

Nino Longobardi

I PAGAMENTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI. LO STATO DEBITORE FRA DIRITTO COMUNE E DIRITTO SPECIALE*

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il crescendo degli interventi normativi di privilegio a favore dello «Stato debitore». - 3. Le obbligazioni pecuniarie delle pubbliche amministrazioni. La tesi della specialità e la riconduzione al diritto comune. - 4. La giurisprudenza costituzionale e la sentenza n. 186 del 2013. - 5. Il diritto europeo e l'applicazione delle direttive sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. - 6. Conclusioni.

1. PREMESSA

A partire dagli anni '90 del secolo scorso con una serie di provvedimenti legislativi sono stati introdotti deroghe e privilegi a favore delle pubbliche amministrazioni in tema di adempimento di obbligazioni pecuniarie (artt. 1277 ss. c.c.). Sono queste le obbligazioni più rilevanti nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni, in particolare, tra le imprese e le pubbliche amministrazioni, considerata l'ingente quantità di somme di denaro che la pubblica amministrazione è tenuta ad erogare in base a norme di legge o a propri atti, siano essi provvedimenti o atti negoziali. Tra questi interventi normativi si segnalano particolarmente quelli relativi ai limiti alle azioni esecutive nei confronti di pubbliche amministrazioni (aziende sanitarie, regioni, enti locali ed anche amministrazioni statali). A seguito della crisi finanziaria ed economica a

* Questo scritto costituisce rielaborazione della relazione svolta al seminario su «Discipline di privilegio dello Stato debitore e tutela dei diritti economici» nel quadro del IX Congresso giuridico-forense di aggiornamento professionale, svoltosi a Roma il 20-22 marzo 2014.

livello globale e dei suoi effetti nel nostro Paese sono aumentate l'ampiezza e l'intensità delle limitazioni e preclusioni normative alle azioni esecutive dei creditori nei confronti di pubbliche amministrazioni, fino al blocco totale di esse. A questo crescendo ha imposto solo di recente una decisa battuta d'arresto la Corte costituzionale con la sentenza 12 luglio 2013, n. 186.

Dopo aver commentato gli interventi normativi, mi soffermerò sulle conseguenze di ordine sistematico da essi innescate rispetto al percorso, invero non proprio lineare, di riconduzione al diritto comune delle obbligazioni delle pubbliche amministrazioni. Tornerò poi sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in argomento e sottolineerò il ruolo decisivo del diritto europeo prima di trarre rapide conclusioni.

2. IL CRESCENDO DEGLI INTERVENTI NORMATIVI DI PRIVILEGIO A FAVORE DELLO «STATO DEBITORE»

Per salvaguardare i conti pubblici le norme emanate non hanno solo impedito l'assunzione di nuovi impegni di spesa, ma hanno anche bloccato i pagamenti delle pubbliche amministrazioni che avevano le disponibilità per effettuarli. È questo l'effetto prodotto dal c.d. patto di stabilità interno introdotto in Italia fin dal 1999 ed imposto ad amministrazioni ed enti locali al fine del rispetto dei limiti europei alle finanze pubbliche nazionali.

I condizionamenti europei lasciavano ampia libertà agli Stati quanto alle modalità di raggiungimento degli obiettivi europei (oggi meno, essendo divenuti più stringenti dopo il Trattato sul c.d. *fiscal compact* del 2012). Ebbene, la scelta del legislatore italiano è stata quella di privilegiare una rigida applicazione dei vincoli europei rispetto al (anzi, a scapito del) tempestivo pagamento dei creditori delle pubbliche amministrazioni, benché quest'ultimo obiettivo sia imposto, come si vedrà, dal diritto europeo.

Vi è poi la procedura relativa al dissesto finanziario degli enti locali disciplinata dal TUEL (D.Lgs. n. 267 del 2010). Disposta la procedura, i debiti dell'ente vengono cristallizzati, le procedure esecutive in corso si estinguono e non è possibile intraprendere o proseguire azioni esecutive nei confronti dell'ente. È vero che ciò avviene ad esempio anche in caso di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi; quindi, la procedura si giustifica su un piano generale, essendo anche diretta a garantire la *par*

condicio dei creditori. Senonché, degli strumenti della procedura di dissesto, in particolare del blocco dei pagamenti, è stata poi decisa l'applicabilità anche in mancanza della dichiarazione del dissesto e dell'accertamento dei relativi presupposti (art. 78, D.L. n. 112 del 2008 per il Comune di Roma).

Una particolare considerazione meritano le norme che hanno previsto modalità speciali per l'esecuzione nei confronti dei beni di pubbliche amministrazioni e, soprattutto, limiti e preclusioni alle azioni esecutive.

Le azioni esecutive nei confronti delle amministrazioni pubbliche - ai sensi dell'art. 14, D.L. 31 dicembre 1996 e successive modifiche - non sono esercitabili prima di 120 giorni dalla notifica (per la quale vigono particolari modalità) dei provvedimenti giudiziari che impongono il pagamento di somme di denaro. Secondo la Corte costituzionale non vi è contrasto con la Costituzione: la norma contempererebbe in modo ragionevole l'interesse del singolo alla realizzazione del suo diritto con quello generale ad una ordinata gestione delle risorse pubbliche (sent. n. 142 del 1998).

