

## EDOARDO PESCE

### *Cronache di un insuccesso annunciato: la disciplina sui ritardi di pagamento*

**SOMMARIO:** 1. Dal D.Lgs. n. 231/2002 al D.Lgs. 192/2012: l'invecchiamento precoce della disciplina sui ritardi di pagamento – 2. Le novità della Riforma – 3. Equità e ritardi di pagamento: vivo interesse, scarso riscontro – 4. L'avvertita esigenza di una risposta "culturale" al ritardo nei pagamenti – 5. I ritardi di pagamento delle Pubbliche Amministrazioni: l'inadeguatezza di una risposta (solo) "repressiva" a un problema cronico – 6. L'avveramento di una profezia.

#### *1. Dal D.Lgs. n. 231/2002 al D.Lgs. 192/2012: l'invecchiamento precoce della disciplina sui ritardi di pagamento*

Viene naturale trattare della disciplina concernente la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali appena dopo aver discusso della legge sulla subfornitura, avendo queste fonti un comune "embrione" normativo, la Raccomandazione CE del 12 maggio 1995 con cui si invitava gli Stati membri a mettere mano a un intervento legislativo che assicurasse tempi celeri di pagamento per proteggere le piccole e medie imprese. L'Italia avrebbe fatto molto da sola con la Legge 192/1998, di cui ha parlato il Professor Barba, con riguardo al rapporto di subfornitura e al c.d. abuso di dipendenza economica, mentre per ciò che concerne la lotta contro i ritardi di pagamento tra operatori commerciali sono stati necessari ulteriori passaggi. Dapprima un ulteriore testo normativo di fonte comunitaria, la Direttiva 2000/35 CEE, sulle cui "rime" il legislatore italiano avrebbe poi approvato il Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 e cioè, in estrema sintesi, quella legge speciale che stabilisce con riguardo alle transazioni tra professionisti o imprese e tra questi e Amministrazioni pubbliche: (i) interessi moratori a un tasso predefinito, superiore a quello legale e decorrenti "in automatico" *ex re*; (ii) la nullità degli accordi derogatori del regime previsto dalla stessa legge se "gravemente iniqui in danno del creditore", parte debole del rapporto; (iii) tempi più celeri per l'ottenimento

di un titolo esecutivo, mediante modifiche al Codice di Procedura Civile e al procedimento monitorio in esso regolato, con la previsione di un termine di emissione del Decreto ingiuntivo, di termini più brevi per l'opposizione e della possibile esecutorietà parziale dell'ingiunzione malgrado l'opposizione.

Ma l'affinità tra le due discipline è soprattutto nell'ambito applicativo e nella finalità di politica del diritto che le ha ispirate. Si rivolgono entrambe ai contratti stipulati fra imprese, e fra imprese che hanno una diversa forza economica e contrattuale, una preponderante, l'altra più debole, dal cui abuso può derivare l'applicazione di previsioni contrattuali eccessivamente gravose per la controparte.

La disparità contrattuale è ben riguardata dalle due leggi, che, per temperarla, sanciscono due rimedi estranei alla impostazione tradizionale del sistema: la nullità di quei patti che recepiscono ed autorizzano oltremisura la prepotenza contrattuale di una parte in danno dell'altra, attraverso forme di "dipendenza economica", nella L. 192/1998 (art. 9); ancora la nullità delle clausole che contengono termini di pagamento e condizioni di recupero del credito gravemente inique per il creditore nel D.Lgs. 231/2002 (art. 7).

Nel "nuovo" diritto dei contratti, subfornitura e ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali rappresentano gli indici normativi tra i più forti del paradigma del cosiddetto "terzo contratto"<sup>1</sup>, concluso tra imprese/professionisti o, anche, tra imprese/professionisti e amministrazioni pubbliche<sup>2</sup>. Naturalmente la tutela del contraente debole non risponde a una sola esigenza, per così dire, correttiva in prospettiva microeconomica, ove occorre impedire che una parte si avvantaggi indebitamente del ritardo altrui, ma si spiega, anche, in una logica di intervento macroeconomico, onde l'assunzione dell'iniziativa regolatoria da parte dell'Unione Europea<sup>3</sup>.

Nonostante origini coeve e intenti pressoché comuni, la disciplina sui ritardi di pagamento pare, tuttavia, essere invecchiata prima di quella contenuta nella legge sulla subfornitura, avendo richiesto e subito alcuni

<sup>1</sup> Così G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 14.

<sup>2</sup> Ma per "l'ordine di idee che le grandi linee di disciplina del contratto B2C e quelle del contratto asimmetrico B2B siano abbastanza sovrapponibili, da consentire di convogliarle all'interno di un unico e sostanzialmente omogeneo paradigma, (quello del) "contratto asimmetrico", v. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 696. Si è tracciato un quadro dei possibili "paradigmi" e delle conseguenti classificazioni in A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, p. 384 e ss.

