

# Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale  
diretti da Francesco Galgano

---

## 3

---

diciottesimo anno

Società: riforma del diritto societario; impresa di gruppo; autoregolazione del governo della società; riduzione del capitale da parte di assemblea ordinaria; sicav; controllo indiretto e trust

Obbligazioni e contratti: inadempimento delle obbligazioni; responsabilità del banchiere; l'anatocismo; le clausole vessatorie; l'usura; il danno esistenziale; la mora non imputabile; la prestazione in luogo dell'adempimento

Tutela dei consumatori: il contratto con il consumatore

Telematica: il contratto telematico; rassegne stampa *on-line*

Mercato finanziario: patto di non concorrenza

# 2002

CEDAM - PADOVA

## INNOVAZIONE LEGISLATIVA

ANGELO RICCIO

### La mora non imputabile in materia di obbligazioni pecuniarie

SOMMARIO: 1. La disciplina comune dell'inadempimento e del ritardo delle obbligazioni pecuniarie. - 2. La nuova disciplina introdotta a seguito dell'attuazione della direttiva 2000/35/Ce sui ritardi nei pagamenti dei debiti commerciali. - 3. Conclusioni: la reintroduzione del *favor debitoris*?

1. - È stata fino ad oggi opinione incontrovertibile<sup>(1)</sup> che la prestazione di dare una somma di danaro non diventa mai oggettivamente impossibile: il debitore, anche dopo la costituzione in mora, resta sempre tenuto ad eseguirla. Dalla costituzione in mora, che in questa materia è di regola automatica in base al combinato disposto degli artt. 1282, comma 3°, e 1219, comma 2°, n. 3, c.c., il debitore dovrà corrispondere al creditore anche gli interessi moratori, secondo il tasso legale<sup>(2)</sup>.

Gli interessi di mora sono sempre dovuti a titolo di risarcimento del danno per il ritardo, indipendentemente dalla prova, da parte del creditore, di aver sofferto un danno, essendo il danaro considerato un bene che, per sua natura, produce interessi e la mancata corresponsione del capitale producendo, di conseguenza, un automatico danno al creditore<sup>(3)</sup>.

Orbene, dato che gli interessi che conseguono alla mora del debitore sono finalizzati ad eliminare il danno subito dal creditore come conseguenza del tardivo adempimento e, dunque, dell'illecito civile da inadempimento, è evidente la loro funzione essenzialmente se non esclusivamente risarcitoria<sup>(4)</sup>, e cioè quella di predisporre una liquidazione forfettaria del danno<sup>(5)</sup>.

(1) Cfr. per tutti GALGANO, *Diritto civile e commerciale*<sup>3</sup>, II-1, Padova, 1999, p. 61 e p. 87.

(2) Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura (art. 1224 c.c.).

(3) Così GALGANO, *Diritto civile e commerciale*<sup>3</sup>, II-1, cit., p. 87. Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori (art. 1224, comma 2°, c.c.).

(4) Cfr. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni. Risarcimento del danno. Danni*

2. - Il principio della incondizionata responsabilità per il ritardo del debitore di somme di danaro <sup>(6)</sup> sembra venuto meno, relativamente ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale, a seguito dell'attuazione nel nostro ordinamento della direttiva 2000/35/Ce <sup>(7)</sup>.

La direttiva, infatti, oltre a stabilire un nuovo caso di mora *ex re* <sup>(8)</sup>, da

---

nelle obbligazioni pecuniarie. *Liquidazione legale del danno*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da RESCIGNO, 9, Torino, 1984, p. 212; SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, p. 84; ID., *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001, p. 76; INZITARI, *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, p. 252.

