dell'art. 1219 cc. Infatti questa norma prevede tre ipotesi di mora *ex re*: 1) fatto illecito; 2) determinazione scritta di non volere adempiere; 3) scadenza del termine nel caso di prestazioni che devono essere eseguite al domicilio del creditore. Il numero 3) si caratterizza per la sua portata più ampia, mentre i numeri 1) e 2) si riferiscono a casi particolari: sul piano logico queste tre ipotesi consentono di dire con sicurezza da quale momento devono decorrere gli interessi moratori.

Dal punto di vista applicativo la nuova disciplina sottrae al n. 3) dell'art. 1219 cc. una parte del suo campo di applicazione.

La legge prevede che le parti possano derogare alla data del pagamento ed alle conseguenze sul ritardato pagamento. Peraltro la deroga è nulla 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 iniqua in danno del creditore⁷ (art. 7 D. lgs. n. 231/2002).

Con la deroga le parti potrebbero prevedere un termine di adempimento maggiore di quello legale, ma non sembra possano escludere il termine. Infatti la esclusione del termine di adempimento dovrebbe rendere operativo il termine legale senz'altro: altrimenti, le parti, attraverso la rimozione del termine, farebbero venire meno le conseguenze legali del ritardato pagamento, eliminando l'efficacia dissuasiva della disciplina.

Alle ipotesi che ricadono sotto la nuova normativa sembrerebbe applicabile la seconda parte dell'art. 1182 cc. 3 comma secondo cui “se tale domicilio (*domicilio del creditore*) è diverso da quello che il creditore aveva quando è sorta l'obbligazione e ciò rende più gravoso l'adempimento, il debitore previa dichiarazione al creditore, ha diritto di eseguire il pagamento al proprio domicilio”. Come detto, infatti, la portata innovativa della nuova normativa sembra rinvenirsi soprattutto nella determinazione legale del termine di adempimento, perché l'operatività della

tecnica della mora *ex re* pare presupporre necessariamente un termine di riferimento. L'art. 1182 cc. 3 comma seconda parte, invece, pare riferirsi al solo luogo del pagamento e non al tempo.

5. Segue: il problema dell'ampiezza del potere giurisdizionale nella determinazione dei limiti del potere derogatorio delle parti.

Le limitazioni al potere derogatorio delle parti mettono in luce la problematica sul potere del giudice di incidere sulle convenzioni private, giudicandole invalide, e dunque rifiutando la tutela giuridica da parte dell'ordinamento, o addirittura modificandole, vincolando le parti ad eseguire un contratto da esse non interamente voluto⁸. Questo secondo caso attribuisce al giudice un ampio potere e appare qualitativamente diverso dall'ipotesi di modificazione legale del contratto per effetto del principio di integrazione del contratto (art. 1374 cc.) oppure attraverso l'inserzione automatica di clausole (art. 1339 cc.).

I parametri di riferimento risentono di una forte ambiguità in quanto clausole aperte⁹. Infatti sembra problematico stabilire quando una prassi commerciale possa dirsi corretta o che cosa si intenda per contratto equo. Per esempio una composizione di un conflitto di interessi potrebbe apparire corretta se tutelasse le aspettative che le parti si potevano ragionevolmente creare al momento della conclusione del contratto (soluzione cd. conservatrice)¹⁰. Da un altro punto di vista, però, potrebbe apparire corretta una soluzione che realizzasse un equilibrio tra le posizioni delle parti (soluzione cd. equitativa)¹¹.

Il comportamento scorretto che il citato D.lgs. intende colpire sembra fondato su un calcolo economico giacché il debitore potrebbe preferire una maggiore liquidità al pagamento del creditore nei termini. In questo modo sceglierebbe la soluzione meno costosa in base ad un giudizio comparativo tra il vantaggio di una maggiore liquidità ed il costo del risarcimento del danno per il solo ritardo. In tale calcolo sarebbe molto importante il giudizio sul tempo del processo e quello sulla possibilità di conclusione di una transazione vantaggiosa che ponga fine alla lite.

La legge sembrerebbe ridurre o eliminare il vantaggio di questo calcolo accrescendo il costo dell'operazione. Per questo interviene anche nella fase processuale tentando di ridurre i tempi del processo, perché la reale efficacia dissuasiva di tale normativa appare legata all'efficiente funzionamento del sistema processuale (art. 9 D. lgs. n. 231/2002).