<sup>3</sup> Sul punto v. M. GRONDONA, *Dalla Direttiva 2000/35CE alla Direttiva 2011/7/CE: qualche considerazione tra politica e tecnica del diritto*, in A.M. BENEDETTI-S. PAGLIANTINI, (a cura di), *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2013, pp. 6-11.

rimaneggiamenti in tempi piuttosto brevi, all'incirca dopo dieci anni dalla sua entrata in vigore. In Europa una nuova Direttiva ha operato la *refusion* della 2000/35 – è la Direttiva 2011/7 UE – mentre il legislatore italiano si è adeguato alla nuova Direttiva intervenendo sulle disposizioni del Decreto 231 con il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192.

Si può partire da questi significativi ritocchi che la normativa europea e interna hanno reclamato pressappoco dopo un decennio di vita per indagarne l'effettività, di fronte ad apparenti dati di “*obsolescenza e caducità*”.

## 2. *Le novità della Riforma*

Vediamo dunque, in pochi punti<sup>4</sup>, cos'è cambiato per tentare di capire cosa non ha funzionato.

(a) In primo luogo, il saggio di interessi (art. 5 D.Lgs. 192/2012).

Rispetto alla previsione originaria, il tasso legale degli interessi moratori – applicabile salvo diversa volontà delle parti e ferma in questo caso l'osservanza di quanto stabilito nel successivo art. 7 – è stato aumentato a (ben) otto punti oltre il “tasso di riferimento”, che è “*il tasso di interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali*” (art. 2, lett. e), D.Lgs. 192/2012). Dal punto di vista delle ricadute economiche della legge, sembra essere questa la novità di maggior rilievo. Peraltro il tasso *ex art. 5* del D.Lgs. 231/2002 ha acquistato un rilievo ancor più marcato, ponendosi su un piano pressoché corrispondente a quello degli interessi “legali” di cui al primo comma dell'art. 1284 c.c. L'art. 17, comma 1 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con L. 10 novembre 2014, n. 162, ha infatti aggiunto i commi 4 e 5 all'art. 1284 per effetto dei quali “*se le parti non ne hanno determinato la misura (degli interessi), dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. La disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale*”. In sede contenziosa, pertanto, il tasso degli interessi dovuti in conseguenza della mora è sempre, indipendentemente dallo *status* dei contraenti, quello previsto dall'art. 5 del D.Lgs. 231/2002, come modificato dal D.Lgs. 192/2012.

<sup>4</sup> Si rinvia a A.M. BENEDETTI-S. PAGLIANTINI, (a cura di), *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., per un'analisi dettagliata di tutte le modifiche e novità portate dalla nuova Direttiva e dal D.Lgs. 192/2012.

(b) In secondo luogo muta (parzialmente) il regime dei termini di pagamento (art. 4).

Sono mantenuti, nelle transazioni commerciali fra soggetti privati, i 30 giorni quale termine ordinario per l'adempimento (art. 4, co. 2), alla cui scadenza, senza necessità di costituzione in mora, sono dovuti interessi moratori decorrenti dalla data di ricezione della fattura o da quella di consegna delle merci o prestazione di servizi, se la fattura è ricevuta anteriormente o è incerta la data del suo ricevimento (o dalla eventuale accettazione o verifica prevista, sempreché la fattura sia trasmessa antecedentemente). A questo regime ordinario sono state ricollegate numerose eccezioni:

(b.1) nelle transazioni tra privati il termine di cui sopra può essere espressamente aumentato dalle parti in sede convenzionale, ma se stabilito in misura superiore a 60 giorni (art. 4, co. 3) deve essere provato per iscritto e si espone al rischio di essere giudicato nullo perché “*gravemente iniquo*” ex art. 7 D.Lgs 231/2002. Con l'art. 3, comma 1 *terdecies* del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12), si è prevista, mediante aggiunta del comma 4-*bis* all'art. 7 del D.Lgs. 231/2002, una specifica ipotesi di nullità, non più “probabile” o “rischiosa” ma presunta *ex lege*, nel caso di transazioni in cui creditrice sia una “piccola o media impresa”: “*Nelle transazioni commerciali in cui il creditore sia una PMI, come definita ai sensi del decreto del Ministro delle attività produttive 18 aprile 2005, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 238 del 12 ottobre 2005, si presume che sia gravemente iniqua la clausola che prevede termini di pagamento superiori a sessanta giorni. Il presente comma non si applica quando tutte le parti del contratto sono PMI*”. Analogamente, anche la recente disciplina in materia di c.d. equo compenso dei professionisti (introdotta nella legge di Bilancio per il 2018, L. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, cc. 487-488) stabilisce che, allorché i rapporti professionali sono regolati da convenzioni unilateralmente predisposte da clienti/committenti forti (imprese bancarie, assicuratrici ed altre imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese), debbano presumersi *ope legis* vessatorie, e quindi nulle, le clausole che stabiliscono “*termini di pagamento superiori ai sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente*” (art. 13-*bis*, co. 5, L. 247/2012, disposizione relativa agli avvocati ma estesa a tutti i professionisti che esercitano la propria attività previa iscrizione agli albi).