<sup>(5)</sup> Secondo Cass., 29 settembre 1998, n. 9703, gli interessi moratori accordati al creditore ai sensi del comma primo dell'art. 1224 c.c. hanno funzione risarcitoria, rappresentando il ristoro, in misura forfettariamente predeterminata, della mancata disponibilità della somma dovuta. In dottrina cfr. PALACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*<sup>2</sup>, Roma, 1914, p. 647; SCADUTO, *I debiti monetari e il loro deprezzamento*, Milano, 1924, p. 122; VITA, voce *Interessi*, diritto civile, in *Digesto*, XIII, 2, rist., Torino, 1927, p. 53; MESSA, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano, 1911, p. 176 ss.; ASCARELLI, *La moneta*, Padova, 1928, p. 86; ID., *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Libro quarto, 1959, sub artt. 1277-1284., p. 559; GIORGIANNI, *L'inadempimento*<sup>2</sup>, Milano, 1974, p. 161; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*<sup>2</sup>, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 336; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 278 ss.; LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 97; INZITARI, *Profili comparatistici in tema di interessi*, in *Credito e moneta*, a cura di Mazzoni e A. Nigro, Milano, 1982, p. 575 s.; ID., *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, p. 251; ID., *La moneta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. dell'econ.*, diretto da Galgano, Padova, 1983, p. 199 ss.; ID., *Interessi legali e maggior danno. Storia di una vicenda concettuale*, in *Pol. dir.*, 1979, p. 541.

<sup>(6)</sup> Sul principio dell'incondizionata responsabilità del debitore di somme di danaro, si v. per tutti DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 125 e p. 130.

<sup>(7)</sup> Pubblicata sulla G.U.C.E. l'8 agosto 2000. Per i primi commenti alla direttiva si v. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium Juris*, 2001, p. 259 ss.; FANCELLI, in *I contratti*, 2001, p. 311 ss.; MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e dir. Priv.*, 2001, p. 73 ss.; DE MARZO, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2002, p. 624 ss. Con questa direttiva vengono unificati in ambito europeo gli interessi moratori, sia pure limitatamente al solo settore delle transazioni commerciali.

<sup>(8)</sup> L'art. 3 prevede infatti che gli interessi di mora cominciano a decorrere dal giorno successivo alla data di scadenza o alla fine del periodo di pagamento stabilito nel contratto. Qualora invece la data o il periodo di pagamento non siano stati stabiliti nel contratto, gli interessi decorrono automaticamente, senza che sia necessario un sollecito, a partire dal trentesimo giorno successivo a quello in cui il debitore ha ricevuto la fattura o una richiesta di pagamento equivalente ovvero a partire dal trentesimo giorno successivo a quello in cui il debitore ha ricevuto le merci o i servizi.

La lettera d) del medesimo articolo prevede che il livello degli interessi di mora a cari-

aggiungersi a quelli previsti dall'art. 1219, comma 2°, c.c. e dalla normativa speciale in materia di subfornitura <sup>(9)</sup>, dispone che il creditore ha diritto agli interessi di mora solo se: «*i*) ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge; *ii*) non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto, a meno che il ritardo non sia imputabile al debitore».

L'art. 26 della «legge comunitaria 2001» del 1 marzo 2002, n. 39 <sup>(10)</sup>, ha delegato il Governo ad attuare la direttiva 2000/35/Ce con uno o più decreti legislativi da adottare entro un anno dall'entrata in vigore della stessa legge, per adeguare la normativa vigente ai principi e alle prescrizioni della direttiva.

Il 20 settembre 2002 il Consiglio dei ministri ha approvato in via definitiva il decreto legislativo per l'attuazione della suddetta direttiva Ce, che introduce nell'Unione europea un sistema normativo omogeneo, finalizzato ad eliminare gli eccessivi ritardi nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nelle transazioni commerciali, che determinano spesso, soprattutto per le piccole e medie imprese, rilevanti oneri finanziari con conseguenti ripercussioni sui livelli occupazionali e con gravi problemi di solvibilità. Il decreto prevede una serie di rimedi destinati a disincentivare i ritardati pagamenti, sia incidendo sulle procedure di recupero, sia approntando un meccanismo di tutela fondato sul computo degli interessi. Sul testo si sono espresse favorevolmente le Commissioni parlamentari competenti.