Una norma introdotta nel 1984 era già intervenuta a stabilire che per gli enti sottoposti al regime di Tesoreria unica l'esecuzione può avvenire solo nei confronti del tesoriere dell'ente e non presso la tesoreria statale.

Ben più rilevanti sono le molteplici disposizioni che hanno limitato o precluso l'esecuzione forzata sulle somme di regioni, enti locali, aziende sanitarie locali e amministrazioni statali.

La materia è molto sensibile in quanto il principio della responsabilità patrimoniale posto dall'art. 2740 c.c., secondo cui il debitore «risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri», salve le limitazioni di legge (la legislazione in alcuni casi prevede anche la non pignorabilità di beni dei privati), non trova applicazione nei confronti delle amministrazioni per gran parte dei beni di esse.

Si tratta, come è noto, dei beni c.d. demaniali, a necessaria appartenenza pubblica, e dei beni c.d. indisponibili, che risultano destinati a funzioni o servizi pubblici. La regola generale è per essi l'incommerciabilità. Alla stregua di essa, i beni stessi non possono essere oggetto di ipoteca, pegno, sequestro conservativo e sono sottratti alla procedura di esecuzione forzata (c.d. impignorabilità). Ciò non vale per i beni di carattere privato delle amministrazioni (c.d. patrimoniali disponibili), che quindi possono essere oggetto anche di esecuzione forzata, ma sono pochi.

Analogamente, le somme di denaro presenti nelle casse degli enti pubblici ed i crediti monetari degli enti stessi non sono pignorabili ove siano stati oggetto di specifica destinazione da parte degli enti. Non è però sufficiente la mera iscrizione in bilancio delle spese relative¹.

Al riguardo, è intervenuta a limitare ulteriormente la responsabilità patrimoniale una serie di norme, a partire dall'art. 11, D.L. n. 8 del 1993, che ha sottratto all'esecuzione forzata «le somme dei comuni, delle province e delle comunità montane destinate al pagamento delle retribuzioni del personale dipendente e dei conseguenti oneri previdenziali per i tre mesi successivi», nonché le somme destinate all'espletamento di servizi locali definiti «indispensabili» con decreto ministeriale.

In sede di conversione del decreto legge, il novero degli enti destinatari della norma è stato ampliato a regioni e consorzi tra enti locali e si è aggiunto che la sottrazione all'esecuzione forzata opera «a condizione che la giunta, con deliberazione da adottarsi per ogni trimestre, quantifichi preventivamente gli importi delle somme innanzi destinate e che dall'adozione della predetta delibera la giunta non emetta mandati a titoli diversi da quelli vincolati, se non seguendo l'ordine cronologico delle fatture così come pervenute per il pagamento o, se non soggette a fattura, della data di deliberazione di impegno da parte dell'ente» (Legge n. 68 del 1993).

La disposizione è da ritenere incostituzionale in quanto consente all'ente pubblico, attraverso una mera previsione di spesa, che non costituisce impegno in senso tecnico, di sottrarre le somme di denaro presenti nelle sue casse alla procedura di esecuzione forzata. La distinzione tra impegno di spesa e mera previsione di spesa è pacifica in giurisprudenza, essendo il primo «l'atto con il quale il competente organo amministrativo imprime una specifica destinazione alla somma già stanziata per generiche finalità pubbliche», costituendo quest'ultimo stanziamento, invece, una mera previsione di spesa². Così come è pacifico, lo si è visto, il principio secondo cui la mera previsione di spesa, ancorché iscritta in bilancio, non vale a sottrarre le somme relative all'esecuzione forzata.

¹ V. ad es. Cass. 10 luglio 1986, n. 4496.

² Così, Cons. Stato, sez. IV, n. 1013/1980; v. anche G.G.A. n. 5/1987.

Non valgono a mio avviso a salvare la normativa dall'incostituzionalità i vincoli introdotti in sede di conversione con riguardo all'ordine cronologico delle fatture e delle date di deliberazione degli impegni da osservare. Si tratta, infatti, di vincoli insufficienti e macchinosi, scarsamente effettivi in mancanza di un sistema di registrazione delle fatture (che solo ora si progetta di adottare). Non di meno, questi vincoli sono stati maltollerati dalle amministrazioni, più volte eliminati dal legislatore in contrasto con la giurisprudenza costituzionale e reintrodotti da sentenze della Corte costituzionale.

È da ritenere che la normativa appena descritta - rompendo un sicuro e necessario argine all'irresponsabilità delle amministrazioni - abbia innescato un crescendo dagli aspetti anche paradossali che la Consulta avrebbe potuto scongiurare assumendo fin dall'inizio un più rigoroso orientamento.