(b.2) quanto alle transazioni con le Pubbliche Amministrazioni, il termine ordinario è di regola pari a trenta giorni, malgrado per alcune di esse risulti raddoppiato *ex lege*, come per gli enti pubblici che forniscono assistenza

sanitaria o per le imprese pubbliche tenute ai requisiti di trasparenza previsti dal D.Lgs. 333/2003 (art. 4, co. 5). Al di fuori di questi casi, anche le P.A. possono concordare termini di pagamento superiori ai 30 giorni, ma la relativa deroga è maggiormente sorvegliata dalla legge. Non è infatti mai possibile varcare la soglia dei 60 giorni – se ciò avviene detti termini sono nulli – e la diversa misura, che deve essere stabilita in una clausola provata per iscritto, deve sempre risultare giustificata “*dalla natura o dall’oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione*” (art. 4, co. 4).

(c) In terzo luogo, alcuni affinamenti in punto risarcimento dei costi di recupero (art. 6).

Con attenuazione della indeterminatezza della norma originaria, è dato al creditore vittima di un ritardato pagamento il diritto di pretendere il rimborso dei costi sostenuti per recuperare quanto non corrispostogli *in primis* attraverso una somma forfettariamente stabilita in Euro 40, salva la prova di ogni ulteriore danno, “*che può comprendere i costi di assistenza per il recupero del credito*”.

(d) Infine, la nullità delle clausole rilevanti (art. 7).

Si tratta della novità più significativa dal punto di vista sistematico, prevedendosi che le clausole, negoziate o *standard*, relative a (i) termini di pagamento; (ii) interessi moratori; (iii) risarcimento dei costi di recupero sono nulle allorché “*risultano gravemente inique in danno del creditore*”. Ma gli indici alla stregua dei quali consentire al giudice di commisurare e valutare tale grave iniquità sono stati sottoposti a un miglior affinamento. E sono stati individuati nel “*grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza*”; nella “*natura della merce o del servizio oggetto del contratto*” e nella “*esistenza di motivi oggettivi*” che giustifichino una deroga al contenuto “legale” dispositivo delle clausole di cui sopra.

Al giudice si affidano gli strumenti rimediali offerti dagli artt. 1339 e 1419 c.c., e cioè la sostituzione automatica della clausola difforme con la previsione di legge relativa – che è pertanto “semi-imperativa” o “semi-dispositiva” potendo essere derogata purché non in modo gravemente iniquo in danno del creditore risultando in questo caso nulla – e alla (presunzione assoluta di) nullità parziale del contratto, con correlata “conservazione” di questo, in conseguenza della espunzione delle clausole nulle *ex art. 7 D.Lgs. 231/2002*.

E’ sempre gravemente iniqua, e perciò nulla, la clausola che esclude l’applicazione di qualsiasi interesse di mora. Mentre si presume – ammettendosi la prova del contrario – la grave iniquità e la correlata nullità di quella che esclude il risarcimento dei costi di recupero. Da ultimo, è nulla la clausola “*avente ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di*

*ricevimento della fattura*” nelle transazioni commerciali in cui la Pubblica Amministrazione sia debitrice.

In tutti casi si è esplicitato che la nullità ai sensi dell’art. 7 è rilevabile d’ufficio dal giudice.

### 3. *Equità e ritardi di pagamento: vivo interesse, scarso riscontro*

Fin dalla sua originaria apparizione, la previsione contenuta nell’art. 7 del Decreto 231/2002 ha concentrato su di sé la maggior attenzione degli studiosi<sup>5</sup>. Anche dopo la modifica, in senso “restrittivo”, come si è accennato, del 2012, l’interesse rimane forte<sup>6</sup>.

