



Scuola Dottorale “Tullio Ascarelli”

Dottorato di Ricerca in *Consumatori e Mercato – area giuridica*

XXVIII ciclo

Dipartimento di Studi Aziendali

I RITARDI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI

Tutor

Chiar.mo Prof.

Vincenzo Cuffaro

Dottoranda

Dott.ssa

Silvia Andreani

Coordinatore

Chiar.ma Prof.ssa

Maddalena Rabitti

INDICE

Capitolo Primo: l'impatto del d. lgs 231/2002 sul sistema privato italiano

1. Dalla direttiva comunitaria n. 2000/35/CE al d. lgs 9 ottobre 2002, n. 231

2. Il d. lgs n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali: profili oggettivi e soggettivi

3. Responsabilità del debitore e risarcimento del danno

3.1 L'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie

3.2 Il risarcimento dei costi di recupero

3.3 Gli accordi tra i contraenti sulla data del pagamento e sulla disciplina della mora

3.4 La tutela degli interessi collettivi imprenditoriali

4. *In sintesi: l'impatto del d. lgs. 231/2002 sul sistema privato italiano*

Capitolo secondo

La nuova disciplina sui ritardi dei pagamenti alla luce del d.lgs n. 192/2012

1. *La rifusione operata con la Direttiva 2011/7UE*
2. *Le novità del d. lgs n. 192/2012 con riguardo alle transazioni commerciali tra privati*
3. *Il risarcimento dei costi di recupero e la prova del maggior danno*
4. *La disciplina dei rimedi*
5. *La tutela degli interessi collettivi*
6. *Il coordinamento dei termini di pagamento di cui al d.lgs. n. 231/2002 e le norme sul tempo dell'adempimento più favorevoli al creditore*
7. *La normativa relativa ai ritardi di pagamento nel settore pubblico*

Capitolo terzo

L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento

- 1. Accordi derogatori e abuso della libertà contrattuale: dalla normativa comunitaria al suo recepimento nel sistema legislativo nazionale*
- 2. Nullità degli accordi derogatori in sede di recepimento della Direttiva 2000/35/CE*
- 3. Analisi dell'articolo 7 d.lgs. 231/2002: il concetto di grave iniquità dell'accordo*
- 4. Ipotesi particolari di nullità: l'art. 7, 2° comma nella formulazione del d. lgs. 231/2002*
- 5. Gli accordi derogatori ex art. 7 d. lgs. 231/2002 e le c.d. nullità di protezione*
- 6. Conseguenze della grave iniquità: la nullità parziale e il rapporto con la disciplina codicistica*
- 7. I caratteri della nullità: la rilevabilità d'ufficio*

8. *La sostituzione e/o correzione in via giudiziale della clausola gravemente iniqua*

Capitolo quarto

Linee conclusive anche alla luce delle più recenti novità normative

1. *In sintesi: l'exkursus sulla disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*
2. *Le modifiche introdotte dalla Legge Europea 2013 – bis*

Capitolo Primo

L'impatto del d. lgs 231/2002 sul sistema privato italiano

Sommario: 1. Dalla Direttiva comunitaria n. 2000/35/CE al d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; 2. Il d.lgs. 231/02 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali: profili oggettivi e soggettivi; 3. Responsabilità del debitore e risarcimento del danno; 3.1 L'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie; 3.2 Il risarcimento dei costi di recupero; 3.3 Gli accordi dei contraenti sulla rata del pagamento e sulla disciplina della mora; 3.4 La tutela degli interessi collettivi imprenditoriali; 4. In sintesi: l'impatto del d.lgs. 231/02 sul sistema privato italiano.

1. Dalla Direttiva comunitaria n. 2000/35/CE al d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231

Con il d.lgs 231/2002 è stata data attuazione alla direttiva comunitaria 2000/35/CE con la quale il legislatore comunitario aveva inteso offrire una specifica tutela a quei soggetti che si potessero trovare in una situazione di inferiorità rispetto ai contraenti dotati di maggior forza sul mercato.

Il percorso che in ambito europeo ha condotto all'adozione della direttiva in commento, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, è stato piuttosto lungo e complesso.

Nella originaria proposta di direttiva formulata dalla Commissione, la disciplina dei termini di pagamento, degli interessi di mora e del risarcimento del danno era differenziata a seconda che si trattasse di transazioni commerciali tra privati o tra privati e autorità pubbliche. Quanto alle prime, il principio della libertà contrattuale era portato alle sue estreme conseguenze: le norme sui termini di pagamento e

sugli interessi di mora presentavano solo ed esclusivamente carattere suppletivo. I contratti tra privati e autorità pubbliche, invece, erano disciplinati da norme di carattere imperativo.

Rispetto a tale impostazione, incentrata su una diversità di disciplina dei rapporti tra privati e di quelli coinvolgenti una pubblica amministrazione, è intervenuto il Consiglio europeo che, con la posizione comune del 29 luglio 1999, ha segnato una svolta, introducendo, in via generale, una disciplina unica per le transazioni commerciali, a prescindere dal fatto che fossero concluse tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni. Orientamento, questo, poi accolto dalla direttiva comunitaria.

L'attuazione della direttiva perseguiva lo scopo di definire una disciplina generale che ponesse dei limiti all'autonomia contrattuale senza tuttavia escluderne, in linea di principio, la possibilità di esercizio con la previsione di una normativa imperativa.

Il testo finale della stessa, infatti, elabora una disciplina generale unica, a cui si accompagna la proclamazione della libertà contrattuale, con la precisazione, tuttavia, che questa non deve concretarsi in un abuso della stessa ovvero non deve configurarsi come gravemente iniqua nei confronti del creditore; si tratta di una disciplina di ampia portata e di carattere trasversale, la quale, avendo il deliberato intento di fornire tutela al creditore, si presenta come fortemente innovativa rispetto alla previgente normativa codicistica, in gran parte ispirata, come è noto, al principio del favor debitoris – e che, per tale motivo, finisce spesso per tutelare proprio il contraente più forte¹.

Le norme che vengono elaborate sono il frutto della mediazione tra i principi che prima ispiravano il settore privato, caratterizzati da termini di pagamento particolarmente brevi fissati dalla legge con

¹ Cfr. Russo, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, in *Contr. Impresa*, 2003, 1, 498, secondo cui la normativa in parola «si basa su una riconsiderazione delle figure di debitore e creditore. Tradizionalmente, il soggetto più forte è sempre stato considerato il creditore; il soggetto debole il debitore; ma ciò nell'economia moderna non risulta affatto vero».

norme sussidiarie, ed il settore pubblico, retto da termini di pagamento più ampi previsti però da norme imperative.

L'art. 1 della direttiva statuisce che la stessa si applica «ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale», intendendosi per transazione commerciale, come specificato dal successivo art. 2, «qualsiasi contratto tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro pagamento di un prezzo». La nozione di impresa è piuttosto ampia, tanto da comprendere ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione, anche se svolta da una sola persona. Pertanto, l'intervento non è destinato a favorire unicamente le piccole e medie imprese, ma destinato ad operare a favore di qualsiasi impresa – piccola, media o grande. Esso verrà però a rivestire un ruolo marginale nell'ipotesi in cui la parte forte sia il creditore, il quale potrà facilmente imporre alla controparte le proprie condizioni contrattuali². Ciò non toglie, tuttavia, che una grande impresa possa stipulare una transazione commerciale con altra impresa “più forte” o che una piccola impresa abbia una forza contrattuale maggiore di una grande impresa per ragioni contingenti. Ciò rende la normativa in esame applicabile a prescindere dalle dimensioni delle imprese coinvolte nella transazione commerciale.

L'obiettivo perseguito dalla normativa comunitaria è quello di rimuovere gli ostacoli che impediscano il buon funzionamento del mercato unico europeo, con la finalità di apprestare una specifica tutela non tanto al creditore (in generale), quanto piuttosto al creditore debole, come tale considerando il fornitore – venditore medio-piccolo – che abbia come controparte una grande «impresa» ovvero «le aziende che creano il monomercato», volendo intendere con tale espressione sia la grande impresa oligopolista che le pubbliche

² In tal caso si pone il diverso problema della tutela da accordare al debitore, a cui la dottrina sembra fino ad ora aver risposto con l'applicazione dei principi generali contenuti nel nostro codice civile.

amministrazioni³. Quanto ai criteri impiegati dalla Corte di Giustizia per individuare l'abuso, la stessa Autorità garante ha privilegiato il criterio della carenza di giustificazione obiettiva di comportamenti volti ad imporre direttamente o indirettamente mezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni ingiustificatamente gravose, sì da determinare ingiustificati svantaggi nella concorrenza⁴.

L'obiettivo perseguito dalla direttiva muove da due principi, entrambi rivolti alla difesa del contratto, seppure da prospettive diverse: a) tutelare il contratto, inteso come tutela delle pretese di ciascun contraente al reciproco adempimento, cioè al rispetto del contratto⁵, quale accordo liberamente pattuito tra le parti e come tale vincolante; b) tutelare il contratto, nel senso di reprimere gli abusi, attuati attraverso un utilizzo strumentale del principio di libertà contrattuale, a danno delle parti, e specificamente del creditore.

Pur rinvenendosi la finalità della direttiva nella instaurazione di un mercato unico, evitando distorsioni causate dal ritardo nei pagamenti e dal vantaggio (anche competitivo) che un'impresa potrebbe acquisire determinando termini di pagamento eccessivamente dilazionati, non può ritenersi che la stessa sia esclusivamente finalizzata alla tutela delle piccole e medie imprese, ma piuttosto indirizzata a salvaguardare i creditori tout-court, prescindendo dalla loro qualità, anche se poi, nel concreto, sono proprio le piccole e medie imprese a soffrire maggiormente dei ritardi nei pagamenti. Questa prospettiva di lettura sembra rendere più intenso il legame tra abuso consumato da una o più imprese in una posizione dominante (all'interno del mercato

³ A. A. Dolmetta, *I termini ad adempiere e gli interessi moratori nella Direttiva CE n. 2000/35, Relazione al Convegno ITA*, 16 novembre 2000, «Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali».

⁴ A. Frignani, *Il divieto di abuso di posizione dominante (nei primi quattro anni di applicazione della legge n. 287/90)* in *Dir. comm. intern.* 1995, 65; A. Borgioli- S. Mariani, *L'abuso di posizione dominante*, in *Diritto privato*, 1997, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 330, per cui «un comportamento è da considerarsi abusivo quando manchi una sua giustificazione da un punto di vista economico».

⁵ In prospettiva più ampia, con riferimento al problema della violazione del contratto e delle tutele, cfr. A. Luminoso, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002, p. 1037 ss.

nazionale o di una sua parte rilevante) e l'abuso di dipendenza economica nell'ambito di un rapporto contrattuale.

Il tema affrontato dalla direttiva, pertanto, è quello dei limiti della libertà contrattuale: se il contratto – cioè l'affare che le parti concludono – è un accordo, esso va tutelato in quanto risulti dal libero consenso delle parti che le stesse intendano accettare come vincolante quel determinato regolamento di interessi, dal quale derivano reciproche obbligazioni. In questo senso, difendere il contratto significa tutelare la pretesa di entrambe le parti al rispetto del contratto medesimo.

Ma quando accada che la conclusione del contratto, anziché fondarsi sul libero accordo delle parti, sia la conseguenza del potere economico di una di esse, a fronte del quale l'altra, se è interessata all'affare, deve anche accettare clausole molto gravose, allora ci si deve interrogare sulle ragioni e sui limiti dell'autonomia privata, nel momento in cui essa, da strumento di libertà, diviene strumento di abuso.

La direttiva comunitaria si propone, pertanto, di «proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore» individuando alcune ipotesi in cui tale abuso potrebbe manifestarsi, in particolare menzionando un accordo che abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore ovvero la fattispecie in cui l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento allo stesso concessi.

Da un'analisi complessiva della direttiva emerge l'intenzione del legislatore comunitario di richiamare la nozione di «abuso del diritto», così come configurato nella legislazione comunitaria degli ultimi anni in tema di tutela dei consumatori o del mercato e di protezione di soggetti in posizione di debolezza contrattuale. Il principio di libertà contrattuale, dunque, va limitato quando esso operi quale strumento di abuso economico, e quindi contrattuale, a danno della parte più debole, che nell'ottica della direttiva viene individuata nella figura del

creditore. Ricevere il pagamento molto tempo dopo l'esecuzione della prestazione costituisce uno svantaggio economico-finanziario a carico dell'impresa, tanto più se si tratti di impresa medio-piccola. In tale ipotesi, la direttiva dispone (art. 3, par. 3) che una simile clausola non può essere fatta valere quando, sulla base di alcuni criteri che la direttiva stessa individua, risulti gravemente iniqua per il creditore.