Nello stesso giorno del D.L. n. 8 del 1993 (18 gennaio) veniva adottato il D.L. n. 9 del 1993, il cui art. 1, comma 5 disponeva: «Le somme dovute a qualsiasi titolo dalle unità sanitarie locali e dagli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico non sono sottoposte ad esecuzione forzata nei limiti degli importi corrispondenti agli stipendi e alle competenze comunque spettanti al personale dipendente o convenzionato, nonché nella misura dei fondi a destinazione vincolata essenziali ai fini dell'erogazione dei servizi sanitari definiti con decreto del Ministro della sanità, di concerto con il Ministro del tesoro, da emanare entro due mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Nemmeno in sede di conversione di questo decreto con legge n. 67 del 1993 venivano previsti i vincoli stabiliti per regioni ed enti locali. Con sentenza n. 285 del 1995 la Corte costituzionale dichiarava l'incostituzionalità del citato art. 1, comma 5 nella parte in cui «non prevede la condizione che l'organo di amministrazione dell'unità sanitaria locale, con deliberazione da adottare per ogni trimestre, quantifichi preventivamente gli importi delle somme innanzi destinate e che dall'adozione della predetta delibera non siano emessi mandati a titoli diversi da quelli vincolati, se non seguendo l'ordine cronologico delle fatture così come pervenute per il pagamento o, se non è prescritta fattura, dalla data della deliberazione di impegno da parte dell'ente». Rilevata l'ingiustificata disparità di trattamento, in senso deteriore, dei creditori delle unità sanitarie locali rispetto ai creditori degli enti locali, la Corte allineava sul punto

la disciplina delle unità sanitarie locali a quella degli enti locali, assegnando a quest'ultima disciplina, sia pure indirettamente, un crisma (non meritato) di legittimità costituzionale.

Senonché, l'art. 113, D.Lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 (Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali) aveva appena eliminato gli insufficienti vincoli di cui si discorre, che, reintrodotti nuovamente per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 69 del 1998, sono stati nuovamente eliminati dall'art. 159, commi 2, 3 e 4, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) ed ulteriormente reintrodotti dalla Consulta, a seguito di parziale dichiarazione di incostituzionalità di queste disposizioni con sentenza n. 211 del 2003!

Altre norme dei primi anni '90 del secolo scorso hanno stabilito l'inespropriabilità delle somme stanziare per certi capitoli di spesa o per l'intero bilancio di un ente (Legge n. 483 del 1993 per il conto di tesoreria del Tesoro presso la Banca d'Italia; legge n. 460 del 1994 in ordine ai pignoramenti sulle contabilità speciali delle prefetture, delle direzioni delle Forze Armate e della Guardia di Finanza; D.L. n. 1 del 1995 relativo al fondo di ammortamento del debito pubblico, decaduto, ma i cui effetti sono stati fatti salvi dalla Legge n. 4110 del 1996; D.L. n. 488 del 1995 (decaduto) relativo ai fondi assegnati all'ANAS).

L'*escalation* più recente è costituita dal blocco delle azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali e di altri enti pubblici sanitari disposto dall'art. 25, comma 2, Legge regionale Campania n. 1 del 2009 per la durata dell'accordo previsto dall'art. 1, comma 180 della Finanziaria del 2005 (norma dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza n. 123 del 2010); da analogo blocco delle azioni esecutive stabilito, questa volta in generale, dalla legge finanziaria del 2010, inizialmente per un anno, ma ridotto poi a due mesi con successivo intervento legislativo; infine e soprattutto, dall'art. 1, comma 51 della Legge 13 dicembre 2010, n. 220 (Legge finanziaria e di stabilità per il 2011), come modificato dall'art. 17, comma 4, lett. e), D.L. n. 98 del 2011, convertito con modificazioni dalla Legge n. 111 del 2011. È quest'ultima la disposizione che la Corte costituzionale, con l'importante sentenza n. 186 del 2013, ha dichiarato incostituzionale, sia nella versione iniziale portata alla sua attenzione che in quella modificata dal d.l. n. 158 del 2012, convertito con modificazioni dalla Legge n. 189 del 2012.

La disposizione inizialmente prevedeva che con riguardo alle regioni «già sottoposte ai piani di rientro sanitari [...] e già commissariate alla data d'entrata in vigore della presente legge, non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali e ospedaliere delle regioni medesime, fino al 31 dicembre 2012» e che i pignoramenti e le prenotazioni a debito effettuati prima della data di entrata in vigore del decreto legge n. 78 del 2010 non producono effetti fino al 31 dicembre 2012. La versione modificata della disposizione, come rilevato dalla Corte costituzionale, estremizzava (con ulteriore crescendo) i contenenti normativi iniziali. Infatti, alla già disposta «sola inefficacia dei pignoramenti e delle prenotazioni a debito nel corso delle procedure esecutive in questione e la assenza di vincoli sui beni bloccati» subentrava, in base al dettato legislativo modificativo, «direttamente la loro estinzione e l'obbligo dei tesoreri degli enti sanitari di porre a disposizione "senza previa pronuncia giurisdizionale" le somme già oggetto di pignoramento»³.

La sempre più spinta vanificazione - per opera del legislatore - della tutela giurisdizionale nei confronti di pubbliche amministrazioni fino all'acme raggiunto dalla normativa appena descritta, relativa alle aziende sanitarie locali, ha indotto la Corte costituzionale ad assumere un orientamento più deciso e rigoroso con la sentenza n. 186 del 2013.

Un cenno va fatto anche all'istituto del fermo amministrativo dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni, da lungo tempo previsto dalla normativa di contabilità (1923) (solo) a vantaggio delle amministrazioni statali. Queste, ove vantino ragioni di credito verso soggetti creditori di altra amministrazione statale possono chiedere e ottenere da quest'ultima di sospendere il pagamento dovuto in favore del terzo.