---

co del debitore è pari al tasso di interessi del principale strumento finanziario 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).

Al riguardo si è evidenziato (cfr. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 268) come alla data del 9 agosto 2000 il tasso di riferimento fosse del 4,25% e così che gli interessi di mora, in forza della Direttiva, sarebbero stati dell'11,25%, contro il 3,5% degli interessi di mora dovuti *ex art.* 1224 c.c. dal 1° gennaio 2001. L'effetto dissuasivo appare dunque evidente. Il nuovo art. 5 introduce, infatti, una vera e propria pena privata.

<sup>(9)</sup> L'art. 3, comma 3°, della l. 18 giugno 1998, n. 192, infatti, dispone che in caso di mancato rispetto del termine di pagamento il committente deve al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora, interessi corrispondenti al tasso ufficiale di sconto maggiorato di cinque punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore. Ove il ritardo nel pagamento ecceda i trenta giorni dal termine convenuto, il committente incorre, inoltre, in una penale pari al 5 per cento dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini.

<sup>(10)</sup> Pubblicata sulla *G.U.* 26 marzo 2002, n. 76, suppl. ord. n. 54. Si v. il commento di CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 802 ss.

L'art. 3 del d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231 <sup>(11)</sup>, recante la rubrica «*Responsabilità del debitore*», applicabile ai contratti conclusi dopo l'8 agosto 2002, introduce una sorprendente novità: prevede che il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile <sup>(12)</sup>. Sembra pertanto introdotta l'impossibilità temporanea non imputabile nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, con la conseguente applicazione dell'art. 1256 c.c. <sup>(13)</sup>.

Dal tenore letterale della norma appare subito evidente che, in contrasto con il regime vigente in materia di obbligazioni pecuniarie, dove gli interessi moratori sono sempre dovuti in modo automatico ed in misura forfettaria, per una sorta di presunzione *iure et de iure* di danno del creditore <sup>(14)</sup>, nell'ambito dei pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale, gli interessi moratori possono non essere dovuti, nella ipotesi in cui il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Con riferimento a questi ultimi pagamenti si è dunque ritenuto di dovere richiamare, per «imposizione comunitaria», non già la speciale disciplina che regola le obbligazioni pecu-

<sup>(11)</sup> Pubblicato sulla *G.U.* n. 249 del 23 ottobre 2002, in vigore dal 7 novembre 2002.

<sup>(12)</sup> Anche l'art. 6 del d. legisl., rubricato «Risarcimento dei costi di recupero», prevede che 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.

<sup>(13)</sup> Giova al riguardo evidenziare che in dottrina (cfr. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 125) è stato detto che, se si muove dalla stretta connessione esistente tra le regole sulla responsabilità del debitore (art. 1218) e quella sulla impossibilità sopravvenuta (art. 1256), si può anche aggiungere che al debitore di somme non tornerebbe di utilità dare la prova della «impossibilità» (inimputabilità) giacché, secondo la normativa dei debiti di danaro, la impossibilità sopravvenuta, consistente nella caduta di corso legale della moneta (art. 1277) o nella irreperibilità della stessa (art. 1280), non avrebbe effetto liberatorio. Tanto vuol dire, per seguire una nota impostazione dottrinale (cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*<sup>2</sup>, Milano, 1975, p. 305), che, rispetto al debitore di somma di danaro, non potrebbe trovare applicazione la regola che impone al debitore di adoperarsi per conservare la «possibilità» dell'adempimento. La normativa speciale dei debiti di danaro, secondo questa dottrina, porrebbe dunque fuori causa anche l'applicazione della regola «*genus numquam perit*».

<sup>(14)</sup> Si v. sul punto LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 101 ss., il quale, dopo aver individuato le diverse posizioni dottrinali, ritiene che, in base ad un approfondito esame della *ratio* dell'art. 1224 c.c., sia comunque da escludere un'eventuale prova negativa del danno.

niarie, bensì i più generali principi che regolano l'inadempimento delle obbligazioni in generale e ammettono la liberazione del debitore per impossibilità della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.).