L'autonomia contrattuale, cioè la libertà di stipulare contratti e di stipularli con un certo contenuto liberamente determinato dalle parti, trova quindi un limite quando emerga – in forza di un'analisi da svolgersi caso per caso, in applicazione di criteri oggettivi – che il potere economico di una delle parti ha giocato un ruolo anomalo nella determinazione del regolamento contrattuale, concretizzandosi in un abuso di potere contrattuale; l'abuso economico si configura come abuso giuridico: una parte, avvalendosi della propria forza economica, ottiene che l'altra accetti clausole contrattuali per essa decisamente sfavorevoli.

Tale abuso economico rende, *in re ipsa*, la contrattazione non libera e non paritaria; di qui l'intervento, in funzione riequilibratrice, del legislatore comunitario.

L'intervento della direttiva, pertanto, consiste nel prevenire misure di interessi moratori molto basse e tali da vanificare l'intervento (correttivo) del legislatore nazionale ovvero pattuizioni in ordine a date di pagamento che risultino inique nei confronti del creditore. Tale accordo risulta *ex se* inefficace solo quando, considerate tutte le circostanze del caso, ivi compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto, si presenti gravemente iniquo nei confronti del creditore. In tal caso è altresì prevista un'integrazione dei termini legali ovvero un intervento del giudice che riporti il contratto «ad equità»: i profili di maggiore interesse, in questo contesto, sono proprio quelli connessi al giudizio di disfavore generale verso clausole che risultino gravemente inique, con l'effetto tipico dell'inefficacia e della sostituzione, ovvero con la possibilità di ricondurre ad equità il contenuto da parte di un giudice nazionale. Tale intervento del

giudice, volto alla *reconductio ad aequitatem*, è compiuto dal giudice d'ufficio ovvero anche in assenza di espressa richiesta delle parti.

Per quanto concerne le manifestazioni di un patto «iniquo», la direttiva non interviene sul contenuto delle stesse, essendo sufficiente solo che dal comportamento del debitore possano evincersi prassi negoziali volte a creare, nei termini enunciati, uno squilibrio a danno del creditore.

Nell'ambito delle disposizioni della direttiva, non muta la ratio della corresponsione degli interessi, ma solo la misura, che è più alta di quella prevista nell'art. 1284 codice civile, e che in assenza di specifiche norme di deroga, svolge una funzione sanzionatoria.

Il livello di protezione predisposto dalla direttiva non sembra eccessivamente elevato: si offre una particolare salvaguardia alle pattuizioni sulla scadenza e sui periodi di pagamento stabiliti nel contratto, e solo nel caso in cui siffatti accordi risultassero gravemente «iniqui» nei confronti del creditore, ne è dichiarata la inefficacia. L'art. 3 comma 1 lett. a) della direttiva fa salva la possibilità che le parti stabiliscano sia la data che il periodo del pagamento, prevedendo che, ove il termine non sia rispettato, sulla somma decorrono gli interessi nella misura indicata alla lett. d), a far data dal giorno della scadenza di questo termine: in una prospettiva già delineata negli articoli 1182 comma terzo, 1219 comma secondo n. 3 e 1224 del codice civile.

Invece, nel caso di assenza di qualsiasi pattuizione in materia, si prevede che gli interessi comincino a decorrere automaticamente, senza la necessità di un sollecito: a) trascorsi trenta giorni dal ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta equivalente di pagamento, o b) se non vi è certezza sulla data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, trascorsi trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi, o c) se la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del

ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi, trascorsi trenta giorni dal ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, d) se la legge o il contratto prevedono la verifica delle merci o dell'opera compiuta, dalla data della verifica o dell'accettazione. A tale previsione, tuttavia, l'art. 3, par. 2 della direttiva poneva un'espressa eccezione, consentendo alle singole legislazioni nazionali, per talune categorie contrattuali, di elevare fino a 60 giorni il periodo decorso il quale sono dovuti gli interessi, a condizione che esse stabiliscano altresì l'inderogabilità di tale termine per i contraenti, oppure un tasso di interesse inderogabile, "sensibilmente superiore al tasso legale", fissato dalla direttiva stessa.

L'insieme degli strumenti di tutela offerti dalla direttiva (sia sostanziali che processuali) porta, quindi, a ritenere che il provvedimento nasce nel quadro di un programma a favore delle piccole e medie imprese e dell'artigianato, ma, quasi allontanandosi da tale punto d'inizio, appare orientato a scoraggiare determinati comportamenti commerciali posti in essere da un'impresa (anche "piccola") a danno di un'altra impresa (anche "grande"), comportamenti che potrebbero produrre distorsioni nelle transazioni commerciali e nel funzionamento del mercato unico.

2. Il d. lgs n. 231/2002 di trasposizione della direttiva comunitaria sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali: profili oggettivi e soggettivi

L'art. 1, comma 1° del d. lgs n. 231/2002 delimita l'ambito applicativo dell'intervento normativo con riferimento "ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale".

La nozione di «pagamento» - sebbene sovente identificata con quella di «adempimento» - deve ritenersi circoscritta, ai fini dell'applicazione del presente decreto, all'atto solutorio di un'obbligazione pecuniaria, avente ad oggetto un'attività di dare somme di denaro, laddove con il termine adempimento si designa la corretta esecuzione della prestazione dovuta dal soggetto passivo di un rapporto obbligatorio.

Il decreto, dunque, si applica a tutte le situazioni nelle quali un debitore è tenuto a corrispondere ad un creditore una somma di denaro – a titolo di corrispettivo di beni o servizi – entro i termini previsti o dal contratto o dalle norme suppletive contenute nel decreto stesso. L'espressione "a titolo di corrispettivo" sottolinea il sinallagma che intercorre tra il pagamento, quale dazione di una somma di denaro, e la prestazione ricevuta o promessa al soggetto obbligato, sicché il pagamento medesimo configura remunerazione di tale ultima prestazione.

Il credito deve essere liquido – determinato, cioè, nella sua esatta quantificazione monetaria – ed esigibile da parte del creditore (non soggetto, cioè, a condizioni sospensive che blocchino l'efficacia del contratto di cui il pagamento costituisce esecuzione).

La nozione di pagamento accolta dal testo legislativo permette di escludere dall'ambito applicativo dello stesso tutte le obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di dare una somma di denaro al di fuori di uno specifico nesso di corrispettività con la controprestazione

gravante sull'altra parte del rapporto obbligatorio, come le obbligazioni di rimborso delle spese affrontate dal mandatario per l'esecuzione dell'incarico ricevuto dal mandante ovvero, su di un piano più generale, quelle aventi ad oggetto il pagamento di penali, la restituzione del prezzo ed il rimborso delle spese in caso di risoluzione del contratto.

Al fine di individuare i profili oggettivi di applicazione della normativa in commento si rende opportuno analizzare la nozione di transazione commerciale, alla quale fa riferimento l'art. 2, I comma lett. a) del d. lgs 231/2002 e nella quale sono ricompresi tutti «i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo»⁶.

Preliminarmente, pare opportuno precisare che la disciplina in esame non crea un nuovo tipo contrattuale costituito dalla transazione commerciale. Questo termine indica soltanto l'ambito (o il campo) di applicazione della peculiare disciplina di un rapporto obbligatorio (l'obbligazione di pagamento). Insomma, la disciplina che viene posta è disciplina di una particolare obbligazione pecuniaria, qualificata dal suo derivare da una transazione commerciale.

La disciplina in esame costituisce dunque disciplina di una obbligazione e non disciplina del contratto. Sebbene nella legge il *diritto* del creditore si riferisca ad aspetti parziali della complessiva situazione soggettiva (*diritto alla corresponsione degli interessi moratori*, art. 3; *diritto al risarcimento dei costi di recupero*, art. 6), questi *diritti* non hanno rilievo autonomo, e non sono altro che profili di un diritto di credito *unitario*, corrispondente ad una obbligazione pecuniaria particolare.

⁶ La norma non distingue tra contratti tipici ed atipici, dovendosi pertanto ritenere soggetti all'applicazione del decreto in esame anche quei contratti atipici che ne soddisfano i requisiti oggettivi e soggettivi.

La definizione di transazione commerciale, sul piano oggettivo, richiede alcuni elementi caratterizzanti: a) deve trattarsi di un contratto; b) deve avere un oggetto coincidente, in via esclusiva o quanto meno prevalente, con la consegna di merci o la prestazione di servizi; c) il corrispettivo di tale consegna o prestazione deve essere costituito dal pagamento di un prezzo. Il termine «transazione» è usato in senso profondamente diverso dalla nozione tecnica di transazione di cui agli artt. 1965 ss. c.c.

Benché la formula della legge appaia idonea a ricomprendere un gran numero di contratti, essa in realtà ricomprende unicamente quei negozi nei quali la dazione di una somma di denaro sia in rapporto di reciprocità-interdipendenza con una prestazione che consiste nella consegna di merci o nella prestazione di servizi. Al di là di tale sottocategoria di contratti a prestazioni corrispettive la nuova disciplina non può trovare applicazione⁷.

Il tenore letterale della norma, laddove adotta la parola «merce» in luogo di quella, più ampia, di «bene», induce ad escludere dall'ambito applicativo del decreto i contratti di compravendita di beni immobili.

Ed infatti: «bene» e «merce» sono concetti ontologicamente differenti, cui non può essere attribuito un significato del tutto identico: se per «merce» deve intendersi «ogni bene economico mobile destinato alla vendita», è necessario ritenere inclusi nella sfera applicativa del decreto solo i contratti che trasferiscono la proprietà di quei beni che il venditore produce, lavora, vende, rivende, consegna, ecc., destinandoli al mercato nell'esercizio della sua attività economica. Pertanto non costituisce «merce», nel senso accolto dal decreto, quel bene, anche mobile, che viene occasionalmente venduto da un soggetto imprenditore o professionista, ma che è estraneo al ciclo economico dell'impresa di cui egli è titolare; o, ancora, quel bene che un

⁷ Si osserva che una disciplina di tipo sostanzialmente sanzionatorio (quale è quella introdotta dal decreto legislativo in commento) non si presta ad un'applicazione estensiva o analogica che ne ampli l'ambito applicativo al di là dei confini delineati dal legislatore.

imprenditore vende o acquista per soddisfare bisogni personali, estranei agli scopi e alla struttura della sua attività economica.

I beni immobili, come attesta il tenore letterale della norma, non possono rientrare nel concetto di «merce», da riferirsi in via esclusiva ai beni mobili.

È «merce», dunque, quel bene, di regola mobile, che costituisce prodotto dell'attività economica organizzata dall'imprenditore; e che l'imprenditore stesso destina al mercato al fine di ricavarne un profitto. La finalità della «circolazione», del resto, è elemento che trasforma un bene in «merce», rendendo poi commerciale l'attività necessaria alla sua produzione o il contratto che giustifica il suo trasferimento.

Non pare, viceversa, potersi includere nel testo della legge i contratti di utilizzazione di un bene dietro corrispettivo in denaro (locazione, leasing, affitto, affitto di fondi rustici, affitto a coltivatori diretti), nella misura in cui tali contratti non sono riconducibili a «prestazioni di servizi».

La ragione dell'esclusione risiede nel fatto che la prestazione di un servizio necessita di un *facere*, di un'attività positivamente riscontrabile, proveniente da chi esegue il servizio stesso verso corrispettivo da parte di chi lo riceve; attività che non pare potersi ravvisare nell'atteggiamento di chi, ad esempio, si limita semplicemente a mettere altri in condizione di utilizzare un determinato bene.

L'individuazione dell'ambito operativo di tale normativa richiede un'analisi estesa anche ai profili soggettivi della nozione di «transazione commerciale».

Il decreto, infatti, non si applica a qualsiasi pagamento che si inserisca in un rapporto sinallagmatico quale controprestazione per merci/servizi: è necessario, altresì, che il contratto sia stato stipulato tra «imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni».

La qualità soggettiva delle parti contraenti, dunque, è elemento decisivo per stabilire se il ritardo nel pagamento incorra o meno nel trattamento stabilito dal decreto in esame.

L'art. 2, I comma, lett. a), nel fornire la definizione di «transazione commerciale» fa riferimento ai «contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni».

Come già accennato, è chiaro che dal campo di applicazione del decreto esulino i *contratti con i consumatori*, sicché i pagamenti dovuti da questi ultimi per le merci o i servizi loro offerti da professionisti-imprenditori non sottostanno all'applicazione del decreto in commento.

Tale esclusione appare coerente con quella che è la ratio della direttiva n. 2000/35/CE, ove questa, come detto, ha lo scopo, tra l'altro, di attutire le conseguenze finanziarie negative che i ritardi nei pagamenti cagionano alle piccole e medie imprese.

Il consumatore, invece, riceve un trattamento di favore, nel senso che il suo ritardo nel pagare i beni o i servizi ricevuti dall'impresa continua ad essere soggetto alla relativa normativa speciale, oggi contenuta nel d. lgs n. 206 del 2005 (Codice del Consumo).

La disciplina sulle clausole vessatorie (artt. 33 ss. Codice del Consumo) intende proteggere il consumatore nei casi in cui il contratto contenga una clausola che abbia l'effetto di «imporre al consumatore, in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo». Il decreto in commento, dunque, risponde alla medesima ratio: il ritardo nel pagamento da parte del consumatore cagiona un danno inferiore all'impresa e, pertanto, non merita il medesimo trattamento sanzionatorio. Tant'è che, ove in contratto sia stata stabilita una

clausola penale eccessivamente onerosa, essa è affetta da inefficacia-nullità fino a prova contraria⁸.

Il decreto n. 231/2002, dunque, può essere ascritto all'area di quella normazione speciale destinata a regolare in via generale i contratti tra imprenditori (o tra questi e la pubblica amministrazione). Esso fa parte, insieme alla legge sulla subfornitura e alle modifiche recentemente introdotte alla disciplina generale del contratto di agenzia, di un tessuto di norme che intende introdurre meccanismi di riequilibrio anche nel mondo dei contratti tra le imprese, importando in questo settore meccanismi e regole fino ad oggi utilizzati per disciplinare la contrattazione con i consumatori⁹.

L'individuazione dei profili soggettivi di applicazione del d. lgs. 231/2002 implica l'analisi delle nozioni soggettive di «imprenditore» e «pubblica amministrazione».

⁸ Probabilmente è lo stesso fenomeno «ritardati pagamenti» ad essere statisticamente meno rilevante nel mondo della contrattazione con il consumatore.

Se consumatore è la persona fisica che «agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta» (art. 3, lett. b) Codice del Consumo), l'importo delle merci da lui acquistate o dei servizi utilizzati non può assumere quella dimensione quantitativa tale da rendere gravemente pregiudizievole per l'impresa un ritardo nel pagamento.

⁹ Come si approfondirà nel prosieguo del lavoro, il legislatore si serve in tale ambito di strumenti analoghi a quelli utilizzati nella disciplina dei contratti con i consumatori. Il dato unificante del nuovo paradigma contrattuale è dato non solo dalla qualità soggettiva dei contraenti, bensì da un elemento più generale: «E' l'elemento che una volta si sarebbe definito come «debolezza» di una parte rispetto all'altra, e che in linguaggio più moderno può oggi denominarsi come asimmetria di potere contrattuale. C'è asimmetria di potere contrattuale fra consumatori e professionisti, ma non solo (...)». Anche nei rapporti contrattuali tra imprese – e, specificatamente, ove si tratti di concordare i termini di pagamento – l'asimmetria tra le parti torna, come nei contratti con i consumatori, a farsi sentire, soprattutto quando l'impresa forte impone a quella debole tempi eccessivamente lunghi di pagamento: ed è a questo fenomeno che il d. lgs. di attuazione della direttiva n. 2000/35/CE tenta di porre un argine, soprattutto laddove (art. 7) sanziona con la nullità quegli accordi che – regolando termini del pagamento o conseguenze del ritardo – risultino gravemente iniqui a danno del creditore, V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli 2002, pp. 51-54.

La lettera c) dell'art. 2 definisce l'imprenditore come "ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione". Si tratta di una definizione assai ampia, specie se confrontata con la nozione codicistica di cui all'articolo 2082 c.c., in cui si definisce imprenditore "chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi".

L'espressione «ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata» è di tale ampiezza da poter ricomprendere in sé tutte le persone fisiche o giuridiche che esercitino in forma organizzata un'attività economica, e pertanto idonea ad attrarre nell'ambito applicativo dell'intervento sia l'impresa individuale, sia quella collettiva. La medesima conclusione sembra imporsi anche per gli enti *non profit*, allorquando svolgano attività economiche lucrative ausiliarie o sussidiarie rispetto agli obiettivi istituzionali perseguiti¹⁰. In tal senso muove l'evoluzione del diritto comunitario della concorrenza, che sempre più spesso coinvolge gli enti non lucrativi tra i soggetti destinatari di specifici interventi normativi, tenuto conto della ontologica compatibilità tra il carattere *non profit* dell'ente, il quale coincide con il divieto assoluto di distribuzione di utili, e lo svolgimento di attività economica lucrativa. In altri termini, l'assenza di un lucro soggettivo non è circostanza sufficiente a giustificare l'espunzione delle associazioni e fondazioni *non profit* dal novero delle imprese comunitarie¹¹.

Il requisito della «organizzazione» sembra costituire l'elemento comune a tutte le definizioni di imprenditore e di professionista, sia

¹⁰ Quanto agli enti «non profit», si ritiene che la nuova normativa possa trovare applicazione ai pagamenti relativi ai contratti che questi stipulano per l'esercizio di un'attività commerciale, anche quando essa non è esclusiva ed è finalizzata al conseguimento degli scopi istituzionali dell'ente stesso. Sul punto, del resto, significativo l'art. 4, lett. e), legge 7 dicembre 2000, n. 383 (Disciplina delle associazioni di promozione sociale), a tenore del quale una delle risorse economiche di dette associazioni può essere rappresentata da «entrate derivanti da prestazioni di servizi convenzionati».

¹¹ Così Di Via, *L'impresa*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, II, Padova, 2003, pp. 86 ss.

quella generale dell'art. 2082 c.c., sia quelle contenute nelle varie leggi speciali. Circa il significato da attribuire a tale termine, la funzione organizzativa dell'imprenditore deve concretizzarsi nella creazione di un *apparato produttivo* stabile e complesso, formato da persone e da beni strumentali (macchinari, merci, materie prime). E questo tipico aspetto del fenomeno imprenditoriale è sottolineato dal legislatore quando qualifica l'impresa come *attività organizzata*; quando disciplina il lavoro e l'organizzazione del lavoro nell'impresa, ponendo in rilievo il potere direttivo e la supremazia gerarchica dell'imprenditore (artt. 2086 e 2094 c.c.); quando definisce l'azienda come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 c.c.). Essenziale perché una data attività produttiva possa dirsi organizzata in forma di impresa è l'utilizzazione di fattori produttivi ed il loro coordinamento da parte dell'imprenditore per un fine produttivo. Non è invece necessario che la funzione organizzativa dell'imprenditore abbia per oggetto anche altrui prestazioni lavorative autonome o subordinate, né che l'attività organizzativa dell'imprenditore si concretizzi nella creazione di un apparato strumentale fisicamente percepibile, potendo i mezzi materiali ridursi al solo impiego di *mezzi finanziari* propri o altrui¹².

L'ampiezza della formulazione dell'art. 2, I comma, lett. c) del d. lgs in commento, data anche la scomparsa di qualsiasi riferimento al «fine» dell'attività esercitata, consente di ricomprendere anche quelle attività economiche organizzate con un minimo di impiego di forza lavoro o di capitali, ovvero basate sul lavoro esclusivamente o prevalentemente proprio dell'imprenditore. Anche il piccolo imprenditore (art. 2083 c.c.), dunque, può rientrare nella nozione di «imprenditore», almeno ai fini dell'applicazione del decreto in commento¹³; così come, per la medesima ragione, l'imprenditore agricolo¹⁴ o quello che coordina un'impresa familiare.

¹² Cfr. G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, I, UTET.

¹³ Ciò, del resto, risponde agli scopi che la nuova disciplina si propone di conseguire; è evidente, infatti, che il ritardo nel pagamento dei beni o dei servizi offerti danneggia in modo particolare proprio l'imprenditore medio o piccolo, che

La seconda parte dell'art. 2, I comma, lett. c), conferma l'ampiezza – e nel contempo l'assoluta specificità – dell'accolta nozione di imprenditore: essa si riferisce, infatti, anche a coloro che esercitano una *libera professione*.

L'uso della disgiuntiva «o» induce a ritenere che l'esercizio della libera professione prescindano – ai fini della sua qualifica come attività di impresa – dal requisito della «organizzazione» imposto, viceversa, per chi esercita un'attività economica (e, del resto, altrimenti necessario, secondo la normativa generale, affinché un libero professionista possa dirsi «anche» imprenditore).

Sicché è libero professionista chi esercita – al di fuori di qualsiasi rapporto di subordinazione o parasubordinazione – un'attività di tipo professionale, senza che abbia alcun rilievo la sua iscrizione ad un albo, ad un ordine, ovvero l'adempimento di altre formalità previste dalle leggi¹⁵. La libera professione, ai fini del decreto in commento,

rischia, per la mancata acquisizione degli introiti nei tempi previsti, di risentire in modo certamente più intenso rispetto a quanto ne risenta un imprenditore di dimensioni maggiori. Nel medesimo senso si veda R. Conti, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corr. Giur.*, 2002, p. 802, in particolare p. 807, il quale sottolinea come proprio nel mondo delle piccole e delle medie imprese si verificano, anche relativamente ai tempi di pagamenti, quelle situazioni di sostanziale asimmetria che, nel mondo dei contratti con i consumatori, hanno ispirato la normativa comunitaria in materia di clausole vessatorie. Del resto, a riprova dell'ampiezza della nozione di «imprenditore», il successivo art. 8, I comma, del d. lgs in commento riconosce legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi alle associazioni di categoria degli imprenditori «prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani». Cfr., infine, la Relazione al d. lgs n. 231/2002, ove si afferma che «L'eccessivo ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nelle transazioni commerciali impone alle imprese, specie se di piccola o media dimensione, pesanti oneri amministrativi e finanziari, determinando contrazioni di posti di lavoro e problemi di solvibilità».

¹⁴ Sottolinea l'ampiezza della nozione di imprenditore accolta dal d.lgs 231/2002 L. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, p. 74

¹⁵ Molto opportunamente il *Considerando* n. 14 della direttiva n. 2000/35/CE si preoccupa di avvertire che «Il fatto che le professioni liberali ricadano nell'ambito di applicazione della presente direttiva, non comporta per gli Stati membri l'obbligo di

può essere svolta sia da una sola persona che da una società di professionisti. La merce venduta o, più frequentemente, il servizio prestato dal libero professionista ad un'altra impresa, ad un altro libero professionista, o ad una pubblica amministrazione, dunque, sono soggetti – quanto ai pagamenti dei corrispettivi per il servizio prestato – al trattamento di cui al decreto n. 231/2002.

Altrettanto ampia è la definizione di «pubblica amministrazione» che ripete, come precisa la Relazione governativa, quella, identica, contenuta nella normativa che regola gli appalti pubblici¹⁶.

L'art. 2, I comma, lett. b), ricomprende in questa nozione sia i soggetti che tradizionalmente sono la pubblica amministrazione: Stato, regioni, province, comuni, province autonome, enti pubblici territoriali e non economici. Sia soggetti che, pur aventi strutture giuridiche non necessariamente di diritto pubblico, sono costituiti, finanziati, controllati dagli enti pubblici per soddisfare finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale. Pertanto il legislatore del 2002 estende la disciplina sui pagamenti nelle transazioni commerciali ai cd. organismi di diritto pubblico, ovvero a quei soggetti dotati di personalità giuridica, istituiti per soddisfare specifiche finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici. In tal modo, l'organismo di diritto pubblico viene

trattarle come imprese o attività commerciali per fini diversi da quelli della presente direttiva». Ed allora permane, al di là dell'ambito applicativo del d. lgs n. 231/2002, quell'idea secondo la quale il professionista intellettuale diventa imprenditore solo se e quando esercita, oltre alla professione, anche un'attività organizzata conforme alla definizione di cui all'art. 2082 c.c.: per tutti si veda F. Galgano, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1999, pp. 27-28.

