

Emergenza e ritardo nei pagamenti: la proposta di un possibile percorso argomentativo

1. L'art. 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, c.d. "Cura Italia", convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, contiene una disposizione dai contenuti piuttosto imprecisati: tanto evidente è la sua vaghezza quanto potenzialmente impattante la portata sistematica.

Mi riferisco in specie al comma 6-bis di quell'articolo, il cui testo recita: «*il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato* ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della *responsabilità del debitore*, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Non è sull'aspetto specifico delle «decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti» che vorrei qui soffermarmi.

Invece, il tema che intendo porre al centro – tema che rimane sfumato se si guarda al tenore della disposizione – è quello generale della responsabilità da inadempimento, di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c.; in particolare, qui mi chiedo se, ed eventualmente come, quel comma 6-bis dell'art. 3 del "Cura Italia" possa trovare applicazione precisamente in tema di ritardo nell'adempimento di *prestazioni pecuniarie*.

Il terreno è delicatissimo e alquanto rilevante nella prassi.

Mi limiterò a proporre un'ipotesi argomentativa, con riflessioni piuttosto stringate e affacciate "in prima lettura".

2. Appare chiaro che la norma del "Cura Italia", per come è composta, è prioritariamente orientata al debitore di prestazioni non pecuniarie (le cui attività siano quelle *direttamente* vietate per effetto del c.d. *lockdown*).

In prima battuta, verrebbe allora da dire che non v'è spazio per trarne conseguenze con riguardo alle prestazioni di denaro: in effetti, quando venga in rilievo una responsabilità da inesatto adempimento di prestazione pecuniaria, si è soliti invocare un principio generale di illimitata responsabilità.

In sostanza, l'impotenza finanziaria del debitore resta sempre e comunque irrilevante, quale che ne sia la ragione.

Il principio di incondizionata responsabilità del debitore per un debito di denaro è da valutarsi avendo riguardo alle specificità della struttura giuridico-economica di questo tipo di debito: in estrema sintesi, per un verso è da tenere in conto il pilastro dell'articolo 2740 c.c. («il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti futuri»), e, per altro verso, occorre ricordare che il debito di denaro partecipa della disciplina delle obbligazioni di genere, in relazione alle quali vale l'antica regola *genus numquam perit*; ciò vale pur con tutti i *caveat* e i temperamenti che questa affermazione meriterebbe: per esempio, taluno in dottrina preferisce invece parlare di principio di indistruttibilità del denaro, ma poco cambia ai fini di quel che intendo ora dire.

Tenendo ferme queste premesse, potrebbero semmai sottrarsi alla regola generale casi alquanto marginali, nei quali *il comportamento stesso del pagare* sia concretamente impedito dalle misure di contenimento: s'immagini il caso di un soggetto che intenda effettuare un pagamento, ma che si trovi senza sua colpa temporaneamente sprovvisto della connessione web per effettuare un bonifico tramite *home banking*, sicché – accettando il presupposto che non vi siano altri modi per provvedere al pagamento a causa delle misure di contenimento – si trovi costretto a provvedervi in ritardo.

In questo caso, il problema dipenderebbe dalle modalità dell'adempimento.

3. È davvero, quella appena descritta, l'unica categoria di ipotesi entro cui assume un senso, di fronte al non tempestivo adempimento di un'obbligazione pecuniaria, la necessità imposta dal decreto "Cura Italia" di tenere conto delle misure di contenimento?

Davvero non vi sono altri spazi per sostenere, in forza di questa nuova norma, la scusabilità del ritardo nell'adempimento di un debito pecuniario, in specie agli effetti del decorrere degli interessi moratori? Appare chiaro che il problema, da molti punti di vista, finisce per toccarsi e quasi fare tutt'uno con quello di cosa si intenda per *factum principis* e per causa di forza maggiore: temi di cui molto si è parlato in queste drammatiche settimane.

Però occorre tenere conto che il richiamo a queste figure fonderebbe un'estinzione dell'obbligazione per impossibilità: qui, invece, lungi dall'evocare un'estinzione dell'obbligazione, mi propongo di valutare gli effetti di un ritardo nell'adempimento.

4. Al di là dei casi in cui venga in rilievo un problema legato alla modalità dell'adempimento, assai più numerose sono le ipotesi in cui «il rispetto delle misure di contenimento» di cui al decreto "Cura Italia" assumerebbe un significato in connessione – per così dire – con il *contesto generale* di "blocco".

Dunque, non si tratterebbe di un divieto che incide sulla prestazione oggetto dell'obbligazione, ma più in generale di un problema di maggiore o minore "difficoltà" dell'adempimento: come a dire che il problema è quello di una sopravvenienza, che qui osservo sotto il profilo dell'obbligazione pecuniaria (giacché, se la valutassi in relazione al contratto a prestazioni corrispettive, il discorso assumerebbe profili differenti, *in primis* alla luce dell'art. 1467 c.c.).

Si possono fare due esempi che presentano un differente grado di intensità quanto proprio alla connessione tra il debito di denaro e il contesto generale di "blocco".

Si pensi al caso dell'impresa X che abbia acquistato da Y un macchinario molto costoso nel mese di gennaio, con l'accordo di pagarne il prezzo entro il 10 aprile (o comunque in altra data che si collochi nel periodo di vigenza delle misure di contenimento); si ipotizzi poi che, per procurarsi la liquidità necessaria per pagare il macchinario, l'impresa X avesse in programma di vendere un capannone di sua proprietà; inoltre, si presupponga che X avesse trovato l'acquirente Z già nel mese di febbraio e si fosse accordata con Z nel senso di concludere la compravendita entro il 31 marzo: in questo modo X avrebbe ottenuto la liquidità necessaria per pagare tempestivamente il prezzo del macchinario. Il piano originario risulta però sconvolto dall'emergenza sanitaria: posto che le misure di contenimento impediscono gli spostamenti, è venuta meno la possibilità concreta di addivenire alla conclusione della compravendita davanti al notaio, sicché l'atto è rinviato al termine dell'emergenza; soltanto in quel momento X incasserà da Z la liquidità necessaria per pagare Y.

Si ponga mente poi, in termini ancora più larghi, a tutti i casi in cui si verifichi un blocco temporaneo di liquidità per interruzione di un flusso di cassa.

Per esempio, il decreto blocca la produzione di X, che è una grande casa automobilistica; accade che a Y, che fornisce pellami per i sedili a X, viene improvvisamente a mancare liquidità: Y può sperare che un suo ritardo di pagamento nei confronti di Z, che gli ha già fornito la materia prima con pagamento a 60 giorni (venuti a scadere nel bel mezzo del *lockdown* in cui X ha fermato la produzione e quindi gli acquisti), non generi le conseguenze della mora?

In ciascuno di questi casi, il nodo è rappresentato non già dall'estinzione dell'obbligazione.

Nessuno infatti dubita che quell'obbligazione debba essere adempiuta, e nessuno mette in discussione la sua integrità "quantitativa".

Invece, è da vedere se in presenza di un (contenuto) ritardo di pagamento, si possa evitare di ingenerare gli effetti della mora (automatica): pensiamo, *in primis*, al pagamento degli interessi.

Come accennavo poco fa, in questo argomentare è doveroso mantenersi un passo a monte rispetto ai macro-temi rappresentati dal *factum principis* e dalla forza maggiore.

Più precisamente mi chiedo quindi se, prima ancora di entrare nel merito dell'argomento ben più spinoso che si lega a *factum principis* e forza maggiore e che conduce *tout court* all'esito di un'estinzione dell'obbligazione, al debitore residui qualche spazio per sottrarsi a una responsabilità

conseguente al ritardo dell'adempimento pecuniario, esclusivamente sulla base di una valorizzazione della sua diligenza.

Da diversa prospettiva, si può dire che il tema è quello – antico e nobile – della colpa in relazione all'adempimento, specificamente quando l'obbligazione sia pecuniaria.

5. Conviene adesso spostare l'attenzione sul decreto legislativo 231 del 2002, in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Quella disciplina, che aveva a monte la direttiva 2000/35 (poi ridefinita a seguito della direttiva 2011/7), prevede all'art. 4 che la decorrenza degli interessi moratori scatti in via automatica dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento.

È da tener presente la regola riguardante la scadenza del termine, la quale produce immediatamente la messa in mora del debitore: in via di sintesi, si può dire che il sistema preveda la necessità che il contraente debitore della somma abbia ricevuto il bene o servizio contemplato in contratto e che il creditore abbia emesso e consegnato al debitore la relativa fattura. Quindi il debito viene a scadenza dopo 30 giorni da quando sia verificato il secondo di tali requisiti: perciò, se era già stata ricevuta la fattura, dalla ricezione della merce dalla prestazione di servizio; oppure, nel caso in cui l'ordine fosse invertito, dalla ricezione della fattura.

Ci collochiamo, com'è chiaro, nell'ambito dei rapporti c.d. B2B: e infatti proprio a questo tipo di rapporti credo debba riferirsi il ragionamento che segue.

Si tratta di un ragionamento che va sviluppato in parte “sottotraccia”: e con ciò intendo dire che occorre risalire alla direttiva a monte di quel decreto attuativo, perché la fonte europea faceva esplicito riferimento a un criterio di responsabilità per «ritardo imputabile»: precisamente, l'art. 3, lett. c) prevedeva che «il creditore ha diritto agli interessi di mora se: i) ha adempiuto agli obblighi contrattuali e i legge; e ii) non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto, a meno che il ritardo non sia imputabile al debitore».

Fu, invece, soltanto in sede di recepimento della direttiva che il legislatore italiano stabilì in decreto, con leggero ma decisivo scostamento, che «la responsabilità debitoria è esclusa in caso di impossibilità della prestazione derivante da causa a lui [debitore] non imputabile».

La faccenda è sottile, in larga parte di interpretazione, e si gioca sulla riferibilità dell'aggettivo (non) «imputabile» alla causa anziché direttamente al ritardo.

In termini più chiari, il legislatore nazionale intese ridisegnare la norma europea adattandola al principio dell'illimitata responsabilità patrimoniale del debitore di prestazione pecuniaria; il recepimento “in fotocopia” della norma europea, viceversa, avrebbe lasciato lo spazio per una causa di giustificazione del non tempestivo adempimento che fosse da vedersi in relazione a impedimenti collegabili soggettivamente al debitore.

Invece, tenendo a mente l'impianto generale del nostro sistema (dunque *in primis* l'art. 1218 c.c.), il legislatore nazionale parve lasciar margini esclusivamente per un rilievo dell'impossibilità della prestazione obiettivamente considerata.

6. Mi pare chiaro, a questo punto, quale possa essere il dubbio.

Se in sede di recepimento della direttiva sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali una valutazione su ogni profilo soggettivo – in generale di negligenza, imperizia o imprudenza - con riguardo all'intempestivo adempimento della prestazione pecuniaria sembrò essere lasciata fuori dalla porta, non sarà che oggi quella stessa valutazione venga rimessa in gioco per effetto del recente decreto “Cura Italia”, tanto più in forza di un recupero del significante e del significato originario della direttiva?

Lo scenario che verrebbe ad aprirsi appare grosso modo il seguente.

i) Merita di restare ben saldo, in punto di partenza, il principio in base al quale l'impotenza finanziaria è irrilevante a cospetto di un inadempimento di prestazione pecuniaria: la difficoltà di adempiere non può mai essere *ex se* una scusante.

ii) Il profilo soggettivo collegato alla difficoltà dell'adempire potrebbe venire ad assumere un rilievo in connessione con le ragioni di difficoltà di adempire, anche solo di contesto, che possono trovare base nella recente emergenza sanitaria. Qui fanno scuola i casi già conosciuti dalla giurisprudenza, tutti tendenzialmente collegati al ruolo di un soggetto terzo in fase di adempimento, come tipicamente avviene nell'ipotesi di una banca: così quando si verifichi un temporaneo disservizio.

iii) Può vedersi un collegamento tra il recente decreto "Cura Italia" e i ragionamenti rimasti – per così dire – impliciti, sotterranei e infine "depotenziati" nella normativa di recepimento sul ritardo di pagamenti nelle transazioni commerciali: l'utilità che può scaturire da questo collegamento concettuale si ravvisa oggi sul piano interpretativo.

A margine, va ribadito che quel "depotenziamento" deriva proprio dalla scelta che fu fatta dal legislatore italiano in sede di recepimento di "normalizzare" le aperture che invece erano state previste dalla direttiva.

Più in concreto, quale proposta interpretativa si può dunque avanzare?

Si potrebbe sostenere che, ogniqualvolta s'imponga una valutazione in ordine al *non tempestivo adempimento di una prestazione pecuniaria*, sia introdotto un giudizio sullo *sforzo di diligenza del debitore*; inoltre, si renderebbe necessaria una valutazione sul *contesto generale delle circostanze*, sulla maggiore o minore difficoltà ad adempire.

In definitiva, si aprirebbe lo spazio per un *giudizio di buona fede* che farebbe operare, come prima mai si era pensato che accadesse, *l'art. 1175 c.c. in relazione all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie*.

Precisamente, lo sforzo da valutare alla stregua dell'art. 1175 c.c. sarebbe quello messo in campo da parte del debitore di *realizzare l'adempimento nel modo più tempestivo*.

In altri termini, ritengo ci sia spazio per pensare, per effetto dell'accenno contenuto nel decreto "Cura Italia", a una sorta di "reviviscenza" del testo originario della direttiva, e in generale della sua filosofia di fondo: ciò non in assoluto e in generale, bensì *in relazione a questa specifica emergenza e per il tempo di validità del decreto "Cura Italia"*.

7. All'interno di questa valutazione più ampia della relazione obbligatoria avente per contenuto una prestazione pecuniaria, credo che una particolare attenzione debba essere appuntata almeno su altri due parametri normativi che assumono attinenza in relazione al tempo e alla possibilità di adempire: tempo e potere, per così dire, da intendersi come paradigmi fondamentali della responsabilità per inadempimento.

In relazione al primo profilo, ossia quello del tempo, merita di essere richiamato l'articolo 1186 c.c., il quale – come noto – prevede: «quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse».

Alla luce di quanto ho appena osservato, credo che la norma appena citata possa ritenersi disinnescata a vantaggio del debitore tutte le volte in cui la difficoltà ad adempire da parte del debitore trovi base nell'emergenza sanitaria: in altri termini, il creditore che pretendesse immediatamente la prestazione invocando l'art. 1186 c.c. incontrerebbe una fondata eccezione interposta dal debitore proprio in considerazione dei ragionamenti sopra sviluppati; più tecnicamente, sempre sul presupposto che si accetti l'idea di un'operatività dell'art. 1175 c.c. dentro l'obbligazione pecuniaria, sarebbe dal debitore opponibile un'eccezione di dolo.

L'altro profilo cui dianzi facevo cenno, quello collegato alla possibilità dell'adempimento, suggerisce di portare l'attenzione sull'articolo 1256 c.c., in specie sul suo secondo comma: «se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla».

Fermo restando che, riferendosi alla "possibilità di adempimento" la norma si riferisce alla prestazione non pecuniaria, vale in proposito lo stesso ragionamento di fondo: le premesse sopra

ipotizzate precluderebbero una valutazione, per così dire, “egoistica” dell’interesse del creditore, nella quale non sia tenuto in conto il contesto generale di difficoltà ad adempiere e, quindi, di diligenza del debitore nell’adempimento.

8. La conclusione di questi ragionamenti potrebbe allora essere nel senso di una valutazione assai più complessa e articolata dell’obbligazione pecuniaria, nonché in specie delle ipotesi di ritardo nell’adempimento.

Merita di essere condotta una lettura della normativa sul ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali (con ampia e forte valorizzazione della direttiva a monte) in combinazione con il recente decreto “Cura Italia”; più esattamente, sarebbe dapprima da valorizzarsi la *ratio* espressa nella direttiva in sede di lettura della normativa di recepimento e, quindi, si aprirebbe la strada per un’interpretazione in combinato disposto di quest’ultima con il recente decreto.

L’argomentazione qui abbozzata potrebbe lasciare aperta la porta, da un punto di vista economico-fattuale, a moderate dilazioni di pagamento gestite – per così dire – non in territorio di mora, nonché presidiate da un principio di buona fede ex art. 1175 c.c., il quale di regola rimane estraneo alle vicende dell’obbligazione pecuniaria.

Certo, ne risulterebbe un leggero spostamento della linea del rischio a svantaggio dei creditori, però senza che mai sia messo in discussione il principio dell’illimitata responsabilità patrimoniale del debitore di denaro (in concreto, l’obbligazione resterebbe indiscussa quanto alla sua “possibilità”, né se ne metterebbe in discussione l’entità monetaria): ciò consentirebbe di attribuire veste giuridica all’esigenza, quantomai sentita in questo momento, di evitare contenziosi su larga scala innescati da creditori pecuniari troppo intransigenti.

Gli scenari che a questo punto potrebbero aprirsi sono di breve termine – se ottimisticamente breve può considerarsi il tempo dell’emergenza – ma anche, forse, di più lungo termine se questa spinta interpretativa dovesse trovare, pur tra le molte cautele necessarie, un certo qual riscontro.