È affermazione comune <sup>(15)</sup> che le obbligazioni pecuniarie si sottraggono ai principi che regolano l'inadempimento delle obbligazioni, sia per l'incondizionata responsabilità del debitore di prestazione di danaro per il mancato pagamento, sia, nell'ipotesi di ritardo, per la particolare forfettizzazione legale della misura del danno attraverso gli interessi moratori di cui all'art. 1224 c.c.

In verità, in dottrina non sono mancati autori che hanno ritenuto che, allorché un fatto non imputabile impedisca il pagamento alla scadenza, il debitore nel caso dell'art. 1224 c.c. non deve gli interessi, data la non imputabilità dell'adempimento (secondo l'esimente generale ex art. 1218 c.c.); ma li deve, in base al generale principio dell'art. 1282 c.c., quando, pur non essendo a lui imputabile il ritardo, abbia ugualmente goduto della somma, in relazione cioè alla disciplina ormai di diritto comune della produttività di pieno diritto degli interessi nei crediti liquidi ed esigibili di somme di danaro <sup>(16)</sup>.

Una tale opinione, oggi in parte recepita dalla nuova normativa relativa ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale, non appare condivisibile per tutte le altre obbligazioni pecuniarie, giacché l'art. 1224 c.c., oltre a derogare alla disciplina di cui all'art. 1218 c.c., prevede, in ogni caso di mora, la corresponsione comunque degli interessi legali, a prescindere sia dalla prova del danno sofferto dal credito-

<sup>(15)</sup> Cfr. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 125, il quale giustifica l'incondizionata responsabilità del debitore per il mancato pagamento, non in base ai principi delle obbligazioni generiche, nell'ambito delle quali trova vigore la regola «*genus numquam perit*», bensì in base alla regola che dichiara il mutuatario di cose diverse dal danaro, la cui restituzione sia divenuta impossibile o notevolmente difficile per causa ad esso non imputabile, tenuto a pagare «il valore» al mutuante (art. 1818). A maggior ragione, si osserva, questa regola varrà per il mutuatario di somme di danaro. Così pure GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*<sup>3</sup>, Milano, 1975, p. 304, il quale osserva che, nel caso del mutuo, la regola dell'art. 1818 trovi giustificazione nel carattere restitutorio della obbligazione del mutuatario e nell'impossibilità di ricorrere ad altro strumento per restaurare l'equilibrio contrattuale.

<sup>(16)</sup> Cfr. INZITARI, *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, p. 246, il quale tra l'altro ritiene che gli interessi non sono dovuti neanche ai sensi dell'art. 1282 c.c., qualora lo stesso fatto non imputabile abbia impedito anche il godimento, ossia l'indiretto vantaggio, sia pure meramente potenziale, che il debitore trae dalla disponibilità stessa del danaro.

re, sia dalla prova del vantaggio conseguito dal debitore<sup>(17)</sup>. Il legislatore, in altri termini, per ragioni di certezza, in base all'*id quod plerumque accidit*, presume in modo oggettivo, *iure et de iure*, il danno del creditore (per il pregiudizio risentito a causa del mancato vantaggio, ovvero sia della mancata disponibilità della somma dovutagli), ed il vantaggio del debitore (per essersi astenuto dal pagare la somma dovuta, ed aver dunque indirettamente goduto del danaro), liquidandoli forfettariamente in favore del creditore nella misura, ritenuta equa, degli interessi legali (art. 1224 c.c.). Il ritardo nel pagamento del prezzo viene dunque considerato dall'art. 1224 c.c. sempre imputabile al debitore, il quale non potrà mai addurre alcuna scusa o esimente. La colpa, tra l'altro, non costituisce il presupposto soggettivo del ritardo e, quindi, della mora<sup>(18)</sup>.

<sup>(17)</sup> Cfr. LIBERTINI, voce *Interessi*, cit., p. 102. Per l'applicabilità dell'art. 1218 c.c. anche alle obbligazioni pecuniarie si v. MASTROPAOLO, voce «*Obbligazioni pecuniarie*», in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 16 ss., DELLACASA, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI, Milano, 1999, p. 160.