Innanzitutto perché è entro il disposto dell’art. 7 che è racchiuso il vero *quid novi* della legge sui ritardi di pagamento rispetto al dato positivo di parte generale. La novità consiste, infatti, nella possibilità per il giudice di sindacare alla stregua dell’equità un patto sui termini di pagamento, e non certo nella previsione di meccanismi di mora automatica che per i “debiti commerciali”, i quali sono obbligazioni pecuniarie da adempiersi presso il domicilio del creditore, sono già previsti dal numero 3 dell’art. 1219 c.c. L’innovazione diventa tangibile, invece, con riguardo ai debiti delle Pubbliche Amministrazioni, che, secondo la normativa di contabilità pubblica, costituiscono obbligazioni c.d. *querables*, da adempiersi presso il domicilio del debitore (presso l’ufficio di tesoreria competente, *ex art.* 54 R.D. 18 novembre 1923, n. 2240; art. 185 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 per gli enti locali, *etc*), sicché la disciplina sui ritardi di pagamento ha effettivamente dispensato il creditore “commerciale” di una PA dall’onere di costituire quest’ultima in mora a fronte del suo ritardo, introducendo una nuova ipotesi di mora *ex re*.

Viceversa, una deroga al diritto delle obbligazioni di parte generale – di rilievo sistematico tuttavia inferiore a quello espresso dall’art. 7 – si ha con riguardo alla disciplina del termine per l’adempimento: l’art. 4 del D.Lgs. 231/2002, nel prevedere distinti e (pur) disponibili termini, decorsi i quali sono automaticamente dovuti interessi moratori, esclude che nelle transazioni commerciali, in assenza di un termine fissato dalle parti, il

<sup>5</sup> Il quadro delle questioni e delle opinioni è stato approfonditamente tracciato, per limitarsi ad una indicazione bibliografica, da C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l’equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 439 e ss.

<sup>6</sup> V., *ex multis*, F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola “gravemente iniqua” nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *ODCC*, 2015, 1, p. 23 e ss.

creditore possa pretendere l'adempimento “*immediatamente*”, come previsto dall'art. 1183, comma 1, c.c.<sup>7</sup>

Dunque, si diceva, l'equità quale parametro di validità degli accordi sul tempo dell'adempimento e sui riflessi economici del ritardo è il vero emblema della legge sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, se non altro perché le attribuisce un'originalità che, altrimenti, non esprimerebbe.

La funzione correttiva e regolativa dell'equità risulta infatti sicuramente eccezionale. Si ricorderà che negli anni Settanta, anni di avanguardie, la contrarietà all'equità come particolare ipotesi di nullità del contratto o di sue singole clausole era stata predicata da Gazzoni<sup>8</sup>, e in tempi più recenti l'ha coltivata Scalisi<sup>9</sup> entro il più ampio ragionamento sui rimedi “conformativi”. Indipendentemente dalla fondatezza dell'assunto<sup>10</sup>, bisogna riconoscere all'equità una naturale attitudine ad essere strumento “conformativo”, poiché, pur quale parametro di validità del regolamento, non potrebbe che operare solo e soltanto *ex post*, e cioè in relazione a un contratto valido ed efficace ma congegnato in maniera tale da determinare in concreto un risultato iniquo in danno della parte più debole. Una simile fattispecie richiederebbe sempre al giudice un accertamento *all considered*, diverso da quello che abitualmente conduce di fronte alle ordinarie cause di illiceità del contratto.

Il ruolo correttivo e limitante dell'equità nell'ambito della disciplina qui esaminata appariva tanto più marcato nell'impianto originario della legge italiana, nella parte in cui si prevedeva (art. 7, comma 3) che “*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*”. Con la riforma del 2012 è scomparso il potere di ricondurre ad equità l'accordo nullo e si è voluto ancorare l'attività sostitutiva del giudice al meccanismo dell'art. 1339 c.c., perciò stabilendosi che clausole gravemente inique – la nullità delle quali è parziale e non contamina il resto del regolamento (v. il richiamo dell'art. 1419, comma 2, c.c.) – siano sostituite dai termini di legge. Potrebbe dirsi che l'equità rimane, in un certo senso, uno strumento “diagnostico”, per

<sup>7</sup> Per questa annotazione, v. V. CUFFARO, *Esecuzione della prestazione pecuniaria e tutela del contraente creditore*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 11, il quale rileva come “*sotto le spoglie di una norma (art. 4) diretta a stabilire la decorrenza degli interessi moratori, vengono in effetti stabiliti i termini per l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie per tutti i rapporti in cui la nuova disciplina trova applicazione*”.

<sup>8</sup> F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 328 e ss.

<sup>9</sup> Si veda, specialmente, V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, 740; 748.

<sup>10</sup> Possono qui richiamarsi i rilievi di R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, pp. 1049-1050 e, spec., 1393 e ss.

mezzo del quale il giudice continua a sindacare la legittimità della previsione convenzionale, ma cessa di essere uno strumento “terapeutico”, perché non è riconducendo ad essa il contenuto del contratto che può rimediarsene l’invalidità, ma, piuttosto, applicando la corrispondente previsione di legge, che opererebbe anche qualora le parti nulla avessero stabilito.