Questa norma è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale nel 1972⁴, ma ben diversamente si atteggia una nuova versione del fermo amministrativo, che impone non solo a tutte le amministrazioni pubbliche, ma anche alle società a prevalente partecipazione pubblica, prima di effettuare un pagamento dovuto superiore a 10.000 Euro, di verificare a vantaggio dell'erario se il beneficiario risulti inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla

³ Corte cost., sent. n. 186 del 2013, punto 3.3.

⁴ Sent. n. 67 del 1972.

notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare almeno pari a tale importo e, in caso affermativo, di non effettuare il pagamento e di segnalare la circostanza all'agente di riscossione competente.

La norma, di assai dubbia costituzionalità (specie per l'estensione del fermo alle società a partecipazione pubblica), ha avuto un effetto generale di rallentamento dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni e delle società pubbliche ai privati. La costituzionalità di essa può essere ritenuta solo a fronte della possibilità per i privati di compensare crediti tributari e cartelle esattoriali, che comincia ad essere ammessa (dal 2011), ma è subordinata a numerose condizioni (certificazione dei crediti, ecc.).

3. LE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI. LA TESI DELLA SPECIALITÀ E LA RICONDUZIONE AL DIRITTO COMUNE

Secondo quanto anticipato, gli interventi normativi di cui si è detto hanno innescato la possibilità di conseguenze di ordine sistematico di segno contrario rispetto al percorso compiuto di riconduzione al diritto comune delle obbligazioni delle pubbliche amministrazioni. Un percorso, tuttavia, non proprio lineare, né privo di ambiguità.

Si è tornati a discutere di specialità delle obbligazioni pubbliche, di discrezionalità dell'amministrazione nel procedimento contabile e, quindi, di conseguente discrezionalità nell'adempimento delle obbligazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Si tratta di una sorta di ritorno ad un passato mai completamente passato, strettamente legato all'ideologia propria del diritto amministrativo ed alla mitologia dell'interesse pubblico.

La costruzione del diritto amministrativo nell'Europa continentale è iniziata nel diciannovesimo secolo e si è affermata attraverso la progressiva edificazione di un diritto speciale - originale sistema di principi dottrinali e giurisprudenziali - inteso quale ramo del diritto pubblico contrapposto al diritto privato, volto ad affermare la superiorità dello Stato. Strumento essenziale di questa costruzione è la concezione di un potere amministrativo unilaterale ed autoritario, preordinato ad esprimere la volontà - ritenuta superiore per sua essenza - dello Stato. Gli atti amministrativi sono stati conseguentemente caricati degli attributi dell'esecutività e

dell'esecutorietà (oggi rimessa alla legge dall'art 21-ter, Legge n. 241/1990) ed assistiti da presunzione di legittimità ed inoppugnabilità.

Il diritto pubblico amministrativo ha invaso ed occupato il campo del diritto privato. Sono divenuti non più consensuali, bensì unilaterali non solo gli atti ablatori (quella che era configurata come «vendita forzata» è divenuta espropriazione), ma anche atti quali le concessioni, le autorizzazioni, gli atti relativi al pubblico impiego. La grande pubblicizzazione si è consolidata nei primi decenni del novecento.

In parallelo alla costruzione del diritto amministrativo, le ragioni ideologiche sottostanti alla specialità di esso (che ruotano attorno all'idolatria dello Stato) sono state estese anche all'attività privatistica delle amministrazioni dando luogo a previsioni derogatorie di c.d. diritto privato speciale, a partire, in modo che è stato ritenuto emblematico, dalla Legge 20 marzo 1865, All. F, che ha delineato una posizione privilegiata per il contraente pubblico (in tema non solo di appalti, ma anche di attività contrattuale).

Si è affermata, quindi, l'idea della specialità dello Stato anche nel campo delle obbligazioni. Lo Stato, ente sovrano, non può essere posto sullo stesso piano dei privati. «L'Amministrazione, la quale ha modi propri di godere e disporre dei beni, e modi propri per contrattare, ha modi propri per pagare»⁵.

Una compiuta e convincente teorizzazione delle obbligazioni pubbliche come istituto e sé rispetto alle obbligazioni di diritto comune è in realtà mancata, ma i privilegi dello Stato debitore, secondo un diritto speciale a misura di esso, sono stati in passato giustificati oltre che in base al ruolo e alla supremazia dello Stato, anche chiamando in causa gli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 (che vietano al giudice ordinario di annullare, revocare o modificare gli atti amministrativi, consentendogli solo di disapplicarli, secondo l'idea propria di separazione dei poteri del diritto amministrativo continentale che è figlia di una certa idea di supremazia dello Stato) estendendone (indebitamente) la portata all'attività di diritto privato e la legge di

⁵ Sono queste le espressive affermazioni di Giuseppe Mantellini, primo avvocato generale erariale del Regno d'Italia, tratte dalla sua opera del 1882, significativamente intitolata *Lo Stato e il codice civile*.

contabilità di Stato come normativa di diritto pubblico destinata a prevalere sulla disciplina civilistica.

Conseguentemente, era ritenuto inibito all'Autorità Giudiziaria pronunciare sentenze di condanna contro la Pubblica Amministrazione. Erano ammesse secondo alcuni solo quelle al pagamento di una somma di denaro, mentre generalmente esclusi erano gli altri tipi di sentenza di condanna, che impongono obblighi di dare cose specifiche o di fare o non fare. La sottoposizione dell'Amministrazione ad esecuzione forzata, anche in caso di condanna al pagamento di somme di denaro, era pressoché generalmente giudicata incompatibile con la prevalenza da assegnare alla normativa contabile, di carattere pubblicistico, sui diritti dei privati.