<sup>(18)</sup> Cfr. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Codice civile comm.*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1987, p. 426, 431 ss.; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*<sup>3</sup>, II-1, p. 78, il quale precisa che «la mora non è il ritardo colposo; è, semplicemente, il ritardo». In senso contrario cfr. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 223 ss. e 229 ss. Nella dottrina e nella giurisprudenza risalente non sono mancati coloro che hanno considerato la mora come il ritardo colpevole nell'adempimento (cfr. Cass., 12 gennaio 1976, n. 73, *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 2031, con commento critico di VISINTINI, «*Colpa e «buona fede» nella mora del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 246 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*<sup>2</sup>, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro IV, *Obbligazioni* (artt. 1218-1229), Bologna-Roma, 1979, sub art. 1219, p. 196), o coloro che addirittura hanno attribuito autonoma rilevanza al ritardo rispetto alla mora (cfr. NATOLI-BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., p. 229 ss. e 245). Al contrario è ricorrente l'affermazione secondo cui «presupposto della responsabilità per il ritardo (...) è la mora» (Cass., 26 giugno 1971, n. 2020). Sicché il solo ritardo giuridicamente apprezzabile sarebbe quello qualificato come mora. E, difatti, se il debitore dovesse essere ritenuto responsabile per i danni derivanti dal mero ritardo, non si vedrebbe più per quale motivo la legge imporrebbe un atto formale di costituzione in mora, dato che con questa si finirebbe con l'addossare al debitore, già responsabile per i danni in virtù del mero ritardo, solo qualche residua conseguenza di carattere marginale. In proposito si è però detto che non può certo dirsi marginale, a tacer d'altro, l'effetto previsto dall'art. 1221 c.c. e cioè quella *perpetuatio obligationis* che costituisce proprio la più importante e caratteristica conseguenza del ritardo qualificato (*id est*, della mora in senso tecnico); effetto che il ritardo semplice non varrebbe a provocare. In conclusione si è detto che, se mora è ritardo (imputabile), ritardo (imputabile) non è necessariamente mora, che scatterà solo in conseguenza o di una specifica richiesta del creditore (art. 1219, comma 1°, c.c.) o, automaticamente, nelle ipotesi previste dalla legge (art. 1219, comma 2°, c.c.). All'affermazione di BENATTI, *La costituzione in mora*

Anche i principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali prevedono, all'art. 7.4.9, rubricato *Interessi per il mancato pagamento di una somma di denaro*, che «se una parte non paga una somma di denaro allo scadere del termine entro cui essa è dovuta, il creditore ha diritto agli interessi su tale somma dal momento in cui il pagamento era dovuto al momento del pagamento effettivo, indipendentemente dal fatto che il mancato pagamento fosse scusato o meno». È, dunque, principio universalmente accolto, e fatto proprio anche dai principi Unidroit, quello della incondizionata responsabilità per il ritardo del debitore di somme di denaro.

3. - L'esimente prevista dalla nuova normativa, comportando una deroga ai principi sulle obbligazioni pecuniarie, ed in particolare all'art. 1224 c.c., va interpretata in senso restrittivo, o addirittura va disapplicata ai sensi dell'art. 11, comma 2°, del decreto legislativo in commento, il quale dispone che «sono fatte salve le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengano una disciplina più favorevole al creditore».

Orbene, dato che la disciplina del codice civile in materia di obbligazioni pecuniarie è più favorevole al creditore, non ammettendo alcuna esimente in favore del debitore moroso (art. 1224 c.c.), si potrebbe senz'altro concludere per la disapplicazione dell'art. 3 nella parte in cui ammette una tale esimente. La *ratio* della norma voluta dalla direttiva, che è chiaramente ispirata al *favor creditoris*, giacché mira a contrastare i ritardi nei pagamenti, sembra sorreggere questa valutazione.

Qualora invece non si volesse seguire una simile valutazione, varranno le seguenti regole. La impossibilità sopravvenuta della prestazione, che legittima il ritardo del debitore, ed esclude gli effetti della mora, oltre a non essere imputabile a quest'ultimo, dovrà quanto meno considerarsi in senso oggettivo, e non già in senso soggettivo, come mera *difficultas praestandi*. La prestazione sarà dunque impossibile<sup>(19)</sup> quanto l'impedimento

---

*del debitore*, Milano, 1968, p. 18 ss., secondo cui il codice civile del 1942 non si sarebbe discostato dalla tradizione, che riconduce il risarcimento del danno e la *perpetuatio obligationis* alla mora in senso tecnico, si è replicato che l'art. 1218 c.c. richiama testualmente il ritardo *tout court* (quale *species* dell'inadempimento imputabile), cui ricollega il risarcimento dei danni. L'art. 1219 c.c. fa qualcosa di più: considera il ritardo (imputabile) e ne prevede la trasformazione in mora, riconducendo a questa effetti ulteriori rispetto al risarcimento del danno previsto dall'art. 1218 c.c. per l'inadempimento in generale (cfr. NATOLI-BIGLIAZZI GERI, cit.).

(19) OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Scritti giuridici*, 1, Milano, 1975, p. 15, distingue l'impossibilità assoluta (costituita da un impedimento che non può in nessun modo essere vinto dalle forze umane) da quella relativa (co-



alla sua esecuzione non può essere vinto con l'impegno *bona fide* esigibile dal debitore in quella data specie di obbligazioni <sup>(20)</sup>.

Una volta data la prova della sopraggiunta impossibilità della prestazione, come sopra intesa, il debitore dovrà altresì provare che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione è derivata da causa a lui non imputabile <sup>(21)</sup>. Orbene, il debitore, per evitare gli effetti della mora, dovrà provare che il ritardo nel pagamento della somma di danaro è dipeso da caso fortuito, o da forza maggiore, naturale come una calamità che abbia colpito il luogo di residenza del debitore, o umana, quale lo sciopero del personale delle banche, che impedisca di prelevare il contante, come il fatto del terzo o come il fatto dello stesso creditore <sup>(22)</sup> o, infine, come il provvedimento della pubblica autorità (cosiddetto *factum principis*) <sup>(23)</sup>.

A norma dell'art. 1228 c.c., inoltre, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, dalla rubrica definiti come «ausiliari» del debitore, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costo-

---

stituita da un impedimento che non può essere vinto se non con una intensità di sforzo, di sacrificio, di diligenza, superiore a un certo grado considerato come tipico, come normale, come medio, o come appropriato alla particolare obbligazione di cui si tratta).

<sup>(20)</sup> Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*<sup>3</sup>, II-1, cit., p. 57, come già BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 65 ss. Sul concetto di inesigibilità della prestazione secondo buona fede si v. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1954, p. 281 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, p. 87; BESSONE, *Inadempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1964; ID., *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1251; VISINTINI, «Colpa» e «buona fede» nella mora del debitore, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 246 ss.; EAD., *La responsabilità contrattuale*, Milano, 1979, p. 81 ss.; ROPPO, *Il contratto*, 1977, p. 243; ID., *Il contratto*, Milano, 2001, p. 1007; CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 77 ss.; ALPA, *Rischio contrattuale*, in *questa rivista*, 1986, p. 381; FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 381; NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 523.

<sup>(21)</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*<sup>3</sup>, II-1, cit., p. 58, precisa che per «causa non imputabile» si intende, in generale, ogni evento che non fosse prevedibile ed evitabile da parte del debitore o, se questi si è avvalso, nell'adempimento, dell'opera di terzi, che non fosse prevedibile ed evitabile da parte dei suoi ausiliari.

<sup>(22)</sup> Cfr. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, Padova, 2000.

<sup>(23)</sup> Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*<sup>3</sup>, cit., p. 58, ed ivi ulteriori riferimenti. Ma come esempio di *factum principis* impeditivo di pagamenti non si può pensare ad altro che all'embargo decretato dall'Unione europea a seguito della guerra del Golfo per le forniture di danaro a qualsiasi titolo dovute a creditori dell'Irak o del Kuwait (ancora ROLLI, cit. alla nota prec.). Altro caso pertinente, ma lontano dall'Europa, può essere quello della crisi finanziaria dell'estremo oriente, che indusse alcuni governi di quell'area a vietare ai propri cittadini di eseguire pagamenti all'estero.

ro (24). È il noto principio secondo il quale il debitore non può addurre il dolo o la colpa dell'ausiliario per sottrarsi alla responsabilità per inadempimento (25): chi, per eseguire un pagamento, ha dato incarico alla banca di effettuarlo, non si libera da responsabilità per il ritardo dando la prova di avere tempestivamente impartito l'ordine alla banca, alla cui negligenza soltanto è dovuto il ritardo (26).

L'art. 1228 addossa dunque al debitore una responsabilità oggettiva, che non ammette prova liberatoria (27).

In coerenza con quanto si voglia ritenere per l'impossibilità che abbia colpito il debitore, si dovrà concludere, come già è stato sostenuto dai primi commentatori della normativa in oggetto (28), che il ritardo o lo smarrimento dei documenti necessari per il pagamento da parte della banca tempestivamente incaricata dal debitore, e si può aggiungere ancora lo sciopero del personale delle banche, che impedisca l'esecuzione dell'ordi-

(24) Cfr. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*<sup>3</sup>, II-1, cit., p. 74, il quale precisa che, come da giurisprudenza costante, sono ausiliari, agli effetti della norma, tanto i dipendenti del debitore, ai quali sia stata affidata l'esecuzione della prestazione, quanto terzi estranei alla sua organizzazione, come i mandatari del quale il debitore si avvalga per eseguire un pagamento o il vettore del quale si serva per la consegna della cosa al creditore o, ancora, come il subappaltatore, il subdepositario, il subvettore.

(25) Cfr. GALGANO, op. cit., p. 74.

(26) Cfr. GALGANO, op. cit., p. 74 s. In senso contrario si è cercato di dire che «non sempre i soggetti dei quali il debitore si avvale per adempiere sono da classificare come suoi ausiliari: 'ausiliari' sono esclusivamente coloro il cui operato il debitore abbia il potere di controllare e determinare. È così da escludere, ad esempio, che il debitore debba rispondere per i ritardi imputabili al disservizio postale, o alla banca incaricata di provvedere al pagamento», cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 62 ss.; ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium Juris*, 2001, p. 267. Quest'ultimo autore ha sostenuto che altri casi di ritardo non imputabile potrebbero poi ravvisarsi lì dove sussista una situazione di inesigibilità della prestazione, e cioè una situazione in cui, pur essendo la prestazione in sé possibile, non sia concepibile pretendere dal debitore l'adempimento: potrebbe essere il caso ad esempio del verificarsi di calamità naturali. Sulla inesigibilità quale causa di esclusione dell'imputabilità dell'inadempimento, nonostante la possibilità fisica e giuridica della prestazione, almeno in tutti i casi in cui ricorra uno stato di necessità (in applicazione analogica dell'art. 2045 c.c.), si veda ZACCARIA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario breve al cod. civ.*, a cura di Cian e Trabucchi, 5<sup>a</sup> ed., Padova, 1997, sub art. 1218, IV, p. 1108.

(27) Cfr. GALGANO, op. cit., p. 75.

(28) Cfr. *Commento al decreto legislativo di attuazione alla direttiva 2000/35/Ce*, in *Il Sole 24 ore*, sabato 21 settembre 2002, n. 258, p. 20; come già ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium Juris*, 2001, p. 267.

ne di accredito della somma, libera il debitore dall'obbligazione di pagare gli interessi moratori, in deroga al disposto dell'art. 1228 c.c. <sup>(29)</sup>.

Un simile patto del terzo sarà, con tutta probabilità, la più rilevante causa di esonero da responsabilità, ammessa dalla nuova normativa di origine comunitaria, sempre che non si ritenga di doverla disapplicare, a norma del sopra richiamato art. 11, comma 2°, del d. legisl. n. 231 del 2002, essendo il diritto comune interno «più favorevole al creditore». E questo, in verità, sembra l'assunto preferibile: non è verosimile che si sia voluto reintrodurre in Europa un antistorico *favor debitoris*; è lecito ritenere, piuttosto, che se ne sia voluta mitigare la portata per quegli Stati membri nei quali esso risulti, in ipotesi, ancora vigente, per norma di legge o per indirizzi interpretativi ad esso ispirati, ammettendo la liberazione del debitore solo in presenza della prova della non imputabilità del ritardo.

---

<sup>(29)</sup> Si potrà però distinguere: se il contratto fra le parti prevede che il pagamento sia effettuato per il tramite della banca indicata dal creditore, allora è certo che il fatto del terzo è rischio che incombe al creditore stesso, giacché la banca è qui ausiliario non del debitore, ma dello stesso creditore.

I 'Dialoghi' sono un quadrimestrale di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione legislativa ed extralegislativa.

Il loro prevalente terreno è il diritto privato comune: l'area del diritto civile e commerciale entro la quale la giurisprudenza e la modellistica contrattuale svolgono un ruolo preponderante.

Ne curano la direzione Francesco Galgano (*direttore*), Giovanni Caselli e Bruno Inzitari (*condirettori*), con Guido Alpa, Marino Bin, Giovanni Grippo, Raffaella Lanzillo, Mario Libertini, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Panzarini, Gabriello Piazza, Enzo Roppo, Giuseppe Sbisà, Giovanna Visintini, Roberto Weigmann (*comitato di direzione*).

*Redazione:* Franco Angeloni, Annalisa Atti, Augusto Baldassarri, Marcello Briguglio, Luciana Cabella Pisu, Lisia Carota, Rossella Cavallo Borgia, Daniela Cenni, Angela De Sanctis Ricciardone, Franco Ferrari, Giusella Finocchiaro, Massimo Franzoni, Aldo Giuliani, Vella Maria Leone, Giorgia Manzini, Fabrizio Marrella, Maria Paola Martines, Daniela Memmo, Giovanni Meruzzi, Francesca Moretti, Luca Nanni, Elena Paolini, Flavio Peccenini, Aldo Pellicano, Margherita Pittalis, Giancarlo Ragazzini, Rita Rolli, Guido Santoro, Michele Sesta, Gianluca Sicchiero, Matteo Tonello, Laura Valle, Daniela Vittoria, Nadia Zorzi.

*Redazione inglese:* Peter Xuereb; *redazione tedesca:* Jürgen Basedow, Herbert Kronke.

Direzione e redazione hanno sede in Bologna, Via S. Stefano, 11 - tel. 051/232622 - fax 231238.

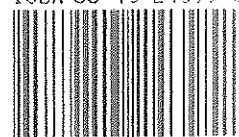
L'Amministrazione ha sede presso la Casa Editrice CEDAM S.p.A., in Via Jappelli, 5/6 - tel. 049/8239.111 r.a. - fax 049/8752.900 - 35121 Padova.

Internet: <http://www.cedam.com>

E-mail: [info@cedam.com](mailto:info@cedam.com)

PREZZO € 41,50

ISBN 88-13-24395-2



9 788813 243951

ANNO XVIII - N. 3 SETTEMBRE - DICEMBRE 2002

Sped. in a. p. - 45% - art. 2, comma 20/b - Legge n. 662/96 - Fil. di Padova

TAXE PERÇUE - TASSA RISCOSSA - PADOVA C.M.P.

ATTENZIONE! In caso di mancato recapito, rinviare al  
l'Ufficio di Padova C.M.P. per la restituzione al mittente,  
che si impegna a corrispondere la tariffa dovuta.