La previsione normativa qui analizzata ha poi dato luogo a una vicenda particolare, per certi aspetti paradossale. Secondo l’art. 7 della Direttiva 2011/7UE, paragrafo 1, “*gli Stati membri dispongono che una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell’interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore*”. Si parla di clausole contrattuali e di prassi, ma al contempo, con singolare consapevolezza, la normativa europea distingue due tipologie rimediali, una generica inefficacia (“*non possa essere fatta valere*”), ben declinabile in termini di nullità, e il risarcimento del danno. Giustamente si è rilevato che una “prassi” non può essere giudicata in termini di nullità, “*salvo che la prassi non venga tradotta nelle clausole d’uso di cui all’art. 1340 c.c.*”<sup>11</sup>, circostanza che porterebbe comunque alla disapplicazione delle clausole d’uso gravemente inique per il combinato disposto degli artt. 1340 e 1374, avendo l’art. 7 (della Direttiva e del D.Lgs. 231/2002), nella parte in cui stabilisce la nullità degli accordi gravemente iniqui, carattere imperativo. Forse sulla scorta di questi argomenti, il legislatore italiano del 2012 si è ben guardato dal contemplare l’ipotesi delle prassi gravemente inique, e nel rinnovato art. 7 ha attuato il precetto europeo declinandolo sulle sole clausole. Questa scelta, sostenuta da fondati argomenti, ha però portato la Commissione europea a contestare profili di inattuazione della Direttiva, cui, evidentemente, non si è riusciti a controbattere con le sole armi del rigore scientifico, ed è perciò derivato un nuovo art. 7-bis del D.Lgs. 231/2002 introdotto dalla L. 30 ottobre 2014, n. 161, così formulato: “*Le prassi relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, quando risultano gravemente inique per il creditore, danno diritto al risarcimento del danno. 2. Il giudice accerta che una prassi è gravemente iniqua tenuto conto di quanto previsto dall’articolo 7, comma 2. 3. Si considera gravemente iniqua la prassi che esclude l’applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria. 4. Si presume che sia gravemente iniqua la prassi che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all’articolo 6.*”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, II ed., Torino, 2015, p. 255.

<sup>12</sup> Per una critica alla norma introdotta con l’art. 7-bis, si veda S. PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2015, II,

L'equità di cui all'art. 7 deve intendersi nel significato proprio della "ragionevolezza", non tanto in quello (tradizionalmente ma pericolosamente ad essa ascrivito) di "giustizia del caso concreto", come vari elementi (letterali, di ordine sistematico e storico) suggeriscono. Perciò può dirsi salva la deroga "ragionevole" ai termini di legge, siccome giustificata da ragioni oggettive; si espone, invece, al rischio nullità la deroga immotivata, che si risolve in un abuso di potere contrattuale di una parte, benché "debitrice", in danno dell'altra, sì "creditrice", ma dipendente economicamente dall'adempimento del proprio debitore<sup>13</sup>.

Si comprende allora l'interesse dottrinale per questo articolo 7: la "ragionevolezza" applicata ai rapporti interpretati patrimoniali evoca l'orizzonte lontano del giudizio di costituzionalità *ex art. 3 Cost.* quale strumento di controllo degli atti di autonomia privata con "*conseguente attribuzione al giudice civile di un difficile compito di bilanciamento degli interessi*"<sup>14</sup>, ma ancor prima interroga l'interprete sulle radici semantiche e funzionali di una parola – la "ragionevolezza" – che, potrebbe dirsi, ricorre da sempre nel discorso del giurista continentale senza essere, tuttavia, nel suo dizionario<sup>15</sup>.

Eppure questa norma così ricca di suggestioni è quella che, di tutta la legge, ha avuto il minor rilievo pratico, rimanendo sostanzialmente priva di riscontro giurisprudenziale – e in questi casi il silenzio non è segno di ordinata e spontanea obbedienza ma di una fattispecie che non vive.

È, in altri termini, una norma a basso grado di effettività: perché?

Qualche ragione, probabilmente, deriva dallo stesso tenore dell'art. 7, da quel rinvio all'equità/ragionevolezza che tende sovente a deludere aspettative pragmatiche. Si è giustamente notato che "*sia nella redazione dei testi normativi che in quella dei contratti, la ragionevolezza rende più semplice trovare il consenso, ma la genericità delle regole, soprattutto a livello internazionale, non aiuta a favorire la certezza del diritto e a risolvere le controversie*"<sup>16</sup>.

Ma in questo caso c'è qualche ragione di più. Non è esagerato affermare, infatti, che aspettative di ordine pratico siano state deluse dall'intera

pp. 817-819. Sul punto v. anche B. SCIANNACA, *Clausole gravemente inique in danno del creditore: le novità del D.Lgs. 231/2002 da una prospettiva rimediabile*, in *Contratti*, 2015, p. 88, nn. 6-7.

<sup>13</sup> Si rinvia a A.M. BENEDETTI, *Abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in A.M. BENEDETTI (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 113 e ss.

<sup>14</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 1, p. 17.

<sup>15</sup> I significati, tradizionali e via via assunti per l'influenza degli ordinamenti di *common law* e dei progetti di codificazione civile europea, della "ragionevolezza" nel diritto civile sono meditati nelle belle pagine di S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012, spec. p. 32 e ss.

<sup>16</sup> S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 17.

disciplina sui ritardi nei pagamenti e non soltanto dalla previsione della nullità dei patti gravemente iniqui in danno del creditore.

#### 4. *L'avvertita esigenza di una risposta "culturale" al ritardo nei pagamenti*

Si può dire che la lotta contro il ritardato pagamento nelle transazioni commerciali sia stata condotta a livello normativo su due fronti piuttosto consueti, l'uno repressivo, l'altro preventivo.

Sul primo versante i risultati sono stati soddisfacenti. Si trattava di elaborare od organizzare forme di tutela essenzialmente sanzionatoria, con le quali reprimere pratiche ingiuste e dannose a livello micro e macroeconomico secondo le modalità proprie dei rimedi civilistici: tanto si è fatto con un forte inasprimento della "sanzione", gli interessi di mora, il cui tasso, molto elevato, opera oggi *ex lege* anche al di là delle "*transazioni commerciali*" per tutte le obbligazioni pecuniarie oggetto di contenzioso "*dal momento in cui è proposta domanda giudiziale*" (art. 1284, comma 4, c.c., introdotto dall'art. 17, comma 1, del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162). Lo strumento è semplice: al creditore non resta che domandare gli interessi che la legge gli riconosce e confidare nella solvibilità del proprio debitore che non rispetta i termini di pagamento.

Ecco, ma come fare perché il debitore rispetti i termini di pagamento prima che sia convenuto in giudizio proprio per questa ragione? Cosa prevede la legge per evitare che il creditore sia costretto ad attivare questi pur facili rimedi?

Su questo secondo versante, di tutela preventiva, la risposta regolatoria è stata scarsamente efficace. Va riconosciuto che, entro una certa misura, in un simile campo l'inefficacia della legge è per certi versi endemica, motivo per cui qualunque legislatore faticherebbe ad invertire la rotta. Il creditore "commerciale" può essere economicamente debole ma difficilmente è ingenuo: sa bene che sovente è meglio conservare un cliente/committente che paga in ritardo, dopo molti solleciti e defatiganti rinvii, piuttosto che (anche solo) rischiare di perderlo domandandogli alti interessi moratori o provando ad ottenere per via giudiziale una revisione delle condizioni e dei termini di pagamento convenuti, specie se determinati "autoritativamente" per mezzo di condizioni generali non negoziabili.

Consapevole di questa insufficienza, la nuova Direttiva Europea cerca di

affrontare il problema con metodi e misure di stampo diverso – di cui però non c'è traccia nella normativa italiana di recepimento – che si indirizzano verso una risposta culturale ancor prima che edittale. Nel Considerando 12 della Direttiva, per esempio, si legge che “è necessario un passaggio deciso verso una cultura dei pagamenti rapidi in cui, tra l'altro, l'esclusione del diritto di applicare interessi di mora sia sempre considerata una clausola o prassi contrattuale gravemente iniqua, per invertire tale tendenza e per disincentivare i ritardi di pagamento”. L'iniqità presunta della clausola che esclude gli interessi di mora è stata effettivamente prevista. Ma il “*passaggio deciso verso una cultura dei pagamenti rapidi*” sembra esigere qualche cosa di più. Viene in mente, al riguardo, quanto affermato nel successivo Considerando 30, e cioè che “*gli Stati membri dovrebbero favorire la diffusione di buone prassi, anche incoraggiando la pubblicazione di un elenco dei buoni pagatori*”. Oppure i mezzi “pubblicitari” cui si riferisce l'art. 8, par. 3 della Direttiva del 2011, ai sensi del quale “*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*”. Al di là dell'effettività ed efficacia persuasiva o dissuasiva di simili strumenti, la loro stessa previsione dimostra che la risposta normativa è ritenuta dallo stesso legislatore, se non insufficiente, quanto meno ignorata dagli operatori.

##### *5. I ritardi di pagamento delle Pubbliche Amministrazioni: l'inadeguatezza di una risposta (solo) “repressiva” a un problema cronico*

A proposito di “buoni pagatori” ed “elenco” dei medesimi, qualcuno ha osservato che “*se si vogliono mettere le imprese italiane in grado di agire e competere e se si vogliono attirare gli investimenti esteri, sarebbe necessario che un simile elenco contenesse in prima fila proprio lo Stato, gli enti e le imprese pubbliche*”<sup>17</sup>.

Si giunge così al vero nodo applicativo della disciplina sui ritardi di pagamento: i debiti della Pubblica Amministrazione nei confronti di imprese e professionisti privati. Il problema, com'è noto, è di scottante attualità. A tutt'oggi l'Italia risulta destinataria di una procedura di infrazione, avviata dalla Commissione Europea nel 2014 (proc. n. 2143/2014) e giunta il 7 dicembre 2017 al (normalmente evitato) esito del deferimento alla Corte

<sup>17</sup> Sono le parole di Vladimiro Zagrebelsky nell'editoriale intitolato *Pagamenti pubblici: Italia colpevole*, apparso su *La Stampa* del 18 dicembre 2011.

di Giustizia a norma dell'art. 258 TFUE, e ciò “*a causa del sistematico ritardo con cui le amministrazioni pubbliche italiane effettuano i pagamenti nelle transazioni commerciali, in violazione delle norme dell'UE in materia di pagamenti (Direttiva 2011/7/UE)*”. Il ritardo delle amministrazioni italiane nel pagare le prestazioni eseguite a loro vantaggio si attesta, in media, sui cento giorni dall'emissione della fattura; laddove, lo si è visto, la legge prevede il termine massimo (ed eccezionale) di sessanta giorni.

Ma attualità ed emergenza non sono i predicati di un problema nuovo, che, tutto al contrario, è molto antico.

Lo constatava, nei suoi esatti termini, in un discorso alla Camera dei Deputati, Giovanni Giolitti, allora alla sua prima esperienza ministeriale di Ministro del Tesoro nel II governo guidato da Francesco Crispi: era il 1889. La gravità dei lunghi tempi di pagamento da parte delle amministrazioni sta nel fatto che – dice Giolitti – “*ogni ritardo nel pagamento degli appaltatori non va a carico di questi, ma dello Stato. (...) colui il quale contratta con lo Stato, e sa che avrà il pagamento con ritardo, calcola questo ritardo nel passivo del contratto, e chiede un prezzo di tanto maggiore*”<sup>18</sup>. Il danno che il ritardo nei pagamenti delle amministrazioni crea è, anche, indirettamente, di natura erariale. Una politica, qual è quella attualmente perseguita, di esponenziale innalzamento degli interessi moratori applicata anche al debitore pubblico, che (si tende a dimenticarlo) amministra e spende il denaro prelevato dal contribuente, si rivela controproducente e negativa.

Ecco, con riferimento ai ritardi della PA, la risposta normativa del Decreto 231/2002, anche nella sua dimensione prettamente repressiva, è stata inappagante. E quello che si configura come un “illecito comunitario” per la mancata attuazione della Direttiva 2011/7/UE, onde la procedura di infrazione, potrebbe direttamente definirsi come un illecito “amministrativo”, addebitabile allo stato apparato, per mancata attuazione della legge, che della Direttiva è in questo caso copia fedele.

A dimostrazione dell'ineffettività della legge qui esaminata basti considerare che per fronteggiare l'emergenza, evidentemente senza definitivo successo, il legislatore italiano ha preferito ricorrere a mezzi e rimedi puramente pubblicistici, e cioè, in sostanza, intervenendo a più riprese con massicce “trasfusioni” di denaro pubblico, sì da mettere le amministrazioni nelle condizioni di provvedere ai loro debiti commerciali, anche in deroga ai vincoli del patto di stabilità interno. Si è calcolato che dal 2013 in poi sono stati trasferiti oltre 90 miliardi di Euro a questo fine a favore di

<sup>18</sup> G. GIOLITTI, *Discorsi parlamentari*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1953, vol. I, p. 141.

amministrazioni centrali e periferiche. Accanto a questi interventi, solo in tempi più recenti accompagnati da lungamente attese modifiche alle norme di contabilità pubblica, si è proceduto nel segno di agevolazioni fiscali per i creditori della PA, cui si è riconosciuto il diritto di compensare i propri debiti erariali con crediti certificati, e attraverso una cauta liberalizzazione delle procedure di cessione dei crediti delle amministrazioni, sorvegliate da antiche cautele ora temperate o rimosse<sup>19</sup>.

Le Direttive sulla lotta contro il ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali, e la normativa interna di recepimento, che pure hanno avuto il merito (effettivo?) di assoggettare al regime di diritto comune il debitore pubblico moroso, poco o nulla hanno fatto per arrestare il fenomeno che dovrebbero reprimere o quantomeno contenere. Forse non è questione di obsolescenza o caducità, ma di “alterità” di un apparato normativo pensato per rapporti obbligatori fra privati, con riguardo ai quali le ricadute di un trattamento punitivo/sanzionatorio non assumono una dimensione sistemica e, tendenzialmente, involutiva<sup>20</sup>.

## 6. *L'avveramento di una profezia*

Questa rapida analisi può ora essere completata da alcune conclusioni.

La disciplina sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ha senz'altro contribuito a cambiare alcune “categorie” del diritto civile contrattuale. Ha rappresentato, come si è accennato all'inizio, una di quelle “*sopravvenienze normative*”, secondo una formula di Nicolò

<sup>19</sup> Ci si riferisce agli interventi normativi presi dai Governi Monti, Letta e Renzi di cui al D.L. 8 aprile 2013, n. 35 e 27 e ss. del D.L. 24 aprile 2014, n. 66 quanto allo stanziamento di risorse finanziarie. Circa il meccanismo della compensazione con debiti erariali, v. art. 12, co. 7-*bis* D.L. 23 dicembre 2013, n. 145. Sulla semplificazione delle modalità di cessione dei crediti della P.A., v. art. 37 D.L. 66/2014. Per un esame della normativa intervenuta, e sul difficile coordinamento dei vari interventi, v. S. PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, cit., p. 800 e ss. Più in generale, sull'argomento, v. per tutti, M. DEGNI-P. FERRO, *Il ritardo nei pagamenti delle amministrazioni pubbliche. Da cosa è determinato e cosa si deve fare per pagare nei tempi giusti*, Roma, 2016. Improntato ad una risposta di tipo strutturale – con potenziamento del bilancio di cassa e la predisposizione di un cronoprogramma contenente dettagliate indicazioni sui pagamenti che le amministrazioni prevedono di effettuare nel periodo di riferimento – è invece il D.Lgs. 12 maggio 2016, n. 93.

<sup>20</sup> Ma i rischi di un tasso elevato anche per la contrattazione tra privati – che per le piccole imprese “è inappropriato e in certe circostanze potrebbe diventare iugulatorio portandole alla rovina” – erano stati avvertiti da L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2001, pp. 82-83.

Lipari<sup>21</sup>, che hanno inferto alcuni colpi concettuali alla teoria generale del contratto, in questo caso rovesciando gli schemi di pensiero tradizionali sulla debolezza contrattuale di una delle parti ed introducendo un limite di equità/ragionevolezza per le previsioni convenzionali proprio del diritto privato europeo e della cultura giuridica da cui promana in maggior misura.

Eppure questo “colpo” dato alla categoria non sembra essere stato altrettanto forte nella realtà. In altre parole, è cambiata la categoria, ma la materia, la realtà stessa che la categoria concettuale dovrebbe esprimere ed ordinare, è rimasta pressoché immutata. Se con un approccio che potremmo definire “realistico-genovese” dobbiamo descrivere il diritto oggettivo per come si presenta, non possiamo non registrare questo dato: nei contratti tra imprese o tra professionisti un controllo sull’economia del contratto, e segnatamente su quelle clausole che regolano le conseguenze patrimoniali del ritardo nell’adempimento imputabile al debitore, è poco o punto praticato.

Il cuore pulsante del Decreto 231/2002 non è dunque là dove gli studiosi pensavano che fosse – in quell’articolo 7 che prometteva un sindacato giudiziale sulle previsioni convenzionali gravemente inique e pregiudizievoli per creditori non pagati – ma nell’articolo 5, ove è stabilito un altissimo saggio legale degli interessi moratori, il quale, secondo l’insegnamento della Cassazione, potrebbe perfino risultare superiore a quello di soglia usuraria di cui all’art. 2 L. 108/1996, essendo questa “*una eventualità accidentale che può in concreto accadere, e che non basta di per sé a bollare come “irrazionale” quel sistema*”<sup>22</sup>.

L’autonomia privata sembra uscirne particolarmente compressa, eppure il fenomeno dei ritardi di pagamento appare più condizionato dalla crisi di liquidità nell’Eurozona e da altri fattori di ordine economico che dalla speciale disciplina normativa ad esso rivolta, pur così pervasiva e sostenuta da lodevoli intenzioni.

Torna alla mente una non lontana profezia. Quindici anni fa, entrato appena in vigore il Decreto 231/2002, Enzo Roppo si chiedeva se quella legge non fosse un “*ennesimo esemplare di normativa declamatoria e simbolica, destinata a restare law in the books senza riuscire a operare come effettiva, incisiva law in action*”<sup>23</sup>

Possiamo dirlo col senno di oggi: è andata proprio così.

<sup>21</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 162 e ss.

<sup>22</sup> Così, Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442, in *Foro it.*, 2019, I, 2134, con nota di B. Nazeraj.

<sup>23</sup> V. ROPPO, *Prefazione*, in A.M. BENEDETTI (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, cit., p. XI.