¹⁶ È la direttiva n. 2000/35/CE, del resto, che impone l'adozione di una nozione di pubblica amministrazione identica a quella accolta dalla direttiva europea in materia di appalti pubblici (art. 2, n.1, 2° periodo).

attratto nel campo privatistico della regolamentazione dei rapporti negoziali.

Relativamente alla definizione normativa di organismo di diritto pubblico, essa identifica una categoria aperta sulla base di una pluralità di elementi tipizzanti, quali la personalità giuridica, l'influenza dominante, e l'elemento teleologico. Elementi, questi, tutti necessari perché un ente possa essere ricondotto alla categoria degli organismi di diritto pubblico.

L'accertamento del possesso della personalità giuridica, vertendo sulla verifica di un requisito formale, non è stato foriero di rilevanti incertezze interpretative nella prassi giurisprudenziale.

Il requisito dell'influenza dominante è quello che meglio evidenzia quel legame tra un'amministrazione pubblica in senso tradizionale ed un ente personificato.

Tale legame, idoneo a tradursi in una vera e propria dipendenza dell'ente dalla pubblica amministrazione, secondo la lettera della legge può essere triplice, potendo prendere forma di un finanziamento maggioritario, di un controllo sulla gestione ovvero di designazione di almeno la metà dei componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza dell'ente stesso.

Tra tali indici, quello più significativo appare essere il primo, ovvero il finanziamento maggioritario ad opera dello Stato, delle regioni, degli enti locali, di altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico. L'espressione generica impiegata dal legislatore lascia all'interprete il compito di chiarire se nella nozione di finanziamento rientri qualunque erogazione monetaria a favore dell'ente personificato, qualunque sia il titolo dell'erogazione, ovvero soltanto quei flussi monetari svincolati da specifici rapporti negoziali ed aventi natura di sussidio economico concernente l'attività svolta dall'ente destinatario. Tra le due possibili opzioni ermeneutiche, deve preferirsi la seconda, sulla base della considerazione che uno specifico rapporto di dipendenza tra ente finanziato ed ente finanziatore, secondo le

intenzioni del legislatore sovranazionale, può essere costituito e rafforzato mediante flussi monetari che risultino svincolati da controprestazioni di sorta, così da tradursi in veri e propri aiuti finanziari a sostegno dell'attività dell'ente beneficiario.

In merito agli altri due indici rivelatori della influenza dominante alternativamente richiamati dall'art. 1, lett. b), essi non hanno originato nella prassi giudiziaria particolari dubbi applicativi. Va comunque evidenziato che il controllo pubblico cui l'organismo deve essere assoggettato non è un controllo sugli atti, sia esso di legittimità o di merito, bensì un controllo sulla gestione, ovvero sull'attività svolta dall'ente e sugli obiettivi dal medesimo perseguiti.

Quanto all'indice rappresentato dalla designazione pubblica dei componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza, la *ratio* della norma è da individuarsi nella capacità di incidenza sulle scelte gestionali dell'ente che il potere di designazione di almeno la metà degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza attribuisce al soggetto designante.

Un ente personificato, per poter essere ricondotto alla categoria degli organismi di diritto pubblico, oltre a presentare il requisito dell'influenza dominante, deve essere stato "istituito per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale". Tale elemento, cd. teleologico, ha posto non pochi problemi in relazione alla natura ed ampiezza del medesimo. Tra le varie interpretazioni al riguardo proposte, pare preferibile quella esposta dalla Corte di Giustizia, secondo cui la ricerca dell'elemento teleologico alla quale è preposto il giudice nazionale si scinde in un duplice accertamento: il primo, relativo alla verifica degli interessi generali perseguiti dall'ente, il secondo, successivo al primo e subordinato all'esito positivo di quest'ultimo, concernente il requisito negativo del carattere non industriale o commerciale degli interessi medesimi. Ciò in quanto le direttive comunitarie hanno inteso riferirsi non agli interessi generali *tout court*, bensì a quella sottocategoria di interessi generali di carattere non industriale o commerciale, la cui

ricorrenza è la sola compatibile con la nozione di organismo di diritto pubblico.

Se la nuova disciplina si applica (anche) ai contratti stipulati tra imprenditori e pubblica amministrazione, l'entrata in vigore del d.lgs n. 231/2002 pone un problema di coordinamento con la normativa che regola gli appalti pubblici.

La direttiva n. 2000/35/CE ha tra i suoi scopi anche quello di disciplinare i contratti tra imprese private e pubblica amministrazione «tenendo conto del fatto che a queste ultime fa capo un volume considerevole di pagamenti alle imprese», ma non menziona né fa riferimento al settore degli appalti pubblici.

Il ritardo nel pagamento degli importi di cui l'amministrazione è debitrice verso l'impresa appaltatrice trova specifica disciplina nella normativa in materia di appalti pubblici. In particolare, l'art. 26 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (così come modificato da successivi interventi normativi) dispone che, in caso di ritardo nell'emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa, spettino all'esecutore dei lavori gli interessi legali e moratori (salva la facoltà dell'appaltatore di opporre l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. o di promuovere giudizio arbitrale per far dichiarare la risoluzione del contratto).

Il d. lgs n. 231/2002 introduce una disciplina che, sia per quanto attiene ai termini di pagamento che per quanto riguarda la determinazione del saggio degli interessi moratori, è più favorevole al creditore-appaltatore: trascorsi trenta giorni dalla richiesta di pagamento (o da uno degli altri presupposti individuati dall'art. 4, II comma, del decreto), il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori nella misura prevista dalla nuova disciplina.

Nel decreto non si rinviene alcun riferimento ai pagamenti degli appalti pubblici tant'è che, nella Relazione governativa, espressamente si esclude che questi siano oggetto della nuova

normativa¹⁷. Il legislatore ha «recepito l'avviso» dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, lasciando fuori dalla nuova disciplina questo settore.

La nozione di «transazione commerciale» - affidata, come già evidenziato, ai due poli: consegna di merci-prestazioni di servizi – è sufficientemente precisa, non generale o esemplificativa, come pure prospettato da qualche commentatore. Essa non può estendersi al di là della sua portata, pur se tale operazione potrebbe apparire giustificata da più generali ragioni di tipo equitativo.

Ed infatti manca una lacuna da colmare con gli strumenti propri dell'interpretazione estensiva o analogica, poiché la materia del ritardo nel pagamento delle opere eseguite in appalto pubblico è specificamente regolata da una normativa speciale (e, da ultimo, dagli artt. 29 e 30 del nuovo capitolato generale introdotto dal d.m. n. 145/2000)¹⁸.

¹⁷ Il legislatore, evidentemente, ha ritenuto di non accogliere gli inviti – pur formulati da qualche Autore – a risolvere il problema della diversità di trattamento in sede di attuazione della delega conferita per il recepimento della direttiva n. 2000/35/CE. Il testo della Relazione governativa indica chiaramente che la mancata menzione del settore degli appalti pubblici di opere non costituisce né una svista né una dimenticanza, ma rappresenta una scelta precisa di cui l'interprete non può che prendere atto.

¹⁸ Rileva A. Zaccaria, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium Iuris*, 2001, p. 259, in particolare pp. 261-262 che la direttiva non sostituisce di per sé la normativa speciale nazionale già esistente sulla medesima materia «sempre che il loro contenuto non sia tale da evidenziare un contrasto con i fini perseguiti dalle norme di derivazione comunitaria».

3. Responsabilità del debitore e risarcimento del danno

Con una disposizione (art. 3) che ricalca nella rubrica (e in parte) nel contenuto l'art. 1218 c.c., il legislatore italiano ha recepito il principio stabilito dalla Direttiva 2000/35/CE (art. 3, lett. c) secondo cui il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori salvo che il ritardo non sia imputabile al debitore. Analoga previsione è contenuta nell'art. 6 del d. lgs di attuazione che stabilisce il diritto del creditore al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero, salva la prova dell'eventuale maggior danno, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile (cfr. l'art. 3, lett. e della Direttiva).

Raffrontando il testo della Direttiva con quello del decreto legislativo, si osserva però che, mentre la prima prevede che gli interessi di mora sono dovuti *“a meno che il ritardo non sia imputabile al debitore”*, il secondo stabilisce che essi sono dovuti *“salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*.

Al fine di intendere il significato della regola espressa dalla norma in esame e del contesto in cui è destinata ad operare, è opportuno svolgere alcune riflessioni sulla responsabilità del debitore nell'ordinamento italiano.

Come noto, l'interpretazione dell'art. 1218 c.c. «è oggetto di un travagliato dibattito dottrinario che ripropone un fondamentale contrasto di opinioni – già presente nella letteratura anteriore al codice vigente – che vede scontrarsi due opposte concezioni, quella della responsabilità oggettiva e quella della colpa»¹⁹.

In linea generale, la nota teoria secondo cui solo l'impossibilità oggettiva ed assoluta della prestazione può liberare il debitore dalla

¹⁹ Così si esprime C. M. Bianca, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994.

responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione non ha avuto largo seguito nel nostro ordinamento, anche se proprio il tenore letterale dell'art. 1218 c.c. sembrerebbe suggerirla²⁰. Essa si basa su una rigorosa interpretazione dell'art. 1218 c.c., il quale non fa alcun riferimento ad elementi soggettivi, ma rende in ogni caso responsabile il debitore se la prestazione non è oggettivamente impossibile e questa impossibilità va intesa in stretta correlazione con il primo comma dell'art. 1256 c.c., il quale prevede l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta, non per ragioni soggettive, ma per ragioni oggettive (impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore). Secondo tale risalente opinione dottrina, su cui si basa ogni successiva riflessione sull'argomento, la regola della diligenza posta dall'art. 1176 c.c. e, dunque, il profilo della colpa del debitore assumerebbe rilievo solo se previamente fornita la prova di un evento che abbia oggettivamente ed in senso assoluto impedito l'adempimento stesso. In tal caso, il debitore non potrebbe comunque andare esente da responsabilità se avrebbe potuto diligentemente prevenire o evitare l'evento impeditivo.

A tale posizione, in cui la liberazione del debitore viene circoscritta al sopravvenire di un evento del tutto estraneo alla sua sfera e non superabile da qualunque soggetto (e, dunque, "di impossibilità assoluta"), la giurisprudenza e la dottrina hanno preferito una nozione di impossibilità oggettiva relativa, secondo cui il debitore non è

²⁰ È la tesi di Osti (*Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918), formulata inizialmente sulla scorta di quanto previsto dall'art. 1225 del codice civile del 1865 (che stabiliva che "il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione, quanto per il ritardo dell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, ancorché non sia per sua parte intervenuta malafede"). Secondo tale posizione, che muove dal raffronto e dal coordinamento dell'art. 1218 c.c. con l'art. 1256 c.c., l'impossibilità non imputabile che libera il debitore sostanzialmente coincide con una causa estintiva dell'obbligazione e la responsabilità del debitore sarà presente ogniqualvolta non sia dimostrabile l'impossibilità dell'obbligazione: il modo di comportarsi del debitore, prescritto dall'art. 1176 c.c. altro non sarebbe che la modalità per adempiere all'obbligazione, e non la descrizione dello sforzo necessario per la sua realizzazione.

responsabile se prova che l'inadempimento è dovuto ad un fatto estraneo alla sua sfera di controllo e non riconducibile a comportamento colposo, ossia non superabile con l'ordinaria diligenza e, comunque, con lo sforzo che, rispetto alla specifica vicenda contrattuale, poteva essere richiesto²¹.

L'opinione che riconosce alla colpa un ruolo fondamentale nell'economia del giudizio di responsabilità per l'inadempimento e che nega validità ad una nozione naturalistica di impossibilità, si basa sul significato attribuito dalla dottrina dominante alla connessione sistematica tra la diligenza cui è tenuto il debitore nell'adempimento delle obbligazioni (art. 1176 c.c.) e la disciplina della responsabilità (art. 1218 c.c.). Da tale interpretazione sistematica degli artt. 1218 c.c. e 1176 c.c. risulta²² come l'art. 1218 c.c. esprima un principio generale di responsabilità e non un criterio unitario alla luce del quale sia possibile imputare tale responsabilità al debitore inadempiente²³.

²¹ Cfr. C. M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile diretto da Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1979, pp. 11 ss.: «La tesi che ravvisa nella colpa il fondamento della responsabilità debitoria è quella che consente di giustificare tale responsabilità con riguardo all'impegno dovuto. [...] Colpa è [...] l'inosservanza della normale diligenza, cioè dello sforzo volitivo e tecnico normalmente adeguato al soddisfacimento dell'interesse del creditore. La diligenza richiesta dalla legge al debitore si conforma precisamente ad obiettivi canonici sociali e professionali di condotta. Ed allora coerente con questa specificazione legale dell'impegno obbligatorio che il debitore non risponda dell'inadempimento in presenza di impedimenti non prevedibili né superabili alla stregua dello sforzo diligente dovuto».

²² La manualistica lo attesta con chiarezza: per tutti, v. P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 307 ss., e V. Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, IV ed., Monduzzi, Bologna, 2001, p. 294 ss., spec. pp. 294-295: «L'art. 1218 c.c. dà solo lo *schema base della responsabilità per inadempimento*, al quale si aggiungono – sparse nel codice – tante *altre regole, più particolari e circostanziate*, che disciplinano casi specifici di responsabilità, individuati per lo più in relazione ai *diversi tipi di obbligazione* che concretamente vengono in gioco (regole che introducono, caso per caso, criteri anche notevolmente diversi da quelli dell'art. 1218 c.c.[...])».

²³ Il contrasto tra teorie oggettiviste (il debitore risponde di ogni evento che astrattamente rientri nella sua sfera di organizzazione e delle cd. cause ignote) e soggettiviste (il debitore risponde in caso di dolo o colpa, cioè negligenza, imprudenza imperizia) si stempera quando si rilevi che «i diversi tipi di rapporti contrattuali richiedono talvolta regimi diversi della responsabilità, spesso definiti da

In particolare, per questa seconda argomentazione, nella quale la colpa è considerata il presupposto generale della responsabilità contrattuale, occorre tenere distinte due soluzioni: se il debitore percepisce che per soddisfare il creditore è necessario uno sforzo superiore a quello ordinario del buon padre di famiglia, questi non potrà esimersi dal produrre tale sforzo, versando differentemente addirittura in situazione di dolo (e non di colpa, posto che avrebbe, ab origine, la certezza che il proprio comportamento “omissivo” sarà destinato a condurlo ad un inadempimento certo). Se diversamente il debitore non è in grado di avere contezza della necessità di tale sforzo straordinario, questi sarà tenuto a tenere la sola diligenza prevista dall’art. 1176 c.c., rimanendo esente dall’obbligazione per “causa a lui non imputabile” in caso non riesca ad onorarla.

La diligenza, rappresentando la misura del comportamento tenuto dal debitore nell’adempimento dell’obbligazione, costituisce anche il criterio su cui si fonda il giudizio di responsabilità del debitore. Da ciò deriva che non è solo l’impossibilità in senso naturalistico ad esonerare, se non imputabile, il debitore da responsabilità, ma anche l’evento che, pur non impedendo in senso assoluto di adempiere, non è comunque superabile con l’ordinaria diligenza.

Il determinante ruolo assunto dalla colpa non conduce, tuttavia, ad una considerazione in senso (esclusivamente) soggettivistico della responsabilità del debitore, in quanto il giudizio di responsabilità si fonda sulla individuazione di un fatto impeditivo oggettivo e sulla

norme specifiche dettate per singoli contratti. Il legislatore ha voluto sintetizzare, più o meno felicemente, nella formula unica dell’art. 1218 c.c. le svariate regole di responsabilità. Ecco perché, nell’interpretazione della formula, la varietà delle regole va ritrovata attraverso un’interpretazione variabile del termine “impossibilità”, che talvolta va intesa come impossibilità oggettiva, talvolta semplicemente come impedimento superiore alla diligenza dovuta dal debitore in relazione con la natura dell’obbligazione assunta»: P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2000.

valutazione soggettiva dello sforzo che era richiesto al debitore nell'adempimento²⁴.

3.1 *L'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie*

Qualunque sia la posizione che si accolga in relazione alla questione generale della responsabilità per inadempimento del debitore, vi è una sostanziale unanimità di consensi in merito alla particolare vicenda dell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Rispetto a tali obbligazioni si è affermata la tendenza ad applicare il principio, riassunto nella formula del *genus numquam perit*, che regola la responsabilità per le obbligazioni generiche e che esclude che il debitore possa andare esente da responsabilità per non aver potuto procurare la quantità di cose generiche oggetto del contratto²⁵. Secondo una ormai consolidata opinione, posto che la prestazione non è individuata se non, appunto, nel genere, al momento della conclusione del contratto, il debitore non può giustificare il proprio inadempimento adducendo il perimento degli specifici beni appartenenti al *genus* richiesto che egli abbia eventualmente destinato all'adempimento ovvero con la difficoltà o l'impossibilità soggettiva di procurarseli. Fin quando è oggettivamente possibile ottenere la quantità richiesta dei beni (e, dunque, salva l'ipotesi estrema di perimento di tutto il *genus*) non è configurabile l'esistenza di un evento sopravvenuto che impedisca definitivamente l'adempimento e

²⁴ Al riguardo si veda Di Maio, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1988, 473. La questione è indubbiamente complessa, soprattutto quando si ha riguardo alle obbligazioni che hanno ad oggetto un *facere* e nelle quali la diligenza assume il ruolo di contenuto stesso della obbligazione. Da qui la nota distinzione, da molti criticata, tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato.

²⁵ Sull'argomento v. C.M. Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 107 ss.

che possa essere considerata come impossibilità non imputabile della prestazione, potendosi al più parlare di *difficultas praestandi* la quale non ha rilievo giuridico.

La disciplina della responsabilità del debitore di cose generiche si modella, anche nell'attuale sistema, sul principio della distribuzione del "rischio" della possibilità di adempiere, interamente ed (oggettivamente) addossato al debitore sino al momento dell'individuazione dei beni.

Solo rispetto al ritardo nell'adempimento, derivante da causa non imputabile, può ammettersi, entro certi limiti, che il debitore fornisca la prova della impossibilità temporanea di non adempiere e, dunque, che possa non essere considerato in mora fino a quando permane l'evento impeditivo.

Va però osservato come il peculiare atteggiarsi della responsabilità per i debiti pecuniari non trova una esauriente spiegazione nella regola dell'art. 1218 c.c. In particolare l'incondizionata responsabilità trae origine dalla illimitata responsabilità patrimoniale del debitore per le obbligazioni con tutti i suoi beni, ai sensi dell'art. 2740 c.c.²⁶, per cui la oggettiva mancanza di un patrimonio sufficiente a soddisfare il creditore non è causa di estinzione dell'obbligazione, rimanendo il debitore obbligato anche con i beni futuri.

L'irrelevanza della incapacità patrimoniale, quale possibile esimente della responsabilità per l'inadempimento, è diretta conseguenza dell'attribuzione al debitore del "rischio" dell'impossibilità di far fronte alle obbligazioni pecuniarie: l'obiettiva mancanza di mezzi per

²⁶ Nel senso della correlazione tra garanzia patrimoniale e responsabilità per le obbligazioni pecuniarie v. anche Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 308, che osserva che "il limite dell'obbligo pecuniario del debitore è rappresentato, non già dalla misura di uno sforzo nella sua condotta diligente, ma esclusivamente dal valore del suo patrimonio". Sull'argomento si v. anche Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 112 ss. che, in termini ancora più netti, aveva sottolineato come il principio della responsabilità patrimoniale fa sì che si pongano sullo stesso piano la prestazione spontanea del debitore e l'esecuzione forzata sui beni di quest'ultimo.

adempiere, anche se determinata da fatti non imputabili al debitore, non rileva in ragione del rischio che il debitore si assume della propria insolvenza e della conseguente inammissibilità di svolgere un giudizio di imputazione dell'impossibilità di adempiere²⁷.

3.2 *Il risarcimento dei costi di recupero*

L'art. 6 comma 1 del d.lgs. n. 231/2002 stabilisce che il creditore ha diritto al risarcimento dei costi sostenuti per recuperare le somme che il debitore non ha tempestivamente pagato, salva la prova del maggior danno, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile²⁸. La norma amplia il novero delle spese ripetibili dal creditore ovvero i criteri per la loro liquidazione, in quanto nella nozione di "risarcimento dei costi di recupero" possono

²⁷ V. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 315-316.

²⁸ Ad avviso di G. De Marzo, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contratti*, 2002, p. 1155, il principio alla base della disposizione è quello del risarcimento integrale del danno patrimoniale subito in conseguenza del ritardo nel pagamento. Il creditore, allora, ha diritto: agli interessi moratori, nella misura determinata dal legislatore o dalle parti; al risarcimento del danno ulteriore, con i problemi posti dall'art. 1224, II comma, primo periodo, c.c.; al risarcimento delle spese sostenute per il recupero del credito. È probabilmente vero che quest'ultima voce di danno potrà essere assorbita dalla prima e/o dalla seconda; ma, altrettanto probabilmente, il legislatore comunitario ha preferito tenere formalmente distinti interessi da ritardo, costi di recupero e risarcimenti aggiuntivi (all'interno dei quali il decreto di attuazione ha distinto la voce maggior danno), alla luce del principio dell'integrale risarcimento. In questo senso appare chiaro il *Considerando* n. 17, il quale affianca il «risarcimento ragionevole delle spese di recupero» agli «eventuali risarcimenti aggiuntivi per i danni causati dal ritardo di pagamento», e tenuto conto che «queste spese sostenute possono essere già state compensate dagli interessi relativi al ritardato pagamento»; e cfr. anche l'art. 3, par. 1, lett. e), della direttiva, ove si afferma che il creditore ha diritto di esigere dal debitore un risarcimento ragionevole per tutti i costi di recupero sostenuti [...]. Questi costi di recupero devono rispettare i principi della trasparenza e della proporzionalità per quanto riguarda il debito in questione. Gli Stati membri possono, nel rispetto dei suddetti principi, fissare un importo massimo per quanto riguarda i costi di recupero per vari livelli di debito».

ricomprendersi sia le spese e gli onorari degli avvocati sia le spese diverse da quelle legali, in quanto comunque ricollegabili al recupero del credito²⁹.

Ai fini della determinazione di tali costi, nel rispetto dei principi di trasparenza e di proporzionalità, è possibile ricorrere ad “elementi presuntivi”, tenendosi conto altresì delle “tariffe forensi” in materia stragiudiziale; il riferimento alla presunzione indica la possibilità di ottenere il risarcimento di costi non documentati ma presumibilmente sopportati dal creditore.

Il principio di trasparenza rileva in riferimento all’onere della prova: in questo senso, la prova delle spese di recupero resiste al giudizio di trasparenza se particolarmente rigorosa³⁰, per cui sono rimborsabili solo le spese effettivamente sostenute e giustificate.

Il principio di proporzionalità rileva invece in riferimento al rapporto tra ammontare delle spese ed ammontare del debito: si tratta, quindi, di valutarne l’adeguatezza.

Può dirsi allora che i costi di recupero che soddisfino tali requisiti sono risarcibili perché ragionevoli.

L’art. 6, comma I, del decreto fa salva la prova del maggior danno ed introduce così un terzo profilo di danno che spetta al creditore, accanto agli interessi di mora ed ai costi di recupero. Al riguardo, secondo alcuni commentatori della legge, il maggior danno è effettivamente una misura aggiuntiva alla corresponsione degli interessi moratori, cui il creditore che ne dia la prova ha certamente

²⁹ Nel senso che il giudice potrebbe liquidare anche le spese sostenute dal creditore che si avvale di una società di recupero crediti v. R. Conti, *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corriere giur.*, 2003, 112. Si è inoltre affermato che sono rimborsabili anche i costi sopportati dall’impresa che agisca tramite un proprio ufficio legale (S. De Nova, in G. De Nova-S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano-Ipsa, 2003,22)

³⁰ Così Zaccaria A., *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium Iuris*, 2001, p. 259

diritto; secondo altri, il maggior danno potrebbe essere risarcito a condizione che sussista una situazione di mora ai sensi dell'art. 1224 c.c.; ovvero qualora il creditore rinunci agli interessi di mora previsti dal decreto e richieda gli interessi legali oltre al maggior danno³¹.

Circa la possibilità o meno di escludere convenzionalmente il risarcimento dei costi di recupero ed il maggior danno, si osserva che anche se l'art. 7 del decreto non prevede la nullità anche di tali accordi, deve ritenersi che non sia valida la convenzione tra le parti che deroghi, in senso peggiorativo per il creditore, a quanto previsto dalla norma di legge³².

3.3 Gli accordi tra i contraenti sulla data del pagamento e sulla disciplina della mora

L'articolo 7 del d. lgs. 231/2002 contempla gli accordi tra debitore e creditore, prescrivendo la nullità dei medesimi laddove risultino gravemente iniqui a danno del creditore.

Al fine di comprendere la reale portata di tale disposizione, è opportuno soffermarsi sulla corrispondente disposizione enunciata nell'art. 3, comma 3 della direttiva 2000/35/CE e constatare così che almeno sul piano testuale le due disposizioni appaiono riferite a fattispecie non esattamente coincidenti.

³¹ In questi termini S. De Nova, op. citata, 21-22

³² Cfr. M. Grondona, *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, in A.M. Benedetti (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2003, 107, secondo cui gli accordi derogatori devono essere valutati alla luce del criterio previsto dall'art. 7 del decreto e, dunque, ricercando l'esistenza di una grave iniquità nello stesso; e R. Conti, op. cit., 112 che reputa una mera dimenticanza la mancata sanzione della nullità dei patti contrari.

Circa il contenuto della direttiva, la *ratio* dell'intervento comunitario è precisata nel 19^o Considerando dove si spiega che l'attuazione normativa affidata ai legislatori degli Stati membri «*dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*» e si puntualizza che «*nel caso in cui un accordo abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, o nel caso in cui l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento ad essi concessi, si può ritenere che questi elementi configurino un siffatto abuso*».

Rispetto a tale dichiarata finalità, l'art. 3 della direttiva espone l'intera regolamentazione dei pagamenti commerciali e reca un precetto complesso, articolato in una regola generale³³, in una prescrizione complementare³⁴ ed in una indicazione circa le conseguenze derivanti dalla prescrizione complementare³⁵.

Il dettato dell'art. 7 del d. lgs n. 231/2002 reca una diversa articolazione dei contenuti della regola riferita agli accordi tra creditore e debitore; regola sancita da una prescrizione di carattere generale, espressa nel primo comma, cui è complementare l'esemplificazione esposta nel comma successivo e l'indicazione circa le conseguenze della violazione del precetto, esposta nel terzo comma.

La valutazione ponderata di queste circostanze avvicina l'equità al più concreto concetto di *ragionevolezza*. Il compito del giudice, dunque, non è tanto quello di verificare se una clausola sul termine è o non è «giusta»; ma se è o non è «ragionevole»³⁶. Anzi: se è o non è

³³ La data del pagamento deve risultare dal contratto o, in difetto, è determinata secondo le prescrizioni temporali fissate nella disposizione.

³⁴ Se l'accordo raggiunto tra le parti non è conforme alle indicazioni delle direttive non avrà effetto a meno che le circostanze siano tali da giustificare l'adozione del diverso patto.

³⁵ Ove sussista la grave iniquità, si applicano i termini legali ma il giudice potrebbe altrimenti riportare ad equità il contratto.

³⁶ Potrebbe trattarsi di un controllo sui contenuti della clausola contrattuale affine a quello esercitato dalla Corte Costituzionale sulle norme di legge, soprattutto quando è chiamata a giudicare sull'eventuale violazione del principio d'eguaglianza di cui

ragionevole che le parti abbiano disciplinato i termini di pagamento o le conseguenze del ritardo attraverso regole diverse da quelle legali.

Più nel dettaglio, la prescrizione di nullità di un accordo avente ad oggetto la data entro la quale il pagamento deve essere effettuato ovvero gli effetti che le parti collegano al ritardato adempimento viene enunciata, in termini generali, in quanto diretta a colpire la grave iniquità del patto, risultante all'esito di una valutazione complessiva dell'intesa, condotta secondo le direttive ermeneutiche enunciate nella norma medesima; con riguardo, quindi, alla prassi commerciale, alla natura dell'oggetto del contratto, alle condizioni dei contraenti ed ai loro rapporti commerciali, ed infine ad ogni ulteriore circostanza ravvisabile in concreto.

La previsione del secondo comma dell'art. 7 formula, appunto in termini complementari rispetto all'enunciato generale, una presunzione di iniquità del patto, individuando due fattispecie per così dire tipiche, sulla scorta di quanto disposto dal 19° Considerando della direttiva: la esclusiva finalità di produrre un vantaggio, in termini di liquidità aggiuntiva, al debitore; la pattuizione con i subcontraenti dell'appaltatore di termini di pagamento più lunghi rispetto a quelli convenuti con il committente principale.

all'art. 3 Cost.: l'osservazione è di L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p.1, in partic. pp. 16-17. L'a., a proposito del controllo sulla vessatorietà delle clausole inserite nei contratti professionisti-consumatori, osserva che: «La valutazione secondo “buona fede” ha qui il significato non tanto di un giudizio – alla stregua dell'abito morale del *bonus vir* - sul comportamento della parte che ha proposto la clausola in questione (...), quanto un test of reasonableness sul contenuto della clausola, cioè un significato che si approssima al concetto pragmatico di equità (...). Si è aperta la strada, continua l'A., per «un sindacato di ragionevolezza analogo a quello esercitato dalla Corte Costituzionale sulle norme di legge, con conseguente attribuzione al giudice civile di un difficile compito di bilanciamento di interessi». Contra, F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 555 che vede nella ragionevolezza uno snaturamento del concetto di buona fede, dietro al quale si nasconde un preoccupante pericolo di vaghezza».

Rispetto ad entrambe le ipotesi, la presunzione ammette una possibile prova contraria, costituita dalla dimostrazione della oggettiva ragionevolezza del patto.

Quanto poi alla rilevanza della regola sul piano giurisdizionale, la *rilevabilità d'ufficio* della invalidità è coerente con la qualificazione di nullità del patto, mentre l'alternativa tra la conseguente applicazione dei termini legali ovvero la riconduzione ad equità è ancora una volta affidata alla considerazione complessiva di tutte le caratteristiche del contratto cui il patto inerisce.

La previsione dell'art. 7 appare idonea a costituire una integrazione della più generale disciplina dei termini di pagamento dettata dal legislatore con riferimento ad un ampio novero di fattispecie³⁷; disciplina che la nuova legge ora detta fissando in via suppletiva le regole circa i termini di pagamento ed i tassi di mora ed ammettendo poi che le diverse intese che le parti raggiungono sul punto possano essere sottoposte al vaglio giurisdizionale, secondo i parametri specificamente indicati.

Nell'articolato della direttiva la libertà contrattuale incontrava più ampie limitazioni di carattere generale: all'art. 3, comma 3, dir. 2000/35/CE, infatti, qualsiasi accordo sulla data di pagamento o sulle conseguenze del ritardo può essere sanzionato, in via generale, sol che «risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore».

E la valutazione d'illiceità – sempre secondo la citata disposizione – è fondata su circostanze essenzialmente oggettive, quali la «prassi commerciale» e la «natura del prodotto»³⁸, ampiamente affidate a una discrezionale valutazione dell'organo giurisdizionale.

³⁷ Comprensivo non soltanto dei contratti tra imprese, ma anche di quelli nei quali è parte (debitrice) la p.a. ed ancora quelli che vedono creditori i professionisti.

³⁸ Anche se l'art. 3, comma 3, della direttiva aggiungeva che «per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, si terrà conto *inter alia* se il debitore ha qualche motivo oggettivo per ignorare le disposizioni dei parr. 1, lett. da b) a d), e 2». Il verbo «ignorare» è da leggersi, in realtà, come «derogare», e l'espressione «motivo oggettivo» è da leggersi come equivalente a quella di «ragione».

Scompare - almeno nella previsione generale – ogni riferimento ai «motivi» che potrebbero aver soggettivamente indotto il debitore a ottenere termini più lunghi per il pagamento o conseguenze meno gravi in caso di ritardo: scompare, altresì, ogni riferimento all'«abuso della libertà contrattuale» – pur presente nella versione italiana³⁹ - per lasciare spazio a concetti e nozioni (ritenuti) più familiari all'operatore nazionale (quali quelli della nullità e dell'equità).

Nel giudizio di equità-ragionevolezza è essenziale la ricerca di una giustificazione razionale dell'accordo derogatorio, la cui individuazione è sufficiente per escludere l'esistenza di una iniquità a danno del creditore.

Il giudice, nel sindacare la validità degli accordi derogatori, deve basare il suo giudizio su parametri che l'art. 7, 1 comma del decreto ha precisamente individuato⁴⁰, e che costituiscono fonti di possibili giustificazioni in grado di salvare dalla nullità la clausola sul termine o sul saggio d'interesse moratorio⁴¹.

³⁹ Al *Considerando* n. 19 già menzionato. Di «abuso» si torna a parlare nella Relazione Governativa per giustificare la scelta – che appare, peraltro, del tutto obbligata – del rimedio della nullità in luogo di quello della risoluzione.

⁴⁰ Nel puro giudizio d'equità, ove previsto, il giudice è abilitato a valutare con ampiezza e libertà la congruità di prezzi o corrispettivi (si pensi al nuovo art. 1751-bis, 2 comma, c.c.) o l'equità di determinate previsioni contrattuali (ove il giudice, ad esempio, sia chiamato a ridurre una clausola penale eccessivamente onerosa: art. 1384 c.c.). L'art. 7, 1 comma, del decreto, invece, individua gli elementi di fatto cui il giudice deve guardare per fondare il giudizio sull'equità della clausola; e la prevalenza delle circostanze oggettive, allora, pare sfumare l'equità nella «ragionevolezza».

⁴¹ L'assenza di giustificazioni oggettive, in breve, è sintomo evidente del fatto che l'accordo derogatorio è risultato di una asimmetria di poteri contrattuali, che il legislatore intende compensare attribuendo alla parte debole (pur imprenditore o professionista) il rimedio della nullità (sul punto si rinvia a V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., in partic. pp. 53-54).

3.4 La tutela degli interessi collettivi imprenditoriali

L'art. 8 del d. lgs 231 del 2002, rubricato "Tutela degli interessi collettivi", solleva tre ordini di questioni. In primo luogo, esso introduce una tecnica di tutela, appunto, collettiva degli interessi sottesi alla disciplina dei termini di pagamento, muovendosi così sulla falsariga di recenti interventi legislativi in materia contrattuale, che sono stati stimolati dalla normativa comunitaria; in questo contesto viene altresì prevista la possibilità di una tutela cautelare, da concedersi in via d'urgenza.

In secondo luogo, la norma impone di analizzare i poteri attribuiti all'autorità giudiziaria: si va dall'inibitoria all'uso della clausola ritenuta gravemente iniqua, alla correzione o eliminazione degli effetti dannosi che ne scaturiscono, alla pubblicazione sui quotidiani del provvedimento giurisdizionale.

In terzo luogo, nell'ultimo comma, l'art. 8 introduce un meccanismo sanzionatorio, prevedendo che l'inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento del giudice espone il trasgressore ad una penalità di mora, di importo variabile fra un minimo ed un massimo prefissati, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento medesimo.

La domanda ex art. 8 d. lgs. 231/2002 può avere un triplice oggetto:

- a) l'accertamento dell'iniquinà della clausola e la conseguente inibitoria all'uso della clausola medesima;
- b) l'adozione delle misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;
- c) la pubblicazione del provvedimento di accoglimento.

Il primo dei tre punti ripercorre il disposto dell'art.1469 sexies c.c., successivamente abrogato dall'art. 142, d. lgs. 6 settembre 2005, n.

206. Si richiede infatti al giudice di accertare la grave iniquità delle clausole secondo quanto disposto al precedente art. 7.

Ravvisata la grave iniquità della clausola il giudice può inibirne l'uso⁴². Tecnicamente, l'inibitoria si risolve nell'ordine di astenersi da un certo comportamento che – nel caso di specie – consiste nell'utilizzare quella determinata clausola che il giudice ha dichiarato essere gravemente iniqua⁴³.

Se il punto a) sembra muoversi su di un itinerario ormai sufficientemente consolidato, piuttosto innovativa sembra invece essere la previsione del punto b), che attribuisce esplicitamente al giudice un ampio potere di intervento rispetto alle pattuizioni negoziali ed alla loro portata applicativa.

La disposizione sembra in effetti formulata in maniera piuttosto estesa. Essa sembra legittimare il giudice a due ordini di interventi: da un lato, interventi che mirano a porre rimedio alla pregressa applicazione della clausola dichiarata gravemente iniqua.

Dall'altro lato, il giudice potrebbe forse anche riformulare la clausola sui termini di pagamento, in maniera da allinearla alla nuova disciplina.

Il terzo aspetto attiene alla pubblicazione su quotidiani, nazionali o locali, del provvedimento che accoglie l'azione collettiva. La norma

⁴² È stato esattamente notato che l'inibitoria riguarda il contenuto della clausola più che la clausola in sé; se così non fosse, infatti, sarebbero sufficienti meri ritocchi formali alla formulazione della clausola per sfuggire all'inibitoria. Considerazioni sul punto in M. Libertini, *L'azione inibitoria collettiva in materia di clausole vessatorie* (art. 1469 sexies c.c.), cit. p. 213.

⁴³ Come noto, la dottrina processualistica ricollega l'istituto dell'inibitoria a quelle situazioni in cui la tutela di condanna di tipo risarcitorio o ripristinatorio non è idonea a garantire un'effettiva protezione giurisdizionale al diritto leso o minacciato; così, fra gli altri, F. Tommaseo, Sub artt. 1469 sexies - Azione inibitoria, in G. Alpa-S. Patti, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Il codice civile – Commentario* (ora) diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2003, ivi p. 1173, secondo il quale la tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. presuppone situazioni soggettive che abbiano la fisionomia o del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo.

esplicita le finalità della pubblicazione, in quanto precisa che la pubblicazione del provvedimento si giustifica nella misura in cui ciò possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

La formulazione della norma lascia intendere che la pubblicità del provvedimento possa essere ordinata dal giudice anche in assenza di una esplicita domanda sul punto; raffrontando infatti il tenore letterale dei punti b) e c) del comma 1 dell'art. 8, sembra di poter ritenere che il punto c) sia ricompreso nella previsione del punto b). In altri termini, la divulgazione del provvedimento, prevista al punto c), costituisce una delle misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, quali contemplate in via generale al precedente punto b).

L'art. 8, 1° comma, lett. b), deve essere letto in combinato disposto con l'art. 7, 3° comma,, a norma del quale il giudice può ricondurre ad equità la clausola gravemente iniqua.

In tal modo, il legislatore fa sì che il provvedimento del giudice abbia un contenuto molteplice: egli, cioè, attraverso un controllo preventivo, generale ed astratto, può limitarsi ad accertare la grave iniquità delle clausole con conseguente inibitoria, oppure può modificare le clausole in vista della loro futura utilizzazione.

Poiché si tratta di un controllo preventivo, è tuttavia opportuno che il giudice limiti significativamente il proprio potere di intervento, e riconduca quindi il contratto ad equità attenendosi al, ed applicando il regime legale.

4. *In sintesi: l'impatto del d. lgs. 231/2002 sul sistema privato italiano*

In sintesi, come può evincersi anche dalla breve disamina che precede, l'impatto che il d. lgs. n. 231 del 2002 sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ha avuto sul sistema privato italiano è estremamente limitato: non si stravolgono i principi che regolano la mora del debitore; si innova peculiarmente sulla decorrenza e la modalità tecnica di richiesta degli interessi moratori; si precisano, infine, principi e concetti già ampiamente condivisi nella pratica e nella giurisprudenza.

Non si vuole certamente sminuire l'importanza del provvedimento normativo, ma nemmeno attribuirgli funzioni assolutamente inesistenti.

Se – come rammenta C.M. Bianca - «la mora è *il ritardo imputabile al debitore*»; cioè «la mora è dunque una nozione distinta rispetto a quella di ritardo, nel senso che il ritardo indica la fattispecie oggettiva dell'inosservanza del termine mentre la mora indica il ritardo di cui il debitore è responsabile», il d. lgs n. 231/2002 non incide su tale nozione. «Nella previsione del codice è infatti il debitore in mora – prosegue Bianca – che è tenuto agli interessi e al risarcimento del danno (art. 1224), e che non è liberato dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione (art. 1221)».

Il provvedimento normativo in commento, secondo un orientamento già intrapreso con la legge sulla subfornitura (art. 3, l. n. 192/1998), vuole apprestare idonea tutela al creditore, e persegue tale obiettivo seguendo tre direttrici principali: prevede che, qualora non vi sia un termine per il pagamento, gli interessi decorrono, automaticamente e senza bisogno dell'atto formale di costituzione in mora, dalla data di ricevimento della fattura o di richiesta di pagamento, o dalla

esecuzione della prestazione richiesta; fissa la misura del saggio degli interessi se non previsto dalle parti; limita in qualche modo l'autonomia delle parti nel disciplinare le conseguenze del ritardato pagamento, per evitare l'approfittamento della situazione di preminenza del debitore sul creditore.

Ed è proprio quest'ultima caratteristica ad avere maggiore impatto sul sistema. La norma di maggiore rilevanza dogmatica e, al tempo stesso, pratica è senz'altro l'articolo 7 d. lgs. 231/2002.

Con tale disposizione che, come detto, sanziona con la nullità l'accordo sulle conseguenze del ritardato pagamento, il legislatore dà nuovamente spazio all'autonomia privata delle parti per disciplinare la sostanza di tale profilo del rapporto, e quindi viene a consentire che il debitore, contrattualmente più «forte», possa spuntare un favorevole trattamento del ritardato pagamento, o perlomeno i limiti di discrezionale regolamentazione di siffatto profilo non sono affatto così insormontabili.

Per meglio comprendere la *ratio* del provvedimento normativo è necessario tenere presente quale sia l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione, come in precedenza analizzato. Trattasi di «transazioni commerciali», cioè di contratti stipulati tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni; trattasi di imprenditori e cioè di soggetti esercenti un'attività economica organizzata o una libera professione. Non siamo, dunque, in presenza di «consumatori», di persone fisiche che abbisognano di particolare e specifica tutela, ormai adeguatamente apprestata dal legislatore comunitario e nazionale. Ecco perché il legislatore non avverte l'esigenza di incidere in via diretta, astratta e generale sulla clausola che rechi un accordo in deroga alla disciplina legislativa sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento, sanzionandone comunque l'inefficacia, in ragione della presunta vessatorietà (come succede nell'ipotesi dell'art. 1469 bis, comma 3°, n. 6, in collegamento con l'art. 1469 *quinques*, cod. civ., articoli abrogati ad opera del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

Nel caso che ci occupa, non si deve salvaguardare lo status di un soggetto ritenuto in una posizione di oggettiva debolezza nei confronti di un altro, ma si deve procedere alla valutazione dell'accordo che si discosti dalla disciplina legislativa, avendo come metro di paragone la «prassi commerciale». La iniquità dell'accordo discende, infatti, dal discostarsi «ingiustificatamente» dalla prassi commerciale, dall'ordinario svolgersi dei rapporti commerciali relativamente a quella specifica fattispecie.

Dal testo normativo emerge, però, una forte incongruenza: si pone sullo stesso piano «la corretta prassi commerciale» - che attiene evidentemente ad una situazione generalizzata - e «la condizione dei contraenti ed i rapporti commerciali tra i medesimi» - dove, ovviamente, si ha riguardo ad una situazione specifica e particolare. A quale dei due profili si deve dare preminenza nella valutazione dell'accordo ai fini di una sua eventuale dichiarazione di nullità?

Inoltre, la norma dell'art. 7 conclude affidando al giudice il compito di valutare «ogni altra circostanza» che consenta di ritenere il suddetto accordo «gravemente iniquo in danno del creditore», con conseguente dichiarazione di nullità. In definitiva ci si richiama a situazioni che sono considerate rilevanti dal giudice, ma che, magari, non lo sono state per le parti.

Allora, non si comprende, in verità, perché il legislatore si sia preoccupato di circoscrivere prima in un ambito generale (la corretta prassi commerciale), poi più specifico con riguardo alla situazione concreta (la natura della merce o dei servizi, la condizione dei contraenti e i rapporti commerciali tra i medesimi) l'intervento del giudice, se poi questi può tener conto di «ogni altra circostanza». Tanto valeva, cioè, prevedere che il giudice potesse dichiarare la nullità dell'accordo che fosse «gravemente iniquo in danno del creditore», senza la necessità di ulteriori riferimenti.

Orbene, proprio perché, invece, il legislatore ha previsto nell'art. 7 anche altri elementi di valutazione, è necessario che l'interprete ne

tenga conto e ne ricavi un preciso canone ermeneutico. Sembra pertanto che il legislatore, pur nella imprecisione e genericità della formulazione normativa, voglia comunque circoscrivere le circostanze che possano supportare la dichiarazione di nullità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento, a quelle strettamente attinenti al rapporto giuridico di cui è causa. Infatti, l'esemplificazione dell'accordo iniquo, contenuta al comma 2° dell'art. 7, concerne una situazione di anormalità rispetto alla (ritenuta) ordinaria regolamentazione pattizia dei termini di pagamento: la finalizzazione della disciplina convenzionale è quella «di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore». È di tutta evidenza, però, che si tratta di uno scopo che non necessariamente *ex se* debba qualificarsi «iniquo». Ben potrebbero, infatti, le parti prevedere un ulteriore onere a vantaggio del creditore e a carico del debitore in considerazione della liquidità aggiuntiva di cui questi si gioverebbe con la dilazione di pagamento.

L'opzione normativa in favore della sanzione di nullità appare anche in armonia con le disposizioni recate dall'art. 6 della legge 18 giugno 1998, n. 192, che, in tema di subfornitura nelle attività produttive, sanziona con la nullità la violazione del divieto di abuso nei confronti dell'impresa versante in situazione di dipendenza economica; oltre che dal d. lgs n. 24/2002, in tema di garanzia nella vendita dei beni di consumo, ove pure, superandosi l'originaria impostazione dell'art. 1469-quinques c.c., si è considerata esplicitamente affetta da nullità la pattuizione che viola i diritti riconosciuti al consumatore in materia.

La norma appare di significativo interesse anche nella parte in cui, per un verso, introduce un controllo assai penetrante del Giudice sulle scelte negoziali, sul duplice crinale dell'equilibrio normativo e della ragionevolezza economica; per altro verso prevede che il giudice, dichiarata anche d'ufficio la nullità dell'accordo ai sensi dell'art. 1419 comma 2 c.c., esercita il potere di integrazione del contratto, applicando i termini legali ovvero riportando il contratto ad equità, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi

commerciale ed alle circostanze, soggettive ed oggettive, menzionate nel comma 1.

In definitiva viene introdotta una nuova ipotesi di nullità parziale testuale, caratterizzata non solo dal tradizionale meccanismo di sostituzione della clausola nulla con la previsione legale ai sensi dell'art. 1339 c.c., ma anche dal più incisivo potere integrativo esercitato *ex officio* dal giudice (al di là quindi della riduzione ad equità dei contratti rescindibili o risolubili per eccessiva onerosità, necessitante della manifestazione di volontà del soggetto interessato alla conservazione con l'esercizio di un diritto potestativo); e tanto a conferma della frantumazione della categoria unitaria della nullità negoziale e del passaggio, per molti versi imposto dagli interventi comunitari, dalla nullità al sistema eterogeneo delle nullità.

Alla luce di tali osservazioni, evidentemente l'intervento del legislatore intende sanzionare (con la nullità dell'accordo e l'applicazione dei termini legali ovvero la riconduzione ad equità del contenuto dell'accordo medesimo, ai sensi dell'ult. comma dell'art. 7) l'abuso del debitore che approfitta della propria posizione di preminenza economica per imporre al creditore termini di pagamento ingiustificatamente lunghi in ragione del rapporto in essere e comunque della prassi commerciale.

Questo pare essere, dunque, il cuore del problema, con le evidenti distinzioni di disciplina rispetto ad altre analoghe situazioni.

Se nel rapporto giuridico è parte un consumatore, la tutela apprestata dall'ordinamento in ogni situazione che si risolva in un suo svantaggio è nel senso dell'inefficacia della clausola; la disciplina della subfornitura tra imprese nelle attività produttive (legge 18.6.1998, n. 192) prevede un termine massimo di dilazione del pagamento che neanche l'accordo delle parti può eccedere; la normativa recata dal d. lgs n. 231/2002 non assegna alle parti limiti temporali invalicabili entro i quali possano esercitare la propria autonomia, ma descrive e sanziona l'abuso. Viene così ad identificarsi l'abuso del debitore

nell'accordo che, quanto ai termini di pagamento, non si inserisca coerentemente nella generale articolazione delle clausole contrattuali. L'iniquità dell'accordo si determina, dunque, in ragione della mera finalizzazione ad avvantaggiare il debitore, non trovando giustificazione, insomma, nel generale contesto contrattuale. È, infatti, alla singola fattispecie concreta che si deve fare riferimento per valutare la iniquità dell'accordo, perché i peculiari rapporti esistenti tra le parti ben potrebbero giustificare anche una dilazione temporale nei pagamenti che si discosti dalla corrente prassi commerciale.

Ecco allora che il giudice dovrà procedere alla valutazione della liceità o meno dell'accordo, utilizzando anche i canoni ermeneutici offerti dagli artt. 1362 ss. c.c. in tema di interpretazione dei contratti. Un indiretto riferimento a tali canoni può, in un certo qual modo, ritrovarsi nel richiamo «ad ogni altra circostanza» di cui al comma 1° dell'art. 7 del d. lgs n. 231/2002.

Determinante, infatti, ai fini di una corretta valutazione da parte del giudice sarà il comportamento tenuto dalle parti, proprio ex art. 1362 c.c. Ad esempio, se il rapporto intercorrente tra le parti costituisce un ultimo di tanti altri precedenti, con identica disciplina, che hanno avuto regolare svolgimento senza alcuna contestazione da parte del creditore quanto ai termini concordati di dilazione nei pagamenti, il giudice dovrà trovare una idonea giustificazione alla dichiarazione di nullità dell'accordo.

Se, infatti, valutato isolatamente, il suddetto accordo potrebbe apparire svantaggioso per il creditore, apprezzato secondo i canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362, 1363 e 1366 c.c., potrebbe ampiamente giustificare il proprio contenuto maggiormente favorevole al debitore.

È cioè necessario procedere ad una lettura dell'accordo che tenga conto non soltanto del comportamento tenuto dalle parti (art. 1362 c.c.), ma anche delle clausole contrattuali nel loro complesso (art. 1363 c.c.), il tutto opportunamente ispirato ai canoni di buona fede (art. 1366 c.c.).

Ecco allora che alla luce di quanto osservato, le nozioni di «abuso», di «iniquità», di «corretta prassi commerciale» vengono ad assumere un significato peculiare. Indubbiamente, infatti, si viene ulteriormente ad affermare la forza dell'autonomia delle parti, nel senso che essa non viene affatto scalfita da questa normativa se si svolge nella piena libertà e consapevolezza della volontà delle parti implicate.

Significa ancora, dunque, che l'eventuale dichiarazione di nullità dell'accordo, ai sensi dell'art.7, potrebbe dover passare prima attraverso una valutazione della liceità del contratto nel suo insieme. Ad esempio, si dovrà verificare se non sia annullabile per violenza o dolo, cioè se il creditore abbia avuto piena consapevolezza e sia stato «libero» nel concludere quel contratto contenente quel peculiare accordo sulla data del pagamento e/o sulle conseguenze del ritardato pagamento.

Ed allora, in tale contesto, anche la previsione dell'ult. comma dell'art.7 – in forza del quale «il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo (...)» – viene ad assumere un significato particolare. Il giudice viene a svolgere il ruolo di estremo baluardo contro l' approfittamento e la sopraffazione del debitore sul creditore, sicché egli potrà sempre impedire che con quell'accordo si determini un'«iniquità», quando dal comportamento delle parti, o comunque da ogni altra circostanza, si appalesi non soltanto un'anomala situazione di sperequazione nel contesto del rapporto, ma anche un'evidente incapacità del creditore a «ribellarsi» all'imposizione subita dal debitore.

Ecco allora che la vera novità e forza del provvedimento normativo sta soprattutto nella previsione che all'abuso faccia seguito non il risarcimento del danno ma la nullità dell'accordo e che tale evenienza non si verifichi soltanto su iniziativa di parte ma anche d'ufficio ad opera del giudice, il quale, applicando «i termini legali», - come recita l'art. 7 del d. lgs n. 231/2002 - ricondurrà «ad equità il contenuto dell'accordo medesimo».

Capitolo secondo

La nuova disciplina sui ritardi dei pagamenti alla luce del d.lgs n. 192/2012

Sommario: 1. La rifusione operata con la direttiva 2011/7/UE; 2. Le novità del d.lgs. n. 192/2012 con riguardo alle transazioni commerciali tra privati; 3 il risarcimento dei costi di recupero e la prova del maggior danno; 4. La disciplina dei rimedi; 5. La tutela degli interessi collettivi; 6. Il coordinamento dei termini di pagamento di cui al d.lgs. n. 231/02 e le norme sul tempo dell'adempimento più favorevoli al creditore; 7. La normativa relativa ai ritardi di pagamento nel settore pubblico.

1. La rifusione operata con la direttiva 2011/7/UE

In forza della legge delega n. 180 del 2011 il Governo ha adottato il d. lgs. 9 novembre 2012, n. 192 di modifica del d.lgs. n. 231/2002, col quale è stata recepita la dir. 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011.

Con tale normativa il nostro Paese è tra i primi membri dell'Unione Europea a dare attuazione alla direttiva citata.

Tale intervento riformatore si è reso necessario in ragione del fatto che la direttiva 2000/35/CE non ha prodotto i risultati auspicati sul piano della lotta al fenomeno dei ritardati pagamenti, fenomeno che, anzi, anche per effetto della crisi che ha interessato l'intero sistema finanziario ed economico mondiale sin dalla fine del 2007, si è progressivamente accentuato.

In particolare, in Italia, a seguito dell'entrata in vigore del decreto n. 231/2002, il fenomeno dei ritardati pagamenti non solo non è stato

ridimensionato, ma si è, al contrario, progressivamente accentuato, soprattutto nel settore dei rapporti tra imprese e P.A.⁴⁴.

Il problema della scarsa puntualità dei pagamenti (l'Italia è all'ultimo posto nelle classifiche europee riguardo a tale aspetto) colpisce in modo particolare le piccole e medie imprese, spesso non dotate di strutture organizzative e, soprattutto, di potere contrattuale adeguato verso le grandi imprese (o nei confronti della Pubblica Amministrazione) necessari per il recupero del loro credito. Se si considera poi la scarsa efficienza degli strumenti giudiziari per tutelare i propri diritti creditorî, peraltro costosi, appare evidente come molte imprese siano nei fatti costrette a rinunciare alle loro pretese, con ovvie ripercussioni in termini di gestione finanziaria e di competitività sul mercato⁴⁵.

Di fronte a tale situazione, gli organi comunitari, con un *iter* molto più breve di quello che aveva condotto all'adozione della direttiva 2000/35/CE⁴⁶, hanno varato la direttiva 2011/7/UE, relativa alla lotta

⁴⁴ La Relazione annuale del Presidente dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici per l'anno 2009 ha fotografato impietosamente la situazione, sottolineando come le imprese che contrattano con la P.A. siano «soggette al gravame di un onere aggiuntivo rappresentato dall'ulteriore costo che le stesse devono sostenere per far fronte al gap, spesso di proporzioni assai considerevoli, che si viene a determinare tra il momento della liquidazione dei costi gestionali e quello dell'incasso del corrispettivo pattuito», con la conseguenza che «questo tipo di mercato finisce con il privilegiare le grandi imprese e colpisce, in maniera irreversibile, le piccole e medie imprese che rischiano, pertanto, di uscire definitivamente dal sistema», con ciò «falsando, in misura considerevole, il regolare andamento del mercato».

⁴⁵ Al riguardo, la direttiva 2011/7/UE al *terzo considerando*, così recita: «I ritardi di pagamento influiscono negativamente sulla liquidità e complicano la gestione finanziaria delle imprese. Essi compromettono anche la loro competitività e redditività quando il creditore deve ricorrere ad un finanziamento esterno a causa di ritardi nei pagamenti. Il rischio di tali effetti negativi aumenta considerevolmente nei periodi di recessione economica, quando l'accesso al finanziamento diventa più difficile».

⁴⁶ Nel 2009 la Commissione UE emanava infatti la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio relativa alla lotta contro «i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dell'8 aprile 2009, nella quale, dopo aver constatato che i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali continuano ad essere un problema generale nell'UE» e che «in vari Stati membri la lunghezza dei periodi di pagamento contrattuali è ingiustificata quando nelle transazioni sono coinvolte

contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, la quale abroga e sostituisce, a far data dal 16 marzo 2013, la precedente direttiva.

I «principi e i criteri direttivi» della legge delega n. 180/2011 erano (art. 10, comma 1°, l. n. 180/2011): a) contrasto degli effetti negativi della posizione dominante di imprese sui propri fornitori o sulle imprese subcommittenti, in particolare nel caso in cui si tratti di micro, piccole e medie imprese; b) fermo quanto previsto dall'articolo 12 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, previsione che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato possa procedere ad indagini e intervenire in prima istanza con diffide e irrogare sanzioni relativamente a comportamenti illeciti messi in atto da grandi imprese».

Pur trattandosi di una delega “in bianco”, emerge abbastanza chiaramente l'assunto da cui muove il legislatore della riforma: ossia che il fenomeno del ritardo dei pagamenti ha origine nella disparità di potere economico-contrattuale tra debitore e creditore ed è allo stesso tempo un sintomo e una causa di deficienze e distorsioni della concorrenza.

La l. n. 180/2011, all'art. 2, detta i «principi generali (...) che concorrono a definire lo statuto delle imprese e dell'imprenditore». Rispetto alla materia dei ritardi di pagamento, vanno ricordati i seguenti principi: «a) la libertà di iniziativa economica (...) nonché di concorrenza, quali principi riconosciuti dall'Unione Europea; (...); c) il diritto dell'impresa di operare in un contesto normativo certo e in un quadro di servizi pubblici tempestivi e di qualità, riducendo al minimo i margini di discrezionalità amministrativa; d) la progressiva riduzione degli oneri amministrativi a carico delle imprese, in particolare delle

amministrazioni pubbliche», riteneva opportuno avviare l'iter normativo per l'approvazione di una nuova direttiva, finalizzata a «introdurre strumenti aggiuntivi per ridurre il numero dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, abbreviare i periodi di pagamento per le amministrazioni pubbliche e rafforzare in modo sostanziale gli incentivi per le amministrazioni pubbliche a pagare».

micro, piccole e medie imprese, in conformità a quanto previsto dalla normativa europea; (...) f) la reciprocità dei diritti e dei doveri nei rapporti fra imprese e pubblica amministrazione».

Tali principi anticipano le linee essenziali della riforma della disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali la cui fondamentale novità riguarda proprio i rapporti pubblico-privato.

La stessa dir. 2011/7/UE sottolinea questo aspetto come uno snodo cruciale della riforma. La rifusione delle disposizioni europee in materia di lotta contro i ritardi di pagamento è preordinata non solo a chiarire e razionalizzare la disciplina, ma anzitutto a modificare in maniera sostanziale l'assetto normativo vigente (1° *considerando*). Un dato di fatto basilare nella materia che ci occupa è che i ritardi di pagamento, specialmente ove assumono carattere sistemico, influiscono negativamente sulla liquidità a disposizione delle imprese e quindi sulla loro solvibilità, complicano la gestione finanziaria delle stesse, così costringendole a ricorrere al mercato del credito, il che ne compromette la competitività e la redditività (3° *considerando*). Le istituzioni europee sottolineano in particolare che «il rischio di tali effetti negativi aumenta considerevolmente nei periodi di recessione economica, quando l'accesso al finanziamento diventa più difficile». Assume dunque carattere prioritario «la necessità di agevolare l'accesso al credito per le piccole e medie imprese» e di creare una «cultura dei pagamenti rapidi» nelle transazioni commerciali anche tra imprese private e pubbliche amministrazioni, alle quali «spetta una particolare responsabilità», dato che vi «fa capo un volume considerevole di pagamenti alle imprese» (*considerando* nn. 6, 9, 12).

In coerenza con tali assