

## I RITARDI DI PAGAMENTO AL TEMPO DELLA CRISI

Di Stefano Pagliantini

| 192

**SOMMARIO:** 1. *Preambolo.* – 2. *Status del debitore nella disciplina sui ritardi di pagamento: l'alternarsi di norme imperative e dispositive.* – 3. *La forma espressa e la disciplina dispositiva dell'art. 4, c. 3 e 4: per un chiarimento.* – 4. *Patto di stabilità e ritardi di pagamento.* – 5. *La rinunciabilità successiva degli interessi moratori: traccia per una discussione.* – 6. *Il regime di una nullità assoluta: per un ordine pubblico economico al servizio della competitività.* – 7. *Il farraginoso coordinamento tra le discipline ed una singolare nota esplicativa del MEF.* – 8. *Epilogo: di alcune (fra le molte) vischiosità della cessione pro soluto agli intermediari creditizi.*

### 1. Preambolo

Sono tanti i problemi interpretativi che suscita la disciplina novellata sui ritardi di pagamento<sup>1</sup>: e se alcuni sono da riconnettere all'improprietà di una nomenclatura legislativa che si ostina a declinare in

<sup>1</sup> Sull'argomento, allo stato, i primi commenti più diffusi si leggono in *Annuario del contratto 2012*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2013, p. 368 ss.; T. PASQUINO, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Comm. cod. civ.*, art. 1277 – 1320, a cura di Cuffaro, III, Torino, 2013, p. 633 ss.; V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D. Lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, Torino, 2013, mentre, con riguardo alla direttiva, a titolo informativo v. N. SANTI DI PAOLA, *Interessi dovuti e danni subiti per i ritardi nei pagamenti delle aziende sanitarie provinciali*, in *Il Civilista*, 2012, fasc. 1, p. 52 ss.; GNES, *La disciplina europea sui ritardi dei pagamenti (Commento a Direttiva 2011/7UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011)*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, p. 821 ss.; CANAVESIO, *La nuova direttiva 2011/7/UE in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: prospettive di recepimento*, in *Contr. impr./Eu.*, 2011, p. 449 ss. e, per un qualche spunto di maggior interesse, G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, in *Contr. imp.*, 2012, p. 443 ss.

termini di 'grave iniquità' quella che invece è una vicenda di puro abuso contrattuale del debitore ai danni del creditore<sup>2</sup>, altri sono invece da imputare

<sup>2</sup> Abuso, è vero, *di fatto* –almeno tendenzialmente- perché qui non si assiste alla sistematica deroga unilaterale al diritto dispositivo, per effetto di una predeterminazione unilaterale del contratto, ad opera del professionista, tipica dei contratti del consumatore. Da cui –poi- quella nullità delle clausole vessatorie, come una forma di *abuso del diritto*, che si legge, con completezza di argomenti, in G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 346 ss. È un abuso che trae origine dalla *situazione contingente* che precede la stipula del contratto. E tuttavia, quanto meno prima della novella, un abuso *di diritto* poteva forse prospettarsi anche nell'area dei ritardi di pagamento, segnatamente rispetto alla prassi, che vedeva protagonista la P.A. debitrice, di predisporre c.g.c. – quindi dei bandi di gara- contenenti una deroga sistematica alla disciplina di legge. Gli è infatti che, con una *fic-tio iuris* alquanto discutibile, l'offerta dei privati concorrenti veni(va), in particolare, qualificata alla stregua di un'accettazione tacita di condizioni di pagamento diverse da quelle di legge. V., per una serrata censura, visto che la coppia bando – presentazione dell'offerta non sta certo a mimare quell'accordo derogatorio che piuttosto dovrebbe mostrarsi il risultato di un'apposita trattativa,



alla circostanza che, sotto la comune rubrica del D. lgs. 192/2012, convivono almeno due sottogruppi distinti di norme.

Di questa ridda di problemi qui, anche per ragioni di brevità espositiva, se ne passeranno in rassegna soltanto quattro: ma, fatta eccezione per la *vetata quaestio* delle clausole in deroga nulle perché gravemente inique ai sensi dell'art. 7, cc. 1 e 2, quelli selezionati sono da catalogare tra i più intriganti.

## 2. Status del debitore nella disciplina sui ritardi di pagamento: l'alternarsi di norme imperative e dispositive.

Ecco il primo.

Si legge, con una certa frequenza, che la disciplina sui ritardi di pagamento si compone di norme dispositive le quali, se disapplicate in maniera abusiva, si sostituiscono automaticamente alle pattuizioni in deroga *testualmente* nulle secondo quanto recita l'art. 7, c. 1. La *cifra* della normativa riformata sarebbe insomma da rinvenire nella previsione di una *correzione dispositiva* secondo lo schema di una nullità parziale necessaria che passa per una rivisitazione del combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, c. 2, c.c.<sup>3</sup>. Una rivisitazione che, nel lessico

---

CdS, sez. IV, 2 febbraio 20120, n. 469, in *Foro it.*, 2010, V, c. 245 ss. (ed ivi una qualificazione della disciplina in esame come un «diritto diseguale mirante a stabilire un equilibrio giuridico antitetico rispetto al potere reale dei paciscenti»: c. vo aggiunto).

<sup>3</sup> Che l'integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo sia veicolata da un art. 1419, c. 2 c.c. reinterpretato alla luce delle regole del mercato, lo ha adombrato per primo M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 42. Successivamente ha mostrato una preferenza per questa idea A. D'ADDA, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 388, secondo il quale l'art. 1419, c. 2 sarebbe regola di *sistema*, nel senso di una previsione che legittima l'interpolazione nel contratto della norma abusivamente disapplicata ogni qual volta questa non si limita a formalizzare un divieto quanto e piuttosto si presenta come enunciativa «'in positivo' di regole atte a disciplinare i rapporti tra le parti». Quindi una tecnica di integrazione dispositiva che varrebbe pure per i contratti del consumatore. A questo proposito, per qualche perplessità –al contrario dell'art. 1374, l'integrazione ex art. 1419, c. 2 scorre lungo la linea della sola *legge* di talché, ove faccia difetto una norma puntuale estensibile analogicamente, il contratto sarà allora irrimediabilmente nullo, sia consentito il rinvio a

della migliore dottrina, prende il nome di *conformazione in senso debole*<sup>4</sup>, visto quanto ormai l'integrazione del contratto, emendato della clausola abusiva, si presenti scissa ed indipendente dal comparto delle norme imperative.

La notazione, tendenzialmente esatta o plausibilmente tale per i contratti fra imprese private, sembra non esserlo affatto quando si faccia questione di un debitore Pubblica Amministrazione. Con riferimento a questa fattispecie le *norme imperative* si mostrano infatti numerose: ed è un viluppo tutt'altro che di dettaglio.

Tanto per cominciare, stando al disposto dell'art. 4, c. 4, quando come debitore si ha una P.A., è sì pattuibile un termine di pagamento superiore a quello ordinario -trenta giorni: art. 4, c. 2-, ma in nessun caso la dilazione potrà sopravanzare i sessanta giorni.

Quindi una –prima- nitida delimitazione, nel segno di quanto prescritto *innovando* dalla direttiva 2011/7/UE (art. 4, § 6), dei poteri contrattuali della P.A. Alla norma dispositiva se ne affianca, infatti, una imperativa<sup>5</sup>. La logica sembra scopertamente voler essere quella di *comprimere* l'autonomia negoziale della P.A., non di combattere un abuso, restituendo così l'immagine di un interesse generale che i maggiori oneri –per la P.A.- di un ritardato pagamento vulnerano<sup>6</sup>. E l'interesse generale –lo si vedrà nella chiusa di questo saggio- rimanda ad una nullità assoluta, affidata a quella collaudata norma proibitiva, rimontante e «dichiar[ante] 'fuori legge'» certe forme di accordo<sup>7</sup>, vista come un baluardo in tempi di crisi.

---

S.PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo*, p.

<sup>4</sup> Il sintagma si legge in G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, p. 19 del manoscritto (che si è potuto consultare grazie alla cortesia dell'a.).

<sup>5</sup> V., nel senso del testo, anche V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 59.

<sup>6</sup> Oneri consistenti nel sovrapprezzo della fornitura sì da scontare i ritardi di pagamento dell'amministrazione pubblica committente. Va per altro chiarito che un interesse generale lega e sovrintende pure alla vicenda di un contratto tra imprese, se è vero che il ritardato pagamento finisce da un lato per diventare, in vista della partecipazione alle gare d'appalto, un criterio di selezione soggettiva tra le imprese –le più grandi rispetto alle PMI- dall'altro per costringere buona parte dei professionisti a servirsi di strumenti finanziari (sconto di fatture, richiesta di scoperto o di un finanziamento a breve oppure cessione *pro soluto* del credito).

<sup>7</sup> L'espressione si legge in S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 646.

Per inciso, ed anche qui si annida una discontinuità qualitativa, questo termine convenzionale *infra* sessanta giorni dev'essere *espressamente* pattuito (art. 4, c. 4), quando invece la *forma espressa* è condizione di efficacia del patto tra privati soltanto nel caso ch'esso sia *superiore* ai 60 giorni (art. 4, c. 3)<sup>8</sup>. L'onere formale aggiuntivo che fa così da corredo al termine convenzionale della P.A. debitrice dimostra come quell'esigenza di protezione del creditore, forma espressa significa invero che l'accordo non potrà perfezionarsi *per facta concludentia*, permane intatta anche in corrispondenza di *quel* caso in cui, attori della vicenda due contraenti privati, la legge non ha viceversa ritenuto che un pagamento differito per lo stesso periodo risulti così pregiudizievole per il creditore<sup>9</sup>. Significativamente, infatti,

<sup>8</sup> Il distinguo è già nella direttiva 2011/7: v. art. 3, § 5 ed art. 4, § 6. *Forma espressa*, è vero, non sta per *forma scritta*: sicché il patto potrà perfezionarsi anche *verbalmente*, purché sempre si tratti di una forma chiara ed inequivoca, senza margine quindi per una manifestazione implicita di volontà. Un esempio, per altro, può forse illustrare la pronunziata vischiosità che, all'inverarsi di determinate circostanze, disvela un dato normativo in realtà soltanto in apparenza provvisto di una qual certa univocità. Si immagini che in una fattura sia accluso un termine di pagamento superiore a sessanta giorni –per es. 80- ma minore di quello riportato -100 ad es.- nell'ordine dell'acquirente. In questo caso, ove la fornitura senza una qualche opposizione venisse accettata, siccome a fare difetto sarà qui il requisito dell'accordo espresso visto che il *nuovo* termine è stato unilateralmente indicato dal creditore, dovrebbero trovare applicazione in realtà i termini di legge. Quindi un pagamento *a trenta giorni*. Gli è infatti che l'eventuale accettazione della fattura, poiché integra gli estremi di una volizione *per facta concludentia* in contrasto con quanto prescrive la legge per termini di pagamento superiori a sessanta giorni, sarebbe carente di un qualsiasi effetto. Né, com'è facile arguire, potrebbe soccorrere il termine disposto dall'acquirente giacché la manifestazione espressa difforme del fornitore ha comunque impedito il perfezionarsi della fattispecie di legge. La vicenda che si delinea finisce così per mettere in mostra un risultato utile per il creditore nient'affatto marginale: perché se costui effettua una *variatio* –per lui *in melius* ma *in peius* per la controparte- ove il debitore non rifiuti la consegna della merce ovvero non provveda a contestare la fattura, potrà beneficiare di quei termini legali che *in concreto* erano stati *vicendevolmente* derogati. Niente toglie, naturalmente, che il debitore, nell'esempio sunteggiato, prima di fare acquiescenza ad una fattura con *nuovi* termini in deroga, negozi col creditore una modifica, confezionando così un accordo espresso ovvero, nel caso il dissenso permanesse o il diverso termine indicato gli risultasse sconveniente, rifiuti la prestazione.

<sup>9</sup> Di un accordo che la legge non ha reputato «penalizzante» discorre V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 70.

a perimetrare la validità di un *accordo tacito* tra due imprese, postergante il termine di pagamento *fino* a sessanta giorni, provvede soltanto il limite mobile di una grave iniquità. Dopo di che, è vero che il termine convenzionale deve provarsi per iscritto<sup>10</sup>, sulla premessa che la documentalità se da un lato assicura certezza all'adempimento delle obbligazioni mette dall'altro il creditore al riparo da sorprese *in executivis*: epperò il requisito della forma *ad probationem* è un attributo che accomuna le fattispecie di cui ai commi 3 e 4.

Non v'è solo questo però.

Sempre ai sensi dell'art. 4, c. 4 termini convenzionali *infra* sessanta giorni *non* sono consentiti liberamente ma soltanto se giustificati dalla natura o dall'oggetto del contratto ovvero dalle circostanze esistenti al momento della stipula. Quindi un onere motivazionale, del quale non v'è traccia nella negoziazione tra imprese, che funge da *presupposto di validità* di qualsiasi accordo sui termini di pagamento. È da supporre, per altro, che il giudice sia ammesso a sindacare

a) se la ragione addotta risulti iscrivibile tra le forme legali di *giusta causa* così come a vagliare

b) se la motivazione allegata –nei capitoli generali d'appalto ovvero in una o più circolari- risulti generica o troppo indeterminata. Potrebbe avere ad es. un valore circostanziato il fatto che il credito dell'appaltatore verso la stazione appaltante sia subordinato alla concessione di un mutuo, contratto specificamente allo scopo di finanziare l'opera, mentre ne sarebbe senz'altro carente una dilazione che si volesse motivata sulla difficoltà di procedere tempestivamente all'attività di verifica delle fatture ricevute a cagione di una farraginoso organizzazione interna dell'ente. Lo stesso discorso, naturalmente, dovrebbe farsi per la clausola del bando che motivasse il pagamento tardivo in modo generico, rinviando per una determinazione più specifica al momento della stipula del contratto. Per quanto l'art. 4, c. 4 impieghi una formula aperta, trattasi infatti di una previsione strutturata secondo il canovaccio della tipicità enumerativa: sicché non sembra proprio che si presti a venire declinata in termini di *ati-*

<sup>10</sup> Quindi una forma *ad probationem*, di conio domestico posto che la direttiva 2007/11 non la contempla, si funzionale al debitore ma anche di *protezione dell'affidamento*. In quanto forma della prova –e non dell'atto- al divieto che si legge negli artt. 2724 e 2729, c. 2 - eccezion fatta per l'ipotesi della perdita incolpevole del documento: artt. 2724, n. 3 e 2725, n. 1 c.c.- si accompagnerà *more solito* il regime probatorio della confessione e del giuramento. Per altro, rispetto ai contratti in essere, è da credere che, ai fini della sua preconstituzione, dovrebbe bastare affidarla al primo scambio di documenti esecutivi dell'accordo originario.





*picità*, come evidentemente avverrebbe ove si volesse riconoscere rilievo a dei *giustificati motivi soggettivi* della P.A. (es. i fatti relativi all'articolazione interna dell'ente pubblico debitore).

Ancora.

Ai sensi dell'art. 4, c. 5, il termine di pagamento ordinario è raddoppiato -60 giorni- nei contratti ove debitore sia un'impresa pubblica di cui al D. lgs. n. 333/2003 ovvero un ente pubblico di assistenza sanitaria. Quindi, nella fattispecie *de qua*, si ha un termine legale coincidente col limite massimo di validità di quello convenzionale. La rigidità del termine è tale che non sembra darsi il caso, per l'impresa pubblica partecipata finanziariamente dallo Stato o l'ente sanitario, di *pattuire diversamente* adducendo una delle ragioni giustificative di legge.

Residuano gli ultimi due casi, rispettivamente:

-stando alla lettera dell'art. 5, c. 1, è ammessa la facoltà di concordare un tasso, per gli interessi di mora, diverso dalla misura legale. Ma, fermo restando naturalmente il limite della grave iniquità, se parti del contratto sono due imprese private giacché, nelle transazioni commerciali tra imprese e P.A., la previsione contrattuale di un tasso *in peius* è implicitamente esclusa<sup>11</sup>, ov'anche volesse farsi questione di un saggio superiore a quello legale ex art. 1284 epperò inferiore a quanto stabilito dall'art. 5. Nelle transazioni commerciali con la P.A. debitrice il tasso legale è *soltanto* quello previsto dal decreto. E l'inderogabilità della disposizione rende *superflua -recte* di esclusiva pertinenza dei contratti tra imprese, la norma che si legge nel comma 3 dell'art. 7, quanto alla presunzione assoluta di grave iniquità -leggi di abusività- della clausola che contempli l'esclusione degli interessi moratori.

-è infine nulla secondo l'art. 7, c. 4, allorché debitore sia la P.A., la clausola che abbia ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura. Clausole del genere, in quanto incidenti sulla decorrenza dei termini di pagamento, visto che la finzione di una data di ricevimento convenzionale posteriore alla ricezione effettiva della fattura per riflesso *posterga*, finirebbero in effetti per mascherare una deroga obliqua ai termini mas-

simi fissati *ex lege*. Di qui una nullità, comminata dall'ultimo capoverso del 4 comma, ma non sul canovaccio valutativo che assiste le clausole gravemente inique, rilevabile officiosamente<sup>12</sup>.

Anche un altro dato, per inciso, è certo inconfutabile: il catalogo sunteggiato non vale, questo *a contrario* si deduce dalla *littera legis*, allorquando la P.A. sia creditrice, riespandendosi allora la stessa derogabilità convenzionale che assiste le transazioni commerciali tra imprese.

Orbene, di primo acchito viene facile notare che il tratto accomunante le plurime fattispecie testé richiamate è la natura scopertamente *imperativa* delle norme che le reggono. Il che importa subito un preciso risultato: qualsiasi patto contrario sarà *automaticamente* nullo per contrarietà ad una norma *inde-*

<sup>12</sup> La circostanza che la rilevabilità officiosa, *maxime* quando si faccia questione di un accordo *gravemente iniquo*, sembri letteralmente riferita al solo caso descritto nell'ultimo comma dell'art. 7 potrebbe alimentare il dubbio che, per le rimanenti ipotesi, serva la domanda di parte. Ma si tratterebbe, com'è facile intendere, di un dubbio mal riposto. Per effetto di quanto hanno sentenziato rispettivamente le S.U. - Cass. 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, pp. 874 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: 'eppur si muove'*, - e la Corte di giustizia -l'ultima, in ordine di tempo, è C. giust. 21 febbraio 2013, , causa C- 472/11, *Banif v. Csi-pai*- il rilievo d'ufficio è infatti una condizione che, provocato il contraddittorio tra le parti (artt. 183, c. 4 e 101, c. 2 c.p.c.), assiste *sempre* la nullità assoluta e, col medio del diritto di interpello, quindi *condizionatamente*, anche la nullità di protezione. Di conseguenza, non c'è un motivo plausibile per tematizzare il problema. Non meno sterile però, se non lo si inquadra in una cornice adeguata, sarebbe pure domandarsi se l'insieme delle nullità comminate dal D. lgs. 192/2012 siano iscrivibili nel *genus* codicistico delle invalidità assolute oppure in quello, tipico dei diritti secondi, delle nullità a legittimazione ristretta. In prima battuta, infatti, tutto ruota intorno alla circostanza che ciascuna delle nullità punteggianti la disciplina sui ritardi di pagamento è modellata sullo schema di una parzialità necessaria *testuale*. Di talché, il motivo tradizionalmente addotto contro il richiamo all'art. 1421, una legittimazione della parte artefice dell'abuso dimidia la tutela della controparte protetta in quanto potrebbe preludere ad un caducarsi *in toto* del contratto, si mostra superfluo. E, se così è, nel senso che, *in subiecta materia*, impera una *nullità unidirezionalmente orientata*, la quale rende improbabile un interesse del debitore a sollevarla, dovrebbe però anche propendersi per una legittimazione assoluta dischiudente l'interesse ad agire dei terzi, titolari di rapporti dipendenti o connessi con quello principale: salvo pensare che il ragionare in termini di nullità protettiva garantisca quella convalidabilità o sanabilità che, viceversa, sulla scorta di quanto dispone la lettera dell'art. 1423 c.c., la nullità assoluta rende assai più claudicante. Sulla questione v. comunque *infra* § 5.

<sup>11</sup> Naturalmente niente osta a che le parti, e quand'anche debitore fosse la P.A., convengano un tasso di interesse superiore a quello legale. Deroga che, in quanto *in melius* per il creditore, certo non soggiace al limite dell'art. 7. La previsione di un tasso di interesse superiore a quello legale chiamerà naturalmente in causa la riducibilità giudiziale ex art. 1384 c.c. nel caso di un importo manifestamente eccessivo. È assodato infatti che la pattuizione convenzionale degli interessi moratori ha la natura di una clausola penale per il ritardo nell'adempimento.

rogabile ex art. 1418, c. 1 c.c., con annessa sostituzione di diritto –*in senso tecnico*– dei termini di legge. Un tipico esempio, il dato però è solitamente negletto, di integrazione c.d. repressiva: ovvero, per chi lo dovesse preferire, di un’*integrazione cogente conformativa*<sup>13</sup>.

Se così è, rivive qui perciò, nel segno del loro più classico modello applicativo, la funzione tipica degli artt. 1339 e 1419, c. 2 c.c., con una privata pattuizione posposta ad una determinazione eteronoma, a fini sociali<sup>14</sup>, dei termini economici e/o normativi dello scambio. Quel che domina, a leggere in filigrana il sottoinsieme normativo che ha per soggetto la P.A., è una finalità politica di ammissione della *sola contrattazione* riprodottriva delle condizioni di legge. Dopo di che, è vero, si ha qui una nullità parziale necessaria allo scopo di preservare l’interesse del creditore al contratto: epperò non è solo questo il punto. Bisogna anche far risaltare che, allorquando debitore è la P.A., un’*aguzza nullità perentoria* prende il posto di una nullità *incerta e per l’effetto*, destinata così ad essere di stretta pertinenza dei contratti tra imprese private.

Non è, sebbene in ambedue i casi sia la legge che determina il riequilibrio delle posizioni contrattuali, un distinguo di piccolo spessore. Corre infatti una profonda differenza tra un’invalidità comminata ai sensi del 1 (o del 3) comma dell’art. 1418 ed un’invalidità che passa per il medio di un accertamento finalistico complesso –e per di più a largo compasso: v. art. 7, c. 2– avente ad oggetto la *-eventuale- grave iniquità*, in danno del creditore, dell’accordo derogatorio. La prima è una nullità di fattispecie, la seconda –come si usa dire– di buona

<sup>13</sup> V., per questa formula, V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 457 e G. D’AMICO, *L’integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit. p. 3. Per un aggiornato e puntuale quadro d’insieme v. M. Maugeri, *sub art. 1339*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta – Orestano, Torino, 2011, I, p. 511 ss. Un avallo si incontra nella motivazione di CdS, 2 febbraio 2010, n. 469, cit. quanto all’esservi delle «*norme imperative*» aventi un valore anche «sostitutivo di quanto previsto in sostituzione di esse» (c.vo aggiunto).

<sup>14</sup> Che i *considerando* della dir. 2011/7/UE – nn. 3, 5, 23, 28 e 29– ben sunteggiano: i ritardi di pagamento compromettono le operazioni transfrontaliere, riducono la liquidità attentando alla gestione finanziaria delle imprese, rendono necessaria la concessione di scoperti o l’accensione di mutui, due forme di credito assai rischiose «nei periodi di recessione economica, quando l’accesso al finanziamento diventa più difficile» (*considerando* 3, *in fine*). E la liquidità, per le imprese, è uno strumento necessario per evitare il *credit crunch* e rimanere competitive.

fede o per abuso<sup>15</sup>, «figlia della logica del sindacato *ex post* sull’operazione economica»<sup>16</sup>.

Il fatto che, per parare da subito un’obiezione, quando sia prevista per *legge* o *pattiziamente* una procedura per accertare la conformità della merce o del servizio al contratto, il termine di trenta giorni, decorrente dalla consegna della prima o dalla prestazione del secondo, termine che si va a sommare a quello ordinario di pagamento, sia derogabile entro il limite della grave iniquità per il creditore di cui all’art. 7, non muta il tenore della questione. È esatto infatti che il comma 6 dell’art. 4, siccome ogni pagamento della P.A. implica il previo accertamento della regolarità dell’impegno di spesa, finisce per dare corpo ad un caso nel quale la posticipazione nel pagamento dell’ente pubblico troverà causa in una attività necessaria che assai più opportunamente si sarebbe viceversa dovuto contenere *nel termine massimo dei sessanta giorni* (art. 4, c. 4)<sup>17</sup>: ma si tratta di una *-eventuale- nullità per abuso* che *si aggiunge* o *si somma* al più fitto numero di nullità strutturali punteggianti la normativa dei rapporti di debito con la P.A.

Di qui due risultati: la sostituzione correttiva – ecco il primo– copre senza dubbio l’intero raggio della disciplina sui ritardi di pagamento. Ma il modo con cui si addivene a questa vicenda di ortopedia contrattuale, dovendosi distinguere tra clausole abusive (art. 7, c. 1 e 3) e clausole *contra legem*, è *tecnicamente* molto diverso<sup>18</sup>. Chi lo dovesse sco-

<sup>15</sup> Fondamentali, al riguardo, sono le pagine di V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, spec. 210 ss.

<sup>16</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit. p. 646.

<sup>17</sup> È davvero eccentrica infatti una disposizione che, col subordinare l’abusività di una procedura di verifica che troppo si procrastina al solo limite dell’art. 7, finisce evidentemente per coniare un modo col quale eludere il termine, *in thesi* tassativo ed inderogabile, dei sessanta giorni di cui al su citato art. 4, c. 4. L’incongruenza, per altro, è già nella direttiva (v. art. 4, § 5). Dopo di che, è vero che questa forma di dilazione convenzionale, nel caso si tratti di un contratto tra privati, va rivestita di una *forma espressa* mentre, nei rapporti con la P.A. debitrice, dovrà essere contemplata anche nel bando di gara. Ma il vincolo manifestativo, in una cornice sistematica del tipo descritto, rischia di trasformarsi in poco più di un orpello.

<sup>18</sup> Se poi si volesse ammettere, come altrove è sembrato corretto suggerire (S.PAGLIANTINI, *Profili sull’integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo*, p.), che l’art. 7 continua in realtà a contemplare un potere del giudice di ricondurre ad equità l’accordo in deroga, leggi di ridurre conservativamente la clausola abusiva alla soglia del *non abuso*, allora si potrebbe ave-



noscere, marginalizzando quel *considerando* 23 ver-tente *in toto* sulla necessità di introdurre «norme specifiche» per la P.A., finirebbe per incorrere in una scoperta torsione del dato normativo. Talora, nel silenzio prima della direttiva e poi della novella di recepimento, potrà aversi anche il caso di un *concorso* di norme dispositive all'uopo utilizzabili. Per esempio, ove il termine per la procedura di verifica ed accettazione, *superiore* a trenta giorni, sia giudicato gravemente iniquo e la clausola conseguentemente *cada perché nulla*, troverà applicazione il termine di pagamento ordinario di cui all'art. 4, c. 2, lett. A (cioè trenta giorni dal ricevimento della fattura) oppure si assisterà al riespandersi del *termine legale* di durata della procedura? In ambedue le ipotesi si farà questione di un art. 1419, c. 2: e tuttavia la seconda interpretazione, che parrebbe la più plausibile in quanto la prima sottende uno spiccato *effetto sanzionatorio* del ritardato pagamento per l'autore dell'abuso, giova assai più al debitore, se è vero che il *dies a quo* sarà allora di sessanta giorni dal momento di esecuzione della prestazione principale<sup>19</sup>.

Il secondo risultato si può, invece, rendere così: non si tratta semplicemente di rilevare una *summa divisio* – tra rapporti B2B e B2A- che è *in re ipsa*. Va piuttosto evidenziato come lo *status* del debitore funga, nell'ordito della disciplina sunteggiata, da fattore che polarizza la trama normativa, illustrando nel contempo la *natura* delle disposizioni che reggono l'una o l'altra fattispecie. Nel caso della P.A. debitrice sembra rivivere, in una qualche misura, un *diritto speciale* dell'ente pubblico, che tuttavia non ha la consueta veste dello statuto normativo privilegiato o comunque di conclamato (e discutibile) favore. Qui infatti, per ragioni che sono essenzialmente dovute alla situazione contingente di pesante recessione economica, si vuol restringere la libertà contrattuale della P.A., in quanto foriera di pregiudizio al privato fornitore. In ambedue i casi, per altro, domina la logica, lo si vedrà nella chiusa di questo scritto, di una nullità assoluta vocata a «preservare l'ordine pubblico economico che sovrintende alle singole contrattazioni»<sup>20</sup>. Quindi non solo – *recte* non tanto, sebbene nel novero degli obbiettivi

re anche la nitida percezione che *due*, e non *uno* soltanto, sono i canovacci perimetrali entro i quali si snoda lo schema della *sostituzione correttiva*.

<sup>19</sup> Per la verità la direttiva e la novella tacciono anche su cosa accada nel caso il termine legale di trenta giorni per la verifica spiri *inutilmente*. Senza immaginare sofisticati equilibrismi interpretativi, si può però azzardare che, decorsi il suddetto termine, gli interessi moratori maturino automaticamente.

<sup>20</sup> Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit. p. 646.

vi sia anche questo- una disciplina di contrasto a quelle forme di *inadempimento efficiente* che di massima si celano nella decisione del debitore, allorché il tasso di mora sia minore di quello dovuto per restituire un finanziamento, di non adempiere alla propria prestazione pecuniaria<sup>21</sup>.

### 3. La forma espressa e la disciplina dispositiva dell'art. 4, c. 3 e 4: per un chiarimento.

Un'osservazione incidentale, utile però ad una declinazione più puntuale della cornice normativa di riferimento.

Come si è fatto poc'anzi notare, la forma che la disciplina novellata prescrive non è ai fini della validità del patto: la forma perciò, purché espressa nei tre casi ove la si richiede (art. 4, c. 3, 4 e 6), è *libera*. E forma espressa significa soltanto, nel segno di una disciplina codicistica che conta numerose ipotesi (artt. 1230, c. 2, 1268, c. 1, 1274, c. 3 e 1937 c.c.), selezione *ex lege* del tipo di manifestazione rilevante. Quindi, è vero, dal contegno commissivo od omissivo di una delle parti non sarà dato ricavare la valida deduzione univoca di un fatto psichico (nesso di continenza) o l'esclusione del fatto subiettivo contrario (nesso di incompatibilità)<sup>22</sup>, ma non si è al cospetto di un *essentiale negotii*. Quanto poi alla forma *ad probationem*, che il d.lgs. 192/2012 non inusualmente introduce<sup>23</sup>, è una forma della prova, nel senso di rilevante ai fini processuali, non dell'atto<sup>24</sup>. Ergo, l'accordo per un termine di paga-

<sup>21</sup> Su questa *ratio*, che mira a colpire e reprimere una condotta incentrata nel lucrare sulla differenza tra i due tassi, mostra invece di volere insistere F. TAGLIALAVORO, *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1234.

<sup>22</sup> È da ritenere che la «dichiarazione espressa» del legislatore non inglobi la comunicazione gestuale: così R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. I. Il fatto, l'atto il negozio*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, p. 335. Ma v. poi, in special modo, U. BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. del contratto*, a cura di V. Roppo, I – *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 473 s.

<sup>23</sup> V. *supra* nt. 10: non inusualmente vuol essere una modalità sintetica per dire che la forma *ad probationem*, in quanto dimidia i comuni mezzi di prova, si riverbera in realtà sulla «effettività giuridica del negozio»: così puntualmente R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, sub art. 1350*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 414.

<sup>24</sup> Altra è la questione se la prova per iscritto della pattuizione possa fornirsi per fax o per posta elettronica. Il che, allo stato, e coll'avvertenza che in difetto di un successivo scambio degli originali sottoscritti il documento

mento superiore a trenta giorni dev'essere *soltanto* provato per iscritto. Ad integrarla, per altro, dovrebbe bastare un ordine (o una conferma d'ordine) ovvero una fattura riportante la causale di pagamento posteriore a trenta giorni: da un lato infatti le Corti sono univoche nel ritenere che, quando la forma risulta prescritta *ad probationem*, la documentalità è requisito che serve per accertare l'esistenza dell'atto, non anche un contenuto che sarà giudizialmente accertabile pure in altri modi, dall'altro va ricordato che la Cassazione, a margine dell'art. 1967 c.c., reputa sufficiente, per la prova della transazione, una quietanza a saldo contenente la causale del versamento<sup>25</sup>. Dettaglio poi da non trascurare, l'esclusione – *ex art. 2725, 2° co. c.c.* – della prova testimoniale è sì rilevabile d'ufficio ma se la forma prescritta è *ad substantiam* mentre occorre l'eccezione di parte, nel termine di cui all'art. 157, 2° co., c.p.c., quando la forma sia prevista *ad probationem*<sup>26</sup>.

Epperò, *hic Rhodus, hic salta*, se non v'è una forma comandata *ad substantiam*, neanche si potrà parlare tecnicamente di una nullità dell'accordo tacito, posticipante il pagamento ad oltre sessanta giorni, per contravvenzione a quel dato normativo – art. 4, c. 3 e 4 – che lega l'adozione di un siffatto termine convenzionale al requisito di una dichiarazione testualmente imposta come esplicita.

Vero infatti che l'ordine dell'acquirente, contenente un termine di pagamento superiore a sessanta giorni, ove non sia seguito da una *conforme* dichiarazione espressa del fornitore, è *tamquam non esset* sulla premessa che la condizione di una forma espressa implica che il silenzio della controparte pecchi di un qualsiasi speciale significato: il che, va poi da sé, importa pure l'effetto che una volontà adesiva non possa desumersi *aliunde*, per la via di un'inferenza univoca da rapporti pregressi tra le parti, sia esauriti che pendenti. E tuttavia qui, più che di una nullità, sembra doversi fare questione di un diniego di effetti del patto ovvero, per chi lo do-

faxato o la mail potranno venire disconosciuti dalla parte contro la quale sono stati prodotti, parrebbe ammissibile senza troppi distinguo. Supportano una siffatta notazione il *dictum* di Cass. 20 marzo 2009, n. 6911, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Prova documentale*, n. 28 ed un dato normativo – v. artt. 20, c. 1 e 21, c. 1 c. amm. dig. – francamente univoco.

<sup>25</sup> V. Cass., 12 agosto 1992, n. 9525, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Contratto in genere*, n. 267 e App. Napoli, 19 giugno 1993, in *Giur. mer.*, 1994, p. 15 ss.

<sup>26</sup> Giusta la circostanza, nota la giurisprudenza, che l'innammissibilità della prova testimoniale non attiene, in tal caso, all'ordine pubblico ma alla tutela di interessi privati. Così già Cass. 13.11.1978, n. 5203, in *Rep. Foro it.*, 1978, *Contratto in genere*, n. 122.

vesse preferire, di un imperfetto procedimento di stipula della fattispecie convenzionale derogatoria. A risultare carente invero, anche nell'ipotesi di una forma espressa convenzionalmente trasformata dalle parti *ex art. 1352 c.c.* in requisito di validità, è in realtà una modalità manifestativa della volontà che sia conforme al dato di legge, nitido nell'avere normativamente escluso che un *silenzio circostanziato* offra – *in primis* per il creditore – la medesima garanzia di serietà e ponderatezza di una dichiarazione espressa<sup>27</sup>. Gli è infatti che ogni pagamento tardivo si sostanzia in una concessione di credito commerciale al proprio debitore: di talché serve un *quid* che *identifichi* una volontà in tal senso del creditore. *Per incidens*, nel perimetro legale della dichiarazione espressa, ove l'intesa sia dubbia, neanche potrà soccorrere l'art. 1367 c.c., contravvenendosi così al «canone ermeneutico che», *in dubio*, «invita a conservare il vincolo contrattuale»<sup>28</sup>. Anche questo è un effetto dell'aversi qui un *patto non solenne o non formale* che rifugge però dallo schema del comportamento concludente<sup>29</sup>.

Non si tratta di una semplice divagazione dogmatica: se la forma espressa non è un requisito essenziale del patto quanto e piuttosto una veste che *impedisce convenzionalmente* l'operare della disciplina di legge<sup>30</sup>, se ne ricava che *tre* – in luogo delle

<sup>27</sup> Il *considerando* 13 della direttiva 2011/7 – del quale gli artt. 3, § 5 e 4, § 5 sono poi la traduzione normativa – è stringente nell'evidenziare che il concordare espressamente è funzionale ad una dilazione con la quale si vuole consapevolmente «concedere credito commerciale ai propri clienti». È per altro vero che la forma espressa non richiede l'utilizzo di espressioni sacramentali: sicché, ad integrarla, potrà bastare la semplice sottoscrizione 'per accettazione', ove evidentemente sia documentale, di una dichiarazione emessa o proveniente dalla controparte.

<sup>28</sup> Così – acutamente – U. BRECCIA, *La forma*, cit. p. 474 e p. 482.

<sup>29</sup> È soltanto fuori dall'area delle «dichiarazioni espresse» che «tutto ciò che comunica una volontà tramite segni socialmente o individualmente approvati vale per significare una volontà»: così R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. I. Il fatto, l'atto il negozio*, cit. 335. Sul comportamento concludente è d'obbligo il richiamo agli scritti di G. GIAMPICCOLO, Note sul comportamento concludente, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, I, p. 778 ss. e di V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, *passim*.

<sup>30</sup> Talora viceversa è la forma *ad probationem* a venire prescritta con l'effetto *additivo*, ove manchi, di escludere l'operare di una certa disciplina: quindi nella prospettiva inconsueta di una forma rilevante a mo' di presupposto di *applicabilità* di una data normativa. Emblematico quanto si legge nell'art. 2, c. 1., lett. b) del d.lgs. n. 170/2004, giacché una garanzia finanziaria prestata oralmente, pur se valida, va soggetta alla sola disciplina ordinaria del



due ipotizzate- sono le modalità che assistono l'ottemperanza dei termini legali di pagamento nelle transazioni commerciali. Tre, in quanto è vero che, nello sfondo, rimane il caso in cui nel contratto non sia stato convenuto un termine di pagamento: di talché troverà qui applicazione il termine legale di trenta giorni (art. 4, c. 2). Ma ciò rientra nell'ordine naturale delle cose, se è vero che è proprio dell'art. 1339 operare nel *silenzio* delle parti (*anche in sostituzione* delle clausole difformi, recita la norma).

#### 4. Patto di stabilità e ritardi di pagamento.

Venendo al secondo problema, si tratta di riservare un significato più puntuale a quell'art. 3, sulla responsabilità del debitore, che aziona il diritto del creditore alla corresponsione degli interessi moratori sull'importo dovuto. E siccome si fa qui questione di obbligazioni pecuniarie, va da sé che soltanto il prodursi di eventi straordinari potrà occasionare quell'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore rilevante agli effetti di cui all'art. 1218 c.c.

Epperò, se non si vuole derubricare questa disposizione ad una norma che potrebbe rivelarsi inutile<sup>31</sup>, in quanto ad escludere che un'impossibilità subiettiva incolpevole possa valere da esimente della responsabilità per il ritardo nel pagamento già provvede l'art. 1218 c.c., occorre domandarsi se un qualche distinguo debba ancora farsi per il caso del debitore P.A. È noto infatti che la principale causa di ritardato pagamento è da rintracciare nel vincolo del Patto di stabilità: sicché un primo –possibile– quesito potrebbe essere se la P.A. possa addurre il vincolo del suddetto Patto come circostanza idonea a precludere proprio l'insorgere di una responsabilità per inadempimento. Il che, evidentemente, non farebbe poi maturare il diritto agli interessi moratori. Il recentissimo decreto 35/2013, convertito nella legge n. 64/2013, sul recupero dei crediti nei confronti delle amministrazioni vantati da imprese, cooperative e professionisti, esula dalla questione perché si tratta di pagamenti, con testuale priorità ai crediti non oggetto di cessione *pro soluto* al sistema creditizio (art. 6), esclusi dai vincoli del Patto di stabilità.

Di primo acchito, sembra da escludere che il motivo del Patto di stabilità possa atteggiarsi a causa di

esonero e sia così in grado di mettere fuori gioco la disciplina sui ritardi di pagamento. E la ragione, specialmente allorché si tratta di pagamenti iscrivibili tra le voci di spesa rilevanti ai fini del saldo finanziario del Patto, è semplice: per legge, l'ottemperanza ai vincoli del Patto dev'essere appurata dalla P.A. debitrice all'atto dell'assunzione dell'impegno di spesa (art. 9 d.l. n. 78/2009). E se v'è un obbligo per la P.A. di adottare le misure necessarie a garantire il tempestivo pagamento delle somme dovute per forniture, appalti o somministrazioni, sarebbe davvero paradossale che potesse eccipirsi un inadempimento come esimente di un altro mancato adempimento. Se i vincoli del Patto rilevano in sede di approvazione del bando di gara, non si può surrettiziamente trasformarli in vicende condizionanti il momento «di emissione dei mandati di pagamento»<sup>32</sup>. Per di più, allo scopo di migliorare la tempistica nella gestione delle risorse, con specifico riferimento alle amministrazioni statali, il D. L. n. 95/2012 –convertito in l. n. 135/2012– ha introdotto il c.d. crono-programma dei pagamenti, cioè l'obbligo per il dirigente responsabile della gestione di predisporre un piano finanziario dei pagamenti, rispetto a ciascun obbligo assunto, sui capitoli di bilancio di propria pertinenza. Il che rende ancor più improbabile una qualificazione del Patto come esimente.

Una prima variabile la si può però rinvenire nella circostanza che da scriminante varrà il momento nel quale la P.A. ha assunto l'obbligazione. Ai sensi infatti dell'art. 31, c. 30 della legge di Stabilità 2012 –e l'art. 32, c. 26 funge da analoga previsione per le Regioni– sono *nulli* i contratti di servizio delle Amministrazioni pubbliche che risultino elusivi del Patto di stabilità: e, com'è autoevidente, questa comminatoria di nullità costituisce un fatto impeditivo paralizzante l'operare della disciplina sui ritardi di pagamento. A trovare applicazione, ove il patto sia nullo, sarà infatti il disposto dell'art. 2033 c.c.: e l'obbligazione restitutoria, anche ad immaginare che il debitore sia in malafede dal momento della *solutio*, sarà comunque comprensiva di una quota di interessi calcolati, senza la maggiorazione degli otto punti, secondo il tasso di legge ordinario. Esemplicamente sono da considerare come elusive tutte le attività che si mostrino potenzialmente idonee ad importare risultati analoghi ad una non corretta imputazione dei capitoli di spesa, tipo un pagamen-

pegno (se, ovviamente, ricorrono i presupposti di cui all'art. 2786 c.c.).

<sup>31</sup> Lo faceva già notare A. ZACCARIA, *Il coordinamento fra la recente disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la precedente disciplina in materia*, in *Studium juris*, 2004, p. 308.

<sup>32</sup> Così V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 56. Di tutt'altro avviso, ma non persuasivamente, GISONDI, *L'attuazione da parte della p.a. della nuova disciplina comunitaria sui ritardi pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Urb. app.*, 2003, p. 767.

to con copertura fatta figurare come rimandata ad esercizi futuri ovvero una traslazione del pagamento mediante la concessione di crediti a società partecipate oppure direttamente tramite l'accollo del debito da parte di un ente strumentale non soggetto al regime vincolistico<sup>33</sup>. Si intravede, da questo angolo visuale, come i vincoli del Patto di stabilità mettano in realtà fuori gioco un'intero spicchio di norme del diritto comune patrimoniale: dalla *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) agli artt. 1273 ss., includendovi però anche certe forme negoziali atipiche di finanziamento, sperimentate nella pratica con una certa frequenza. Si pensi al *leasing* immobiliare pubblico nel caso sia convenuta non la *facoltà* ma l'*obbligo* per l'ente pubblico di riscattare il bene.

La seconda variabile concerne il refluire del Patto di stabilità tra i fattori –art. 4, c. 4– che rendono ragione di una derogabilità dei termini di pagamento, nel limite ovviamente dei 60 giorni. Anche se trattasi di un refluire carico di perplessità.

In prima battuta lo si potrebbe iscrivere naturalmente, come più di un autore suggerisce<sup>34</sup>, tra le 'circostanze esistenti al momento della conclusione' del contratto: contesto circostanziale al quale il D. lgs. 192/2012 mostra di riconoscere il medesimo valore di giusta causa della dilazione riservato alla natura ed all'oggetto del contratto. Se non fosse che di un motivo siffatto, allo scopo di meglio tutelare la condizione di minorità contrattuale ed economica di chi sia creditore della P.A.<sup>35</sup>, non v'è traccia nel corpo della direttiva 2011/7/UE, circoscrivente il termine convenzionale della P.A. debitrice al *solo* caso in cui risulti «oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche» (art. 4, § 6). Sicché, sulla premessa che l'illegittimo discostarsi dalla normativa europea, in vista di un trattamento fin troppo premiale nei riguardi della P.A., impone una riscrittura *in parte*

<sup>33</sup> V., tra le altre, Corte dei conti, Sez. Emilia Romagna, 19 gennaio 2012, n. 5.

<sup>34</sup> Cfr., in special modo, V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 76.

<sup>35</sup> Sulla prassi del bando di gara includente l'accettazione di clausole, formalizzanti termini di pagamento maggiori di quelli legali, quale requisito di partecipazione alla gara medesima ovvero contemplante, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il proporre condizioni di pagamento *in melius* per la P.A., v. V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 126 ss. Su questa prassi, maldestramente incentrata sulla qualificazione del bando di gara come *lex specialis*, donde poi l'esclusione in caso di mancata accettazione o di espresso dissenso del concorrente, già si era espressa in modo esaurientemente *tranchant*, dopo qualche incertezza giurisprudenziale di troppo, CdS, sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469, cit.

*qua* del testo attualmente vigente, non si vede con quali argomenti si potrebbe supportare l'idea del vincolo del Patto di stabilità come un motivo oggettivo di deroga al termine ordinario di 30 giorni.

### 5. La rinunciabilità successiva degli interessi moratori: traccia per una discussione.

Il terzo quesito si può così condensare: nel silenzio dell'art. 4, c. 1, è ammissibile una rinunciabilità successiva degli interessi moratori?

Più di un dato, in prima battuta, parrebbe infatti deporre in questo senso: intanto, se può aversi una remissione del debito, non si vede per quale motivo dovrebbe risultare preclusa, purché la si effettui nei modi di cui all'art. 1236, la rinuncia agli interessi. È vero che il disposto dell'art. 7, c. 3 qualifica *iuris et de iure* come gravemente iniqua la clausola escludente l'applicazione degli interessi moratori: ma la norma, in realtà, si riferisce al caso di una *rinuncia preventiva*. Di conseguenza non si può incontrovertibilmente sostenere che l'art. 7, c. 3 formalizza una deroga od un'eccezione alla regola generale di rinunciabilità a tutela di un creditore che vedrebbe altrimenti dimidiata o comunque appannata la propria protezione. Per di più, nell'area degli appalti dei lavori pubblici, la Cassazione ha più volte sentenziato l'invalidità dei *solii* patti, aventi ad oggetto l'inesigibilità degli interessi, che siano *precedenti* al loro sorgere<sup>36</sup>, non ravvisando viceversa l'esistenza di una *ratio* protettiva specifica che fondi l'estensione del divieto agli atti dispositivi compiuti *dopo* che gli interessi sono maturati. Insomma, non è dall'art. 7, c. 3 –per chi sia di questo avviso– che può venire un argomento a supporto della tesi di un'irrinunciabilità assoluta.

Non cambia granché, però, se si sposta il discorso sul combinato disposto degli artt. 2 (c. 1 lett. E) e 4 (c. 1). È vero infatti che questi interessi decorrono senza che sia necessaria la costituzione in mora: ma rimane il fatto che, sebbene previsti con un saggio particolarmente elevato, trattasi pur sempre di interessi appartenenti al *genus* di quelli moratori, in quanto costituenti una *predeterminazione del danno* per il caso di inadempimento o di ritardato adempimento. E quand'è così, se cioè la connotazione sanzionatoria non ne intacca la natura risarcitoria, proprio perché esplicitano la funzionalità che è propria

<sup>36</sup> V. Cass. 29 febbraio 2008, n. 5433, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Contratti pubblici*, n. 1326; ; Cass. 30 marzo 2007, n. 22842, in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, p. 762 ss.; Cass. 21 luglio 2006, n. 16814, *ivi*, 2007, I, p. 140 ss.. e Cass. 10 maggio 2005, n. 9747, in *Foro amm.*, 2005, p. 1674.



di tutti gli interessi moratori, farà difetto un altro rilievo impeditivo all'ammissione di una rinunciabilità posteriore.

Come terzo argomento potrebbe infine addursi la circostanza che in nessuna previsione del decreto o della direttiva si trova formalizzata un'irrinunciabilità -dei diritti attribuiti dalla legge al creditore- ovvero comminata una nullità per ogni pattuizione in contrasto. Non c'è, insomma, una disposizione del tenore corrispondente all'art. 143, c. 1 c. cons.. E comunque ov'anche vi fosse, non sarebbe un fattore così ostativo perché, qui la notazione viene facile, la dottrina prevalente è dell'idea che una rinuncia successiva non decampa dal perimetro di una nullità di protezione<sup>37</sup>. Con il che, però, si introduce la variabile destinata davvero a vivacizzare la questione.

Se infatti la nullità del d. lgs. 192/2012 fosse di tipo assoluto, l'ammissione di una rinunciabilità successiva potrebbe urtare con quell'ordine pubblico di direzione nel quale la disciplina impinge, inscenando un possibile danno di riflesso per quei terzi, aventi causa dal creditore, che all'occasione potrebbero avere tutto l'interesse a far constatare l'invalidità di una rinuncia disponente dei diritti non negoziabili. Il fatto che, in un contesto del genere, l'art. 35, c. 3-bis, l. 27/2012 autorizzi le amministrazioni pubbliche, al fine di procedere al pagamento dei propri debiti, ad avvalersi di specifici accordi transattivi, *condizionati* alla rinuncia ad interessi e rivalutazione monetaria, non avrebbe in realtà una qualche significativa ripercussione: è proprio infatti della *lex specialis* derogare a quella *generalis*.

Quindi un'irrinunciabilità *pura* degli interessi perché trattasi di diritti indisponibili? Non proprio.

Si può infatti replicare:

- a) più di un dato normativo –art. 79 l. 392/1978 ed art. 4 l. 741/1991- è stabilmente inteso dalla giurisprudenza della Cassazione nel senso che, *in sede di transazione*, non è impedita alla libera determinazione delle parti il valido disporre di diritti che siano già sorti<sup>38</sup>. Eppure, in

ambidue le fattispecie citate, si fa questione di una incontrovertita nullità assoluta;

- b) è vero che l'art. 1966, c. 2 c.c., sancisce la nullità della transazione ove questa involga diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, indisponibili. E tuttavia, se per i primi il rimando è alla classe delle situazioni soggettive a contenuto non patrimoniale, i secondi sono sì da identificare con dei diritti patrimoniali epperò contraddistinti da una spiccata inerenza alla persona ((es. artt. 2113 e 447 c.c.). Da cui quell'indisponibilità poi declinata nelle forme di *un'irrinunciabilità e dell'intransigibilità*. Orbene, il diritto agli interessi moratori non sembra apparentarsi neanche un po' all'una o all'altra tipologia di situazioni citate;
- c) quanto poi alla circostanza che la disciplina sul pagamento tardivo sia funzionale alla tutela di un interesse sovraindividuale, *generale e non seriale*, risulta agevole notare che, specie quando il rapporto obbligatorio appartiene al genere B2A, l'accordo transattivo «non vanifica e non altera» ma anzi è ancillare e soddisfa «l'interesse al contenimento della spesa pubblica»<sup>39</sup>. Sicché finisce per avere più di un senso che i diritti dei terzi aventi causa dal creditore, per i quali l'accordo transattivo può rivelarsi fonte di un pregiudizio, sia messo in non cale rispetto alla potiorietà degli scopi che l'ente pubblico è deputato istituzionalmente a perseguire.

Risultato, anche a catalogare la disciplina riformata nel novero delle nullità assolute, vi sarebbe modo di coniugarla a vicende transattive e/o dispositive, succedanee si diceva al sorgere della pretesa, perché il diritto agli interessi da ritardato pagamento non si mostra «un diritto indisponibile in senso tecnico»<sup>40</sup>. Donde la (tendenziale) validità di un accordo che prevedesse il pagamento del capitale con coeva rinuncia del creditore agli interessi maturati

c. 1440 ss., rinuncia, contenuta nella convenzione stipulata in sede di conciliazione, a domandare la restituzione di somme pagate in eccedenza a titolo di canone). In dottrina, per una diffusa analisi della questione, si vedano A. GENTILI, *L'invalidità del contratto di locazione*, in *Le locazioni urbane*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 1999, p. 78 ss. e G. GABRIELLI- F.PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, 2ª ed., Padova, 2005, p. 376 ss.

<sup>39</sup> V. Cass. 29 febbraio 2008, n. 5433, cit. (in motivazione).

<sup>40</sup> V. Cass. 29 febbraio 2008, n. 5433, cit. e, in dottrina, V. CUFFARO, *Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento*, in *La disciplina dei pagamenti commerciali*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2004, p. 229 nonché V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 147.

<sup>37</sup> Sulla questione, di recente, con ampia disamina, S. POLIDORI, *sub art. 143*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 803 ss.

<sup>38</sup> V. quanto statuiscano Cass. 24 novembre 2007, n. 24458, in *Imm. e propr.*, 2008, p. 182; Cass. 28 agosto 2007, n. 18157, in *Mass. Foro it.*, 2007 e Cass. 14 gennaio 2005, n. 675, in *Arch. loc.*, 2005, c. 569, tutte sulla rinunciabilità, al momento di cessazione del rapporto, all'indennità di avviamento; Cass. 28 ottobre 2004, n. 20906 (in *Guida al dir.*, fasc. 48, p. 64, sulla nullità delle sole pattuizioni che limitano *ex ante* i diritti del conduttore); Cass. 29 gennaio 1996, n. 683 (in *Giur. it.*, 1997, I, 1,



*medio tempore*. Per inciso, una rinuncia responsabile e consapevole può nascere da un giudizio di convenienza economica del creditore specie se il suo intendimento, per es., è quello di instaurare un rapporto durevole coll'obbligato ovvero di attirare nuovi clienti. Il sedicesimo considerando della direttiva 2011/7, col discorrere di un creditore non obbligato ad esigere gli interessi, avalla questa prospettiva e d'altro canto, come fa notare la Cassazione<sup>41</sup>, è nella piena facoltà del creditore disporre della propria pretesa, *in toto o pro parte*.

## 6. Il regime di una nullità assoluta: per un ordine pubblico economico al servizio della competitività.

*Sic stantibus rebus*, diventa allora ineludibile domandarsi se le nullità che affollano la disciplina in oggetto siano assolute o di protezione. Questione che non ha soltanto di sicuro interesse teorico se è vero che, per ovviare all'*incompletezza* caratterizzante ognuna delle nullità in esame, può alternativamente farsi rinvio al disposto dell'art. 1421 ovvero, in quanto norma generale governante la classe delle nullità protettive, all'art. 36, c. 1 e 3, c. cons. Il che lascia subito intendere come, a seconda del *genus* qualificativo prescelto, di fronte all'interprete si parino due regimi normativi, tranne che per la rilevanza officiosa, foggianti in modo alquanto diverso.

Istintivamente si potrebbe far notare che, quando la P.A. è debitrice, la nullità, come si è visto, si lega alla circostanza che la clausola pattuita è direttamente *contra legem*: e già il fatto che l'invalidità prescinde dal medio di un abuso contrattuale, dovrebbe orientare l'interprete per una qualificazione che rimanda al combinato disposto degli artt. 1418 - 1421 c.c. La circostanza che l'art. 6, c. 5 del d.l. 35/2013, secondo una logica di reimpulso all'economia nazionale che è in diretta attuazione dell'art. 41 Cost., preveda l'*impignorabilità* e l'*insequestrabilità* delle somme destinate al pagamento dei debiti commerciali della P.A., dando così luogo ad vero e proprio *vincolo di destinazione* per queste risorse, depone evidentemente nello stesso senso.

Se non fosse che il discorso, onde evitare qualsiasi equivoco, merita un approfondimento argomentativo più denso.

<sup>41</sup> V. Cass. 29 agosto 2001, n. 11329, in *Rass. trib.*, 2002, p. 1325 ss.e, in special modo, la recentissima Cass. 8 febbraio 2013, n. 3064, nuovamente sull'invalidità della sola rinuncia preventiva.

Pregiudiziale infatti, siccome non se ne può fare una questione nominalistica, è chiarire che pure una nullità assoluta può venire comminata non per un vizio della fattispecie o del suo contenuto ma *per l'effetto* che l'atto produce. Nullità assolute, riconnesse ad uno scrutinio del contesto circostanziale che fa da corona al contratto ed all'accertamento dell'efficienza di questo «a produrre determinati effetti sulla base di un puntuale rapporto di causalità»<sup>42</sup>, si incontrano nel codice civile -gli artt. 2965 e 2698 c.c.- e *maxime* in quella normativa *antitrust* che -notoriamente- annovera una nullità irrogata per gli effetti anticoncorrenziali prodotti sul mercato da una certa intesa. Ora, è esatto che l'art. 2, c. 2 l. 287/1990 -vero e proprio caso eponimo- si iscrive nella cornice di un ordine pubblico economico di direzione, ma non è men vero che la tutela di un interesse generale *non* esclude che si abbia una coeva protezione dei soggetti «esposti alla sopraffazione di chi restringe la concorrenza»<sup>43</sup>.

Se così è, se cioè una *nullità assoluta per l'effetto* può rivelarsi obliquamente o per via riflessa di protezione, sembra plausibile un'iscrizione della disciplina sul ritardato pagamento nell'area delle normative che comminano una nullità assoluta<sup>44</sup>. L'obiettivo che, per il tramite di una sostituzione correttiva, il legislatore si ripromette di assicurare è infatti plurimo: sullo sfondo un interesse pubblico che imporrebbe la destinazione dei fondi ai bisogni della collettività territoriale di riferimento, in apice il buon andamento del mercato e la protezione dei professionisti, creditori pregiudicati da modalità di pagamento sproporzionatamente a vantaggio del debitore, al fine di frenare una prassi sia vulnerante la competitività delle PMI che distorsiva della concorrenza. In un contesto siffatto, una legittimazione allargata -facile da intuire- è meglio funzionale all'attuazione di uno scopo protettivo che la forma

<sup>42</sup> Così M. C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, p. 93.

<sup>43</sup> La notazione si legge in A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, in *Europa dir. priv.*, p. 79 (ma v. anche p. 87, 89 e 91). Ma v., in modo ancor più stringente, V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 s.

<sup>44</sup> Di «ovvie esigenze di ordine pubblico economico» discorre S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit. p. 638. Per una nullità a legittimazione relativa, *ante* novella, si erano invece con decisione pronunziati A.M. BENEDETTI, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 133 s. e A. LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, I, p. 153 ss.



di una legittimazione ristretta al singolo creditore, per la variabile che costui sia indotto a soprassedere all'abuso o ad una irregolarità in vista di una seppure incerta utilità futura, non è affatto da escludere potrebbe intorbidire<sup>45</sup>. Legittimazione allargata significa infatti una titolarità dell'azione per quei terzi –l'impresa subappaltatrice o che abbia fornito le materie prime ovvero il capitale necessario- che, in quanto a loro volta creditori di un pagamento, vantano un sicuro *interesse qualificato* ad una declaratoria di nullità scacciante un patto che non soltanto rende inadempiente il debitore abusato (o prevaricato) ma che altresì intacca –depauperandolo- quel patrimonio costituente la garanzia primaria del loro credito. Origina da qui, volendo riprendere il cenno fatto in precedenza, quella velatura di perplessità sull'accordo transattivo, stipulato per estinguere il rapporto obbligatorio pendente, quale causa di un possibile pregiudizio per i terzi, a motivo di un ridotto ammontare del credito *in concreto* corrisposto.

Più problematico, è vero, se ci si dovesse orientare per una nullità assoluta, sarà immaginare una sanabilità stante la (seppur controversa) regola generale di inconvincibilità del contratto o del patto nullo perentoriamente scritta nell'art. 1423 c.c.<sup>46</sup>. Un articolo, com'è notorio, che fa salvo il caso in cui la legge disponga diversamente. E tuttavia nessuna norma del d. lgs. 192/2012 risulta o si mostra orientata in tal senso, forse per quella traccia di interazione –tra l'interesse dell'abusato con l'interesse generale- che sembra normativamente disegnata nel senso di sottrarre alla disponibilità privata il viluppo dei vizi incidenti sulla regolarità delle operazioni di pagamento. L'art. 4, § 3 della direttiva 2011/7, con lo statuire che il contrasto al continuo ricorso a clausole e prassi abusive implica l'adozione di «mezzi efficaci ed idonei», selezionati «nell'interesse dei *creditori* e dei *concorrenti*», pare fornire un serio indizio di ciò.

<sup>45</sup> Non persuade, perciò, la notazione di chi –come M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. p. 110- volesse continuare a sostenere «la scarsa plausibilità di una legittimazione ad agire intestata a soggetti diversi dal creditore». Men che meno però convince chi, allo stato, ragiona di una nullità assoluta sulla scorta del rilievo secondo cui, se la legge avesse voluto una nullità protettiva lo avrebbe espressamente statuito (v. V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 155). Argomentare così significa infatti liquidare superficialmente una questione sulla quale la dottrina e la giurisprudenza più avvertite si esercitano senza posa da non meno di un decennio.

<sup>46</sup> Sull'argomento sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2008.

## 7. Il farraginoso coordinamento tra le discipline ed una singolare nota esplicativa del MEF.

Quarto quesito: ossia del coordinamento tra la normativa in oggetto e le discipline speciali dettate per alcune classi di rapporti. È vero infatti che, per tutto quanto non sia espressamente derogato, trova applicazione il d. lgs. 192/2012 in quanto disciplina generale. Ma i problemi, sebbene la regola sul primato della normativa più favorevole al creditore non sia stata modificata (art. 11, c. 2), fioccano: e, notoriamente, l'incertezza sul dato legislativo applicabile, in un contesto che sembra discutibilmente privilegiare il disallineamento dei termini di pagamento praticando eccezioni per settori ovvero per categorie di prodotti, frena la crescita alimentando il contenzioso giurisprudenziale.

A venire in rilievo, secondo i primi commentatori<sup>47</sup>, dovrebbero essere preliminarmente tre discipline: l'art. 3, c. 2 l. n. 192/1998 che, in difetto di accordi nazionali per settori e comparti specifici sottoscritti dai rappresentanti dei subfornitori e dei committenti, prevede un termine convenzionale di pagamento che non può eccedere i 60 giorni (dal momento della consegna del bene o dalla comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione); l'art. 62, c. 3 l. n. 27/2012 contemplante, nei contratti tra imprese aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli ed agroalimentari, un termine di pagamento di 30 giorni (per i prodotti deteriorabili) o di 60 (per tutti gli altri), con decorrenza dall'ultimo giorno del mese di ricezione della fattura; l'art. 83-*bis* della l. n. 133/2008, quanto ai contratti di trasporto merci su strada per conto terzi, che ammette un termine massimo di pagamento di 60 giorni, decorrenti dalla data di emissione della fattura. Questa, a sua volta, va poi emessa al massimo entro la fine del mese di prestazione del servizio.

E tuttavia, a seguito di una nota dell'ufficio legislativo del MEF sollecitata con riguardo all'applicazione dell'art. 62, c. 3 l. n. 27/2012<sup>48</sup>, l'interprete potrebbe essere indotto a credere che la cornice normativa di riferimento presenti dei tratti alquanto diversi.

<sup>47</sup> V., in special modo, V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 84 ss.

<sup>48</sup> La nota –del 26 marzo 2013- nasce da un quesito posto dal Direttore generale di Confindustria, fortemente critico sull'intelaiatura complessiva della l. 27/2012 quanto al rispetto dei termini di pagamento nelle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari.

Il d. lgs. 192/2012, viene fatto ivi notare, disciplina l'intera materia dei pagamenti nelle transazioni commerciali tra imprese, senza recare «eccezioni» o fare salve «eventuali norme speciali precedenti». Per conseguenza, in applicazione dell'art. 15 disp. prel. c.c., il suddetto provvedimento dovrebbe reputarsi come sovrapposto «alle precedenti eccezioni, determinando la tacita abrogazione della precedente disciplina speciale», da intendere così «integralmente sostituita dalla nuova normativa generale». Il che, se così fosse, spazzerebbe via molti dubbi interpretativi, semplificando al massimo una materia, come si è potuto vedere, fin troppo volatile. Senonché c'è da dubitare alquanto che le cose stiano davvero così.

*Nulla quaestio* sulla circostanza che il d. lgs. 192/2012, in quanto normativa di derivazione da una disciplina europea armonizzata, *prevalga* sulle disposizioni nazionali pregresse incompatibili. Queste infatti, anche a volerle ritenere ancora in vigore, per il principio di prevalenza gerarchica della normativa comunitaria, dovrebbero venire disapplicate «per contrasto con il sopravvenuto diritto europeo». Da qui però a sostenere che l'art. 62, c. 3 della l. 27/2012 «sia stato abrogato tacitamente ed oggi non [sia] più in vigore», il passo è tutt'altro che breve. Dal discorso non si può infatti preterire la circostanza che l'art. 12, § 3 della direttiva 2011/7 statuisce nitidamente la facoltà degli Stati membri di «mantenere in vigore o adottare disposizioni più favorevoli al creditore di quelle necessarie per conformarsi alla presente direttiva». Il che certifica inequivocabilmente come, almeno con riguardo a questo aspetto, la direttiva non sia di *armonizzazione massima*: e visto che l'art. 11 del d. lgs. 231/2002, ove sono fatte espressamente salve le disposizioni codicistiche e quelle delle leggi speciali contenenti una disciplina più favorevole per il creditore, non è stato novellato, ne discende che è il canone del *favor creditoris* a fungere da bussola orientativa, per l'interprete, *in subiecta materia*<sup>49</sup>. Sostenere questo,

<sup>49</sup> A tentare di mettere un po' di ordine, formulando un'indicazione interpretativa di segno esattamente opposto, ha provveduto una nota dell'Ufficio Legislativo Mipaaf (2 aprile 2013), secondo la quale «la fattispecie di cui all'art. 62 D.L. n. 1/2012, .... rientra in maniera compiuta nella deroga prevista e consentita dal legislatore sia nazionale che comunitario in ordine alla possibile presenza di strumenti maggiormente favorevoli a date particolari categorie di creditori a mezzo della predisposizione di meccanismi normativi caratterizzati da forme anch'esse particolari di tutela, che è quanto appunto legittimamente approntato dal legislatore nazionale con lo strumento di cui all'art. 62 del D.L. n. 1/2012». Quindi una nota che motiva sulla base di quanto, nel testo, si è cercato di evidenziare.

significa riconoscere che il canone del *favor creditoris vince* sul criterio della successione delle leggi nel tempo, estromettendo anche quel principio –che *quoad effectum* produrrebbe un risultato analogo– di specialità secondo cui *lex specialis derogat legi generali*. Ergo, la disapplicazione investe le sole disposizioni codicistiche e delle leggi speciali *meno favorevoli* al creditore e spesso potrà aversi una fattispecie disciplinata in modo combinato da *due* discipline.

Per inciso, a ragionare nel modo che propone la nota del MEF, dovrebbe poi, per un'elementare esigenza di consequenzialità logica, concludersi che l'abrogazione tacita ha investito anche quelle disposizioni codicistiche –artt. 1498, c. 2 e 1665, c. 5, rispettivamente per la compravendita e l'appalto privato<sup>50</sup>–disciplinanti in via dispositiva i termini di pagamento: quando invece queste sono da ritenere tuttora invocabili dal creditore ed azionabili dal giudice. Non dovrebbe andare diversamente, se è il *favor creditoris* a reggere la materia, per l'art. 62, c. 3 l. 27/2012, quanto al saggio d'interesse legale, maggiorato di due punti rispetto a quello previsto dall'art. 5 del d. lgs. 192/2012. Mentre, secondo lo schema di un'applicazione combinata, in quanto normativa più favorevole, è da credere che troverà un'applicazione generale l'art. 6 del d. lgs. 192/2012, quanto al risarcimento dei costi di recupero del credito.

Orbene, se questa è la cornice normativa di riferimento, per quanto sia proprio delle norme speciali incorporare delle deroghe in virtù del principio che meritano di venire trattate in modo eguale soltanto situazioni eguali, sembra plausibile doversi distinguere tra le seguenti fattispecie:

- a) nei rapporti di subfornitura, sulla premessa del *favor creditoris* che per l'appunto si legge nell'art. 11, c. 2, ove le parti nulla abbiano disposto, troverà applicazione l'art. 4, c. 2 della

Va detto, per la verità, che la nota del Mipaaf molto insiste anche su due altri argomenti: la specialità della l. 27/2012 e la sua qualificazione come normativa primaria di applicazione necessaria. E tuttavia entrambi i rilievi, in difetto dell'art. 12, § 3 dir. 2011/7, non riuscirebbero a vincere sull'argomento di una sopravvenuta abrogazione tacita. Per come il legislatore ha mostrato di volerla confezionare, la disciplina sui ritardi di pagamento è una normativa che si applica a *tutte* le transazioni commerciali tra professionisti: ed il *brocardo lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* non può che essere recessivo al cospetto di una direttiva di armonizzazione massima. Il fatto scriminante è che la direttiva 2011/7, quanto a questo aspetto, non la si può definire tale.

<sup>50</sup> Per una disamina di queste due disposizioni, iterativa di quanto prima si diceva prima della novella, si consulti V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. pp. 85 – 87.



disciplina novellata visto che il termine di pagamento ordinario è di 30 giorni. Viceversa, nel caso le parti abbiano indicato un termine diverso, potranno richiamarsi tanto l'art. 3, c. 2 della l. 192/1998 che l'art. 7, c. 1 del d. lgs. 192/2012: il primo, per il caso di un termine convenzionale eccedente i sessanta giorni, donde una nullità automatica per violazione di una norma inderogabile; il secondo, quando l'accordo derogatorio tra committente e subfornitore sia contenuto entro il termine massimo di 60 giorni ma risulti nella specie gravemente iniquo, che sottende una nullità incerta secondo le modalità valutative dell'art. 7, c. 2. Il che implica un combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, c. 2 c. c. che si trova perciò ad interpolare *correttivamente* due fattispecie nello stesso modo.

Va segnalata, per inciso, la circostanza che non sorgono particolari questioni quanto al saggio di interesse –aggiornato dal d. lgs. 192/2012– se non rispetto alla perdurante applicazione, in quanto normativa più favorevole al creditore, dell'art. 3, c. 3, ultimo capoverso, per il caso in cui il ritardo nel pagamento ecceda di trenta giorni il termine convenuto nel contratto di subfornitura, circa allora l'obbligo per il committente di corrispondere una ulteriore penale del 5% (dell'importo per cui non abbia rispettato i termini).

b) nei contratti relativi alla cessione di prodotti agricoli ed agroalimentari, il discorso è un po' più complesso e richiede una maggiore analiticità, dovendosi immaginare un trittico per cui:

*b*<sup>1</sup>, nel silenzio delle parti, si avrà un art. 4, c. 2 operante *in parte qua* (cioè per i prodotti non deteriorabili), in quanto norma più vantaggiosa per il pagamento del corrispettivo dovuto ai cessionari di siffatte merci; a seguire

*b*<sup>2</sup>, un'inderogabilità dell'art. 62, c. 3, che importa la nullità strutturale del patto provvisto di un termine convenzionale sopravanzante quello legale di 30 giorni per i cessionari di merci deteriorabili, l'altro di 60 viceversa per tutti gli altri cessionari. È vero che la direttiva 2011/7 legittima la sola eccezione di condizioni migliori e non peggiorative. Sicché, come si è fatto adombrare<sup>51</sup>, il termine legale di 60 giorni, *in quanto deteriore*, in apparenza penalizza i creditori del pagamento di merci non deperibili: ma ciò non esclude, *e di qui la compatibilità con l'eccezione della direttiva*, che si intenda quello dei sessanta giorni come un *termine legale massimo di pagamento*. Diversamente, ad immaginare come si vorrebbe un'incompatibilità o

l'illegittimità *tout court* dell'art. 62, c. 3 rispetto alla normativa europea<sup>52</sup>, si otterrebbe il doppio singolare risultato di *peggiorare* la condizione dei cessionari di prodotti deteriorabili (non più assistiti da una previsione inderogabile visto che l'art. 4, c. 2 è norma dispositiva) e di *penalizzarne* anche i cessionari di merci non deteriorabili (giacché, saltando un termine legale massimo di pagamento, troverebbe applicazione quell'art. 4, c. 3, 2 cpv. contemplante *termini convenzionali superiori a 60 giorni*). In ambedue i casi, un'applicazione *in toto* del d. lgs. 192/2012 avrebbe così degli effetti *in peius* per i creditori; per finire

*b*<sup>3</sup>, una nullità per l'effetto, ai sensi dell'art. 7, c. 1, che torna allorché l'accordo, quanto alla cessione di prodotti non deteriorabili, non ecceda i 60 giorni e ciò nondimeno risulti abusivo per il creditore;

c) nei contratti di trasporto merci su strada per conto terzi, si ripete invece lo schema della subfornitura anche in ragione del richiamo espresso che l'art. 83-*bis*, c. 12 e 13 fa al d. lgs. 231/2002. Un'applicazione separata troverà ovviamente, vista la sua maggiore vantaggiosità per il creditore, il c. 14, con riguardo alla sanzione pecuniaria, comminata al committente, per un importo pari al 10% della fattura e, comunque, non inferiore a 1000 €, contemplata in aggiunta agli interessi moratori dopo il 90 giorni di ritardo.

Come si può agevolmente notare, lo statuto unitario delle obbligazioni pecuniarie è attraversato, per il medio di queste discipline, da una *scomposizione derogatoria* per singole tipologie di transazioni commerciali. Anche questa non è una *novitas* di marginale rilievo, sebbene poi sia vero che la rigidità dei termini di pagamento sortisce come effetto che, almeno nel settore dell'agroalimentare, la grande distribuzione compensa il maggior costo delle singole operazioni economiche praticando condizioni contrattuali più gravose per le piccole e medie imprese della filiera alimentare. Il che dovrebbe indurre l'interprete a spostare l'attenzione sul fenomeno dello squilibrio normativo nei contratti tra imprese.

<sup>51</sup> V. Parere *pro – veritate*, reso –il 10 maggio 2013– dal Prof. Avv. Antonio Baldassarre, su richiesta della FIPE.

<sup>52</sup> È la tesi che si sostiene nel Parere *pro – veritate* reso alla FIPE: che infatti si conclude nel senso (discutibile) di un art. 63 non applicabile, per contrarietà al diritto europeo, secondo la giurisprudenza costante della Corte costituzionale.

## 8. Epilogo: di alcune (fra le molte) vischiosità della cessione *pro soluto* agli intermediari creditizi.

Una piccola aggiunta, a mo' di chiosa finale, sulla cessione *pro soluto*.

206 Come si diceva, l'art. 6 –comma 1- del d.l. 35/2013 dispone che il pagamento va effettuato con priorità per i crediti che non siano stati oggetto di cessione *pro soluto*: e, tra questi, viene poi statuito che il pagamento dovrà essere imputato al credito più antico, come risulta dalla fattura o da una equivalente richiesta di pagamento. Il richiamo che qui si volesse fare all'art. 1193 c.c. sarebbe, per altro, del tutto improprio: il principio cronologico nell'adempimento delle obbligazioni, donde se il creditore non dichiara quale debito intende vedere soddisfatto si ha un'iniziale preferenza per il più antico, attiene infatti al caso del debitore che ha sì più debiti della stessa specie ma nei riguardi del *medesimo creditore*.

Quale sia la *ratio* dell'art. 6 è, per altro, del tutto evidente: in un contesto che vedrebbe non l'impresa cedente, la quale seppure per un importo minore rispetto all'ammontare del credito ceduto ha comunque incassato il pagamento, quanto e piuttosto il cessionario agire per la riscossione, si è voluto *preferire* le imprese che non avessero ancora ceduto il proprio credito ad intermediari bancari o finanziari<sup>53</sup>. Costoro per altro, sulla premessa che il diritto agli interessi moratori non pagati passa al cessionario (perché i frutti scaduti che l'art. 1263, c. 3 riconosce al cedente sono gli interessi *convenzionali* maturati fino al giorno della cessione), si troverebbero naturalmente a beneficiare del trattamento premiale –un tasso di riferimento maggiorato di otto punti percentuali– che l'art. 5 riserva al creditore originario<sup>54</sup>. E tuttavia, se la *ratio* dell'art. 6 facilmente si comprende, non per questo vanno passate sotto silenzio le molte asperità che rendono farraginoso, *in subiecta materia*, l'operare dell'art. 1267 c.c. Se ne citano, qui, due.

Primo, lo spicchio dei crediti ceduti, per quanto corposo, nell'insieme risulta esiguo in quanto un'efficiente funzionalità della cessione postula la predisposizione di una provvista, ad opera della Cassa depositi e prestiti, utilizzabile dagli interme-

diari creditizi a copertura di operazioni *pro soluto* per crediti certificati ai sensi dell'art. 7 del d.l. 35/2013. La suddetta provvista avrebbe invero l'effetto, per la banca che abbia acquistato *pro soluto*, di accendere una nuova linea di credito nei riguardi della P.A. debitrice, senza incrementare la propria esposizione nei confronti dell'impresa cedente, consentendo altresì a questa di introdurre della liquidità aggiuntiva. Epperò una siffatta procedura, nella misura in cui i crediti vantati dal cessionario nei riguardi dell'ente debitore dovrebbero comunque venire garantiti dalla P.A., si traduce *in concreto* nell'emissione di titoli finanziari: il che va automaticamente ad incidere sul debito pubblico, calcolato secondo la definizione di Maastricht. Di qui il preferire la pratica di una cessione *pro solvendo* la quale, tuttavia, lascia intatta la natura commerciale del credito. Con tutto quello, naturalmente, che ne consegue.

Secondo, permane il dubbio che la cessione *pro soluto* impatti direttamente sui vincoli del Patto di Stabilità e finisca così per diventare un patto elusivo, nullo ai sensi degli artt. 31, c. 30 e 32, c. 26 della legge di Stabilità.

Gli è infatti che la cessione *pro solvendo* o *pro soluto* può avvenire solo dopo che, su istanza del creditore, l'Amministrazione Pubblica debitrice abbia certificato –art. 7, c. 1 e 2- che il relativo credito sia certo, liquido ed esigibile. Il che, però, può darsi sempre *nel rispetto delle previsioni normative vigenti in materia di patto di stabilità interno*. L'attività di certificazione si limita infatti a documentare la sussistenza del credito senza esplicitare una qualche altra valutazione sul merito dell'operazione. Di talché, se la cessione è disposta dall'impresa fornitrice del servizio od esecutrice dei lavori allo scopo di rendere possibile il pagamento della prestazione effettuata, non è affatto da escludere che, imputandosi gli oneri finanziari della cessione, l'ente debitore non incappi nella stipula di un negozio elusivo ex art. 1344 c.c. Ne scaturisce un quadro estremamente frastagliato rispetto al quale neanche la circolare n. 5/2012 della Ragioneria Generale dello Stato riesce a dettare, se si eccettuano certe fattispecie paradigmatiche di collegamento contrattuale<sup>55</sup>, un'*actio finium regundorum* di mas-

<sup>53</sup> Per inciso, ai sensi dell'art. 7, c. 8 del d.l. 35/2013, è fatto obbligo alle banche ed agli intermediari finanziari, per il tramite dell'ABI, di trasmettere al MEF l'elenco completo dei debiti certi, liquidi ed esigibili nei confronti delle P.A., maturati alla data del 31 dicembre 2012, che siano oggetto di cessione in loro favore, distinguendo tra cessioni *pro soluto* e *pro solvendo*.

<sup>54</sup> Di «rilevanti interessi moratori» discorre Corte dei conti, sez. Contr. Toscana, parere 29 gennaio 2013, n. 4.

<sup>55</sup> Si pensi ad una cessione a titolo oneroso di patrimonio comunale ad una società partecipata, con un mutuo poi contratto dalla stessa per corrispondere il prezzo della vendita. Tramite questa operazione trilaterale l'ente pubblico ottiene il doppio risultato utile di conseguire un finanziamento non classificabile tecnicamente alla stregua di un indebitamento e di riversare il debito sulla partecipata. Solitamente però accade che sia proprio l'ente pubblico debitore a garantire l'indebitamento della partecipata mediante fideiussione o lettera di patronage ovvero a



sima. Il che, dovendosi rimettere il tutto ad una valutazione caso per caso, alimenta una situazione di vischiosa incertezza quanto al *se* contrarre.

Rimane un fatto: ai sensi dell'art. 8, c. 1 d.l. 35/2013, la cessione dei crediti –certi, liquidi ed esigibili- nei confronti delle amministrazioni pubbliche, per somministrazioni, forniture ed appalti, va esente da imposte, tasse e diritti di qualsiasi tipo<sup>56</sup>. Il successivo art. 9 aggiunge un nuovo art. 28-*quinqies* al D.P.R. n. 602/1973, riconoscendo la compensabilità di questi crediti –debitamente certificati- con le somme dovute in varie fasi del procedimento tributario. Che allora, dopo una prima distinzione tra obbligazioni pecuniarie comuni ed obbligazioni pecuniarie rette dal d. lgs. 192/2012, debba adesso procedersi a riconoscere un'ulteriore sottodivisione, cioè i debiti pecuniari della P.A. per somministrazioni, forniture ed appalti?

---

corrispondere periodicamente le rate del mutuo contratto da questa sotto forma di erogazione di contributo in favore della partecipata.

<sup>56</sup> Eccetto l'IVA.