6. Ritardato pagamento e subfornitura.

Le due discipline sembrerebbero riferirsi a fattispecie differenti: il ritardato pagamento sembra riguardi i contratti aventi ad oggetto la cessione di beni e la prestazione di servizi, mentre la subfornitura si riferirebbe ad alcune tipologie di appalti e contratti d'opera.

Analizzando la definizione del contratto di subfornitura (art. 1 legge n. 192/1988) sembra che il legislatore abbia inteso disciplinare quel fenomeno economico qualificato *outsourcing* che si ritiene consista nel trasferire alcuni segmenti della produzione all'esterno dell'impresa. Questo fenomeno sarebbe determinato dalla circostanza che alcuni segmenti produttivi richiedono macchine, tecniche e *teams* specializzati ed all'avanguardia e che il mantenimento di questi fattori all'interno delle imprese (generalmente di dimensioni medio grandi) appare più costoso rispetto ad un appalto esterno. Questo fenomeno è apparso caratteristico degli anni '90 che hanno visto un ridimensionamento dell'investimento pubblico – e della domanda aggregata – costringendo le imprese a ridurre drasticamente i costi anche rinunciando ad alcuni segmenti produttivi. Questi segmenti produttivi teoricamente si potrebbero svolgere all'interno dell'impresa se fosse possibile praticare sul mercato un prezzo più alto: infatti il loro costo si scarica sul prezzo del prodotto.

Di conseguenza non tutti gli appalti conclusi da una PMI sembrano inquadrabili nella fattispecie della subfornitura. Pertanto, se la disciplina del ritardato pagamento si ritenesse non applicabile agli appalti e ai contratti d'opera rimarrebbe un'area piuttosto rilevante in cui il creditore riceverebbe una tutela meno intensa rispetto ad altre ipotesi (consegna merci, prestazione di servizi, subforniture) sostanzialmente non dissimili.

7. Conclusioni.

In definitiva l'uso della tecnica della mora *ex re* nelle diverse ipotesi prese in considerazione sembra mostrare l'attenzione del legislatore verso un comportamento scorretto che si sostanzia in un calcolo economico. Tale fenomeno pare affrontato prescindendo dalle tradizionali questioni sui profili soggettivistici coinvolti nella problematica dell'inadempimento¹². Infatti la funzionalità di questa tecnica sembrerebbe fondata sulla decorrenza automatica degli interessi moratori per il solo fatto del ritardo imputabile. Conseguentemente al debitore per liberarsi resterebbe la sola prova della non imputabilità del ritardo, mentre sarebbe più difficile sostenere che il legislatore abbia preso in considerazione figure quali l'impossibilità soggettiva o l'inesigibilità, pur nella difficoltà interpretativa che il concetto di imputabilità potrebbe presentare.

Dottor Enrico Mancuso

Dottore di ricerca in Nuova sistematica del diritto civile, Diritto privato comunitario e Teoria dell'interpretazione.

Bibliografia

¹ Per un primo commento A. PAGANO, *Prime notazioni in tema di disposizioni relative al decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231 – Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in http://www.lexitalia.it/private/articoli/pagano_dlgs231-02.htm. Sulla direttiva FAUCEGLIA, *Dir. 2000/35/CE*, in *I Contratti*, 2001, p. 307. Sul complesso iter legislativo cfr. R. CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corr. Giur.* n. 6/2002, p. 802. L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e dir. priv.* 2001, p. 74.

² Cfr. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli 1987, p. 242.

³ Sul problema se il termine previsto dalla normativa sia qualificabile come termine legale di pagamento o termine dilatorio della mora di un debito già scaduto cfr. L. MENGONI, *op.cit.*, pp. 76-77.

⁴ Per una breve e sintetica ricostruzione della fattispecie di ritardato pagamento da parte della pubblica amministrazione anche con riferimento alla disciplina in commento cfr. Cass. civ., sez. I, 16 gennaio 2004, n. 532, in http://www.lexitalia.it/p/ago/cass1_2004-01-16.htm e in *Dir. e Giust.*, 2004, fasc. 8, p. 120. Per un riferimento indiretto alla normativa *de qua* vedi anche Cass. civ., sez. I, 29 luglio 2004, n. 14465, in http://www.lexitalia.it/p/ago/cassciv1_2004-07-29.htm e in *Corr. Giur.* n. 12/2004, p. 1597, con commento di G. DE MARZO, dove la Corte esclude l'esistenza nell'ordinamento generale di un principio in base al quale i pagamenti da parte dello Stato, per corrispettivo in opere in appalto pubblico, siano subordinati alla previa fatturazione. Sul problema della doverosità da parte della pubblica amministrazione dell'inserimento di clausole dirette a temperare le conseguenze del ritardato pagamento, stante la rigorosa disciplina in commento, e sui connessi profili di responsabilità contabile cfr. M. BARBERO, *Conseguenze derivanti dall'applicazione del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 (in materia di ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali) sull'attività contrattuale della P.A.*, in http://www.lexitalia.it/p/articoli/barbero_pagamenti.htm. Collegato indirettamente a questo tema anche G. DE MARZO, *Ritardati pagamenti della P.A. tra abrogazione di norme e disciplina fiscale*, in *Corr. Giur.* n. 5/2004, p. 622, che affronta il tema dell'inadempimento della pubblica amministrazione nella problematica del rapporto tra la tutela delle modalità organizzative dell'amministrazione e la tutela del creditore, in sede di applicazione dell'art. 36 del D.p.r. 16.07.1962 n. 1063, Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici. Sulla problematica dei debiti pecuniari antecedente alla normativa in commento L. Pigliaru, *Debiti pecuniari della Pubblica Amministrazione, mora e decorrenza degli interessi corrispettivi*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, I, p. 763.

⁵ L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con determinazione n. 5/2002 del 27 marzo 2002, ha escluso che la direttiva 2000/35/CE sia direttamente applicabile alla materia dei lavori pubblici in base all'art. 2 che ne delimita il campo di applicazione ai contratti aventi ad oggetto "la consegna di merci o la prestazione di servizi" escludendo così i contratti d'opera. Cfr. Determinazione Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 27-3-2002 n. 5, fenomeno dei ritardati pagamenti negli appalti di lavori pubblici in G. U. n. 95, 23 aprile 2002, Serie Generale. Invece la dottrina

sembra in prevalenza orientata a fare rientrare gli appalti nel campo di applicazione della normativa, richiamandosi all'*iter* legislativo della direttiva e ritenendo che tale esclusione apparirebbe illogica e sarebbe in contrasto con la stessa lettera della direttiva che nel definire la p. a. richiama la direttiva sui lavori pubblici (cfr. art. 1 direttiva 2000/35/CE). Vedi G. DE MARZO, *I ritardi nei pagamenti degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti* n. 6/2000, p. 631. *Id.*, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *I contratti* n. 6/2002, p. 628. *Id.*, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *I contratti* n. 12/2002, p. 1155. R. CONTI, *op. cit. loc. cit. Id.*, *Il D. lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. Giur.* n. 1/2003, p. 99.

⁶ Cfr. R. CONTI, *ult. loc. cit.* G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *loc. cit.*, p. 631.

⁷ I commi 3 e 4 dell'art. 4 del D. lgs. cit. prevedono la cessione di prodotti alimentari deteriorabili. Si prevede un termine legale. La deroga che prevede un termine superiore rispetto a quello legale deve essere fatta per iscritto e rispettare i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti presso il Ministero delle attività produttive. Il superamento di tali limiti dovrebbe comportare la nullità virtuale del contratto. Inoltre la legge prevede come gravemente iniquo l'accordo che senza essere giustificato da ragioni oggettive abbia come scopo principale quello di procurare 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.

⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 1998, p. 734.

⁹ Cfr. AA.VV., *Il principio di buona fede*, in *Quaderni Sc. Sup.*, *Giornata di studio Pisa 14-06-1985*. Per una disamina di queste tematiche nella dottrina nordamericana e sul loro risvolto economico cfr. anche G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna 1998, *passim*. È dubbio se la grave iniquità di cui parla l'art. 7 del D.lgs. citato possa rievocare il tema dell'abuso del diritto oppure si esaurisca in un comportamento scorretto riconducibile alla violazione del principio di buona fede. Sarebbe preferibile quest'ultima soluzione dinanzi all'equivocità della figura dell'abuso del diritto che secondo molti Autori si presenta come categoria storica piuttosto che giuridica. Cfr., fra gli altri, S. PATTI, *Abuso del diritto*, Dig. 4 ed., *Disc. Priv.*, sez. civ., I, Torino 1993, p. 1. C. SALVI, *Abuso del diritto*, I, *Enc. Giur.*, Roma 1988; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 8 ed., Napoli 1964, p. 76; NATOLI, *Note preliminari alla teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *Riv. trim. proc. civ.*, 1958, p. 26.

¹⁰ P. RESCIGNO, *Notazioni generali sul principio di buona fede*, in *Aa.Vv. cit.*, p. 33.

¹¹ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Aa.Vv. cit.*, p. 247.

¹² P. RESCIGNO, *Man. cit.*, p. 653. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 605.