L'erosione di queste arcaiche convinzioni è avvenuta lentamente. Si è dovuto attendere la fine degli anni '70 del secolo scorso perché la Corte di Cassazione affermasse a chiare lettere che le pubbliche amministrazioni sono soggette alla responsabilità patrimoniale del debitore stabilita dall'art. 2740 c.c. ed al rimedio dell'espropriazione forzata previsto dall'art. 2910 c.c.

Nel 1978 la Corte di Cassazione ha ritenuto che «la condanna a pagare somme di denaro e la espropriazione nei confronti della p.a. dovranno ammettersi ogni qualvolta sussista l'inadempimento di un obbligo pecuniario da parte della p.a. senza incontrare ostacoli nelle decisioni, negli atti e nei comportamenti della p.a. medesima in ordine all'uso dei beni e delle entrate in denaro dei quali essa abbia il potere di disporre, ma che siano comunque compresi fra quelli assoggettati alla responsabilità patrimoniale secondo le norme generali sulla tutela dei diritti»⁶. Un anno dopo sono state le Sezioni Unite della medesima Corte a sancire il principio secondo cui, di fronte alla sentenza di condanna «dell'amministrazione al pagamento di una somma di denaro... la posizione (di essa) non è diversa da quella di qualunque altro soggetto che sia stato condannato a pagare: essa è semplicemente tenuta ad effettuare il pagamento o, in difetto, a subire l'esecuzione per espropriazione». Al riguardo non vi sono poteri e atti discrezionali, bensì atti dovuti dell'Amministrazione, mentre il creditore di essa vanta un diritto soggettivo⁷.

⁶ Cass. civ., n. 2762/1978.

⁷ Cass., SS.UU., 13 luglio 1979, n. 4071.

La riconduzione al diritto comune delle obbligazioni della Pubblica Amministrazione viene correttamente ascritta all'opera scientifica di Massimo Severo Giannini⁸.

A questo autore si devono, infatti, sul tema decisivi chiarimenti in questa direzione, anche in materia di neutralità della normativa contabile pubblica. L'inquadramento di Giannini sconta tuttavia il limite della ritenuta onnipotenza del legislatore statale («il problema è di solo diritto positivo»⁹ e conserva, non solo perciò, un margine di ambiguità che appare da superare.

Questa ambiguità affiora, infatti, nelle conclusioni laddove si legge che «l'ente pubblico non può avere situazioni di privilegio rispetto al privato, ma neanche deve essere posto in condizioni di dover malcurare il pubblico interesse che gli è attribuito»¹⁰. Riemerge in tal modo l'idea di superiorità dello Stato e resta aperta la porta a trattamenti di privilegio anche nel campo delle obbligazioni pubbliche. Ciò che risulta evidente dalle affermazioni gianniniane secondo cui l'inefficienza dell'amministrazione va fatta gravare sul cittadino. Così, «l'ente non risponde per il ritardo causato dall'organo di controllo che agisca illegittimamente» e non incorre in responsabilità per la non emissione tempestiva del titolo di spesa quando essa «sia semplicemente dovuta al fatto che le decine di passaggi della pratica tra uffici richiedono un loro tempo»¹¹.

L'idea di superiorità dello Stato per la quale i cittadini devono adeguarsi allo Stato, anziché questo ai cittadini, non è oggi più accettabile.

Il percorso di riconduzione al diritto comune delle obbligazioni delle pubbliche amministrazioni - pacificamente soggette al fondamentale principio che impone al debitore ed al creditore di «comportarsi secondo le regole della correttezza» (art. 1175 c.c.) - è comunque proseguito, sia pure in modo non lineare. Si è così ad esempio ammesso nei confronti delle pubbliche amministrazioni l'utilizzo degli strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale, quali l'azione surrogatoria, l'azione revocatoria ed il sequestro conservativo, l'esecuzione in forma specifica quando si tratti di obbligazioni di diritto comune ed anche la proponibilità ex art. 2932

⁸ M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964.

⁹ *Ivi*, p. 11.

¹⁰ *Ivi*, p. 87.

¹¹ *Ivi*, p. 88.

c.c. della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, assunto con apposito preliminare.

L'ambiguità di una posizione quale quella di Giannini, anche oggi largamente condivisa in dottrina benché risalente nel tempo, e che è presente tuttora anche nella giurisprudenza impone di avvertire che quella che potrebbe definirsi la «fabbrica della specialità» è sempre all'opera. Non più nel campo del diritto pubblico e del potere amministrativo, la cui disciplina appare ormai irreversibilmente piegata ad esigenze garantiste (pur se permangono residui autoritari), bensì nei rapporti di diritto privato attraverso l'affermazione di un diritto privato speciale a vantaggio della pubblica amministrazione, di creazione giurisprudenziale sulla base di dati di diritto positivo, dalla giurisprudenza organizzati a partire da dati di sistema, spesso a partire dalla mitologia dell'interesse pubblico e della sua necessaria prevalenza.

È così che l'accumulo di atti normativi dettati dall'emergenza finanziaria e confezionati da un inavveduto legislatore (quali quelli qui illustrati) può produrre conseguenze di sistema. Se è il giudice amministrativo il principale addetto alla «fabbrica delle specialità», il giudice ordinario non può ritenersi totalmente estraneo ad essa.

Valga quale esempio, ancorché costituisca un esempio limite in quanto indotto dai requisiti per la sussistenza della giurisdizione esclusiva ex art. 33, D.Lgs. n. 80 del 1998 (norma dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 204 del 2004), il meccanismo di costruzione della specialità amministrativa evidenziato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 1 del 2000 proprio in tema di posizione dell'amministrazione debitrice.

Il «meccanismo» consiste nella cernita e nella raccolta di peculiari regole sostanziali e processuali presenti nelle leggi amministrative, che, anziché essere trattate alla stregua di eccezioni e deroghe circoscritte, vengono esaltate. Se nei confronti dell'amministrazione debitrice «non trovano sempre applicazione le regole del codice civile e quelle del codice di procedura civile», se ne può così trarre che, «In generale, quando sussiste un diritto di credito nei confronti della pubblica amministrazione, non si applica il solo diritto privato»¹².

¹² Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza n. 1/2000, cit., punto 4.3.

La prospettiva indicata dall'Adunanza plenaria¹³ era tale da comportare sicure ripercussioni in ordine alla unitarietà e alla certezza del diritto. Più ampiamente, sotto il profilo qui evidenziato della posizione dell'amministrazione debitrice, destinata ad essere regolata da un diritto speciale di privilegio, era in evidente contrasto con il diritto europeo e suscettibile di compromettere la stessa affidabilità del Paese.

La prospettiva di reviviscenza della tesi della specialità delle obbligazioni delle pubbliche amministrazioni è tuttavia oggi preclusa dal diritto europeo. È vero che esso riguarda le transazioni commerciali tra le imprese e le pubbliche amministrazioni, quindi, non tutte le obbligazioni pecuniarie pubbliche. Sarebbe, tuttavia, ben poco giustificabile al riguardo un regime per i semplici privati deteriore rispetto alle imprese, come un trattamento deteriore per i creditori delle amministrazioni in tema di adempimento di obbligazioni derivanti da fatto illecito o da sentenza.

Prima di sottolineare il ruolo decisivo del diritto europeo è opportuna qualche considerazione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale ed in particolare sulla sentenza n. 186 del 2013.

4. LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E LA SENTENZA N. 186 DEL 2013

La giurisprudenza costituzionale in tema di adempimento delle obbligazioni pecuniarie delle pubbliche amministrazioni e di soggezione delle stesse alle procedure esecutive è stata sino alla sentenza n. 186 del 2013 molto timida. La Corte si è infatti limitata a censurare solo disposizioni legislative palesemente irragionevoli, quali quella che, in tema di sottrazione di somme di denaro alle procedure esecutive, non prevedeva per le unità sanitarie locali i vincoli stabiliti per gli enti locali. È tuttavia, come si è mostrato, quest'ultima disciplina, che ha ricevuto dalla Corte un non meritato crisma di legittimità, ad aver innescato il crescendo che è stato arrestato dalla sentenza n. 186 del 2013.

I principi da ultimo affermati dalla Corte non sono invero nuovi, come la medesima Corte ha sottolineato richiamando i propri pre-

¹³ Da me criticata in *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2-3/2013, p. 687 ss.

cedenti: «un intervento legislativo - che di fatto svuota di contenuto i titoli esecutivi giudiziali conseguiti nei confronti di un soggetto debitore - può ritenersi giustificato da particolari esigenze transitorie qualora, per un verso, siffatto svuotamento sia limitato ad un ristretto periodo temporale (sentenze n. 155 del 2004 e n. 310 del 2003) e, per altro verso, le disposizioni di carattere processuale che incidono sui giudizi pendenti, determinandone l'estinzione, siano controbilanciate da disposizioni di carattere sostanziale che, a loro volta, garantiscano, anche per altra via che non sia quella della esecuzione giudiziale, la sostanziale realizzazione dei diritti oggetto delle procedure estinte (sentenze n. 277 del 2012 e n. 364 del 2007)» (punto 4.1).

La sentenza è, tuttavia, importante. Non in quanto, a fronte della vanificazione della tutela giurisdizionale già conseguita dai creditori delle aziende sanitarie nei giudizi esecutivi promossi, ravvisa l'ovvia violazione dell'art. 24 Cost.; è importante perché riconosce la violazione del principio di parità delle parti posto dall'art. 111 Cost. con esplicita censura del diritto speciale stabilito per l'ente pubblico: «con la disposizione censurata, il legislatore statale ha creato una fattispecie di *ius singulare* che determina lo sbilanciamento fra le due posizioni in gioco, esentando quella pubblica, di cui lo Stato risponde economicamente, dagli effetti pregiudizievoli della condanna giudiziaria, con violazione del principio della parità delle parti di cui all'art. 111 Cost.» (punto 4.4).

I rimettenti avevano sollevato ulteriori profili di illegittimità della normativa portata all'esame della Consulta in riferimento agli artt. 2, 3, 41, 97 e 117 Cost., che la Corte ha ritenuto assorbiti. Resta, così, in particolare, insoddisfatto il notevole interesse ad una valutazione della normativa da parte della Corte costituzionale sia in relazione alla libertà di impresa (diritto fondamentale dell'individuo ai sensi dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), sia in relazione al principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

5. IL DIRITTO EUROPEO E L'APPLICAZIONE DELLE DIRETTIVE SUI RITARDI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI

Il puntuale e sollecito adempimento delle obbligazioni pecuniarie ed il rispetto delle regole relative costituiscono componente fondamentale del corretto funzionamento di una economia di

mercato, ed ancor più, ovviamente, del buon funzionamento del mercato interno comunitario. Da ciò trae giustificazione la Direttiva n. 2000/32/Ce del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, come esplicitato dai "considerando" della direttiva stessa. «I periodi di pagamento eccessivi ed i ritardi di pagamento impongono pesanti oneri amministrativi e finanziari alle imprese ed in particolare a quelle di piccole e medie dimensioni», che «costituiscono una tra le principali cause di insolvenza e determinano la perdita di numerosi posti di lavoro». Al riguardo, «le differenze tra le norme in tema di pagamento e le prassi seguite negli Stati membri costituiscono un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno», che «limita notevolmente le transazioni commerciali tra gli Stati membri» e genera «distorsioni della concorrenza» in quanto gli operatori economici dovrebbero poter svolgere le proprie attività in tutto il mercato interno senza incorrere in condizioni deteriori e rischi maggiori rispetto a quelli presenti nel Paese di origine (considerando 7, 8, 9 e 10).

La direttiva ha disposto importanti misure quanto a termini di adempimento, interessi dovuti dopo la scadenza dei termini (anche in funzione sanzionatoria), risarcimento del danno e clausole difformi al riguardo, nonché in ordine alla possibilità, che deve essere garantita alle organizzazioni rappresentative delle piccole e medie imprese, di agire in giudizio o di ricevere tutela dai competenti organi amministrativi.

Senza entrare nei dettagli, è importante sottolineare che la direttiva, avente ad oggetto i pagamenti a titolo di corrispettivo nelle transazioni commerciali, si applica indifferentemente ai rapporti tra imprese (in esse sono ricompresi i professionisti) ed ai rapporti tra imprese e pubbliche amministrazioni. Essa presuppone con nettezza il principio della piena soggezione al diritto comune delle obbligazioni pecuniarie delle pubbliche amministrazioni nell'ambito delle transazioni commerciali. Pertanto, le pubbliche amministrazioni non possono, al riguardo, godere di trattamenti di privilegio, che, quand'anche legislativamente disposti, devono essere disapplicati in quanto contrastanti con la normativa europea¹⁴.

¹⁴ V. ad es. Cons. Stato, sez. V, n. 1638 del 2005; Cons. Stato, sez. IV, n. 469 del 2010; Cons. Stato, sez. V, n. 1885 del 2010.

La direttiva del 2000, recepita con D.Lgs. n. 231 del 2002, è rimasta sostanzialmente inattuata nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Hanno al riguardo pesato l'esistenza di norme speciali favorevoli alle pubbliche amministrazioni e l'apposizione nei contratti da parte delle stesse di clausole di favore in contrasto con il diritto europeo. Spesso la tempistica dei pagamenti è stata assunta ad elemento di valutazione dei contraenti con le pubbliche amministrazioni. D'altro canto, ha inciso la circostanza che le imprese, specie se piccole e medie, sono parti deboli nei confronti delle amministrazioni pubbliche e, pertanto, non sono nella condizione di valersi effettivamente della normativa europea.

Si è resa, pertanto, necessaria una nuova direttiva, la n. 2011/7/UE, che si è innestata sull'impianto della precedente, ma è soprattutto diretta ad abbreviare i tempi delle amministrazioni pubbliche in ordine ai pagamenti e a spingerle ad effettuarli.

Se con la precedente direttiva le pubbliche amministrazioni erano state meramente parificate alle imprese private, adesso invece vengono sottoposte ad una specifica disciplina, non già di privilegio, bensì più sfavorevole al fine di riequilibrare a vantaggio dei contraenti della pubblica amministrazione la maggior forza contrattuale di essa e l'accertata inclinazione ad abusarne.

A differenza delle imprese, le pubbliche amministrazioni si vedono applicati sempre gli «interessi legali di mora» e non possono concordare tassi differenti, né possono concordare termini di pagamento differenti da quelli per esse imposti dalla direttiva, in via generale non superiori a trenta giorni e, con riguardo a imprese pubbliche ed enti sanitari, non superiori a sessanta giorni.

Qui rileva soprattutto sottolineare che il principio di soggezione al diritto comune delle obbligazioni pecuniarie delle pubbliche amministrazioni risulta oggi ulteriormente rafforzato, dal momento che la tutela del corretto funzionamento del mercato interno ha indotto il diritto europeo, con la nuova direttiva, a contrastare con una disciplina *ad hoc* l'abuso di posizione dominante da parte delle amministrazioni pubbliche nelle transazioni commerciali.

La Dir. 2011/7/UE è stata recepita con D.Lgs. n. 192 del 2012, entrato in vigore il 1° gennaio 2013. Il primo bilancio della sua applicazione è tuttavia sconsolante. Si tratta di un vero «fallimento». secondo la CNA (Confederazione Artigianato e Piccola impresa), la cui indagine - basata su un sondaggio tra trecento imprese artigiane dei principali settori manifatturieri - conferma che la pubblica amministrazione è il «peggiore pagatore». Mentre

continuano, in contrasto con il diritto europeo, pratiche contrattuali scorrette e ritardi nei pagamenti, gli interessi di mora per i ritardi non vengono chiesti dall'89% delle imprese interessate per timore di perdere le commesse¹⁵.

L'Unione Europea ha già compiuto i primi atti in vista dell'apertura della procedura di infrazione contro l'Italia per la violazione della direttiva UE con riguardo all'applicazione delle norme europee sui ritardi dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni alle imprese. Continua, frattanto, la macchinosa applicazione del piano di pagamento dei debiti commerciali scaduti accumulati nel tempo dalle pubbliche amministrazioni (D.L. n. 35 del 2013), il cui ammontare è stato stimato in 91 miliardi di Euro dalla Banca d'Italia.

6. CONCLUSIONI

I ritardi generalizzati nei pagamenti delle pubbliche amministrazioni e l'accumulo di debiti non onorati da parte delle stesse per una cifra vicina ai 100 miliardi di euro, con ovvie e riscontrate ripercussioni anche nei pagamenti fra privati, dovrebbero convincere che la via recentemente percorsa, di sempre più spinta introduzione di privilegi a favore dello Stato debitore, che ha sicuramente favorito tali esiti, rappresenta una visione miope dell'interesse pubblico, che è decisamente contraria all'interesse generale. Una visione che non solo reintroduce, sotto mentite spoglie, superate concezioni autoritarie, facendo regredire i cittadini a sudditi, ma copre anche inefficienze e sprechi delle amministrazioni.

La situazione derivante dai generalizzati ritardi dei pagamenti e dall'accumulo di debiti da parte delle amministrazioni pubbliche è gravemente distorsiva della concorrenza e apertamente contrastante con il diritto europeo. Si rischia così anche di promuovere e consolidare una figura particolare di contraente con l'amministrazione, scaltro quanto basta da caricare previamente sui prezzi fatti all'ente pubblico ritardi e mancati pagamenti. Una situazione che è, pertanto, anche sicuramente contraria al principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.).

¹⁵ D. DI VICO, *Pagamenti, la legge «europea» non funziona*, in *Corriere della Sera*, 6 marzo 2014.

È vero che l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione è attività funzionalizzata e condizionata dalla normativa pubblicistica preordinata ad assicurarne il perseguimento dell'interesse pubblico. Questo c'entra, tuttavia, ben poco con l'adempimento di obbligazioni pecuniarie già perfezionate in modo legittimo. Riguardo ad esse, in uno stato di diritto, lo Stato - al di là delle assai consistenti limitazioni della responsabilità patrimoniale di cui beneficia - deve essere considerato un debitore come gli altri¹⁶.

¹⁶ Le indicazioni bibliografiche che seguono, considerato il carattere breve di questo scritto a fronte dell'ampiezza del tema, sono limitate ad alcune indicazioni essenziali e ricomprendono, oltre agli scritti scientifici citati nel testo, soprattutto opere recenti dalle quali è possibile risalire ad una bibliografia completa. L'espressione Stato debitore è di frequente impiego ed è stata anche in questo scritto talora utilizzata per indicare sinteticamente il complesso delle amministrazioni pubbliche che hanno debiti pecuniari nei confronti di soggetti privati. La monografia recente di M. GNES, *I privilegi dello Stato debitore*, Milano, 2012, ripercorre la vicenda storica delle obbligazioni delle pubbliche amministrazioni tra tesi della specialità e riconduzione al diritto comune, nonché il relativo dibattito scientifico; descrive inoltre la recente riemersione normativa dei privilegi a favore dello Stato debitore e la disciplina europea contro i ritardi nei pagamenti. Di questo autore v. anche *I privilegi dello Stato debitore esecutato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12/2013, p. 1182 ss., scritto di commento alla sentenza n. 186 del 2013 della Corte costituzionale.

Sulla vicenda generale della specialità amministrativa e sul suo trionfo, v. L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, partic. p. 374 ss. Sull'affermazione della specialità nella materia delle concessioni, v. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981 e nella materia dei contratti, v. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999. Nel testo è stata citata, quale opera esemplare in tema di «diversità» dello Stato nel campo delle obbligazioni pecuniarie, quella di G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1882.

Sulla riconduzione al diritto comune delle obbligazioni delle pubbliche amministrazioni il principale punto di riferimento scientifico è tuttora l'opera di M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, citata nel testo. Il tema è seguito con attenzione da Vincenzo CERULLI IRELLI, del quale v. da ultimo *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, nonché, in precedenza, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002 e ancora prima *Corso di diritto amministrativo*, 9^a ed., Torino, 1997, nel quale viene rilevata la dubbia costituzionalità dell'art. 11, D.L. 18 gennaio 1993, n.8, convertito dalla Legge n. 68 del 1993.

Con riguardo alla normativa di contabilità, sui procedimenti di spesa, v. A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005.

Sulla «fabbrica della specialità» lo scritto citato nel testo è di N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisprudenza amministrativa*, *Dir. e proc. amm.*, n. 2-3/2013, p. 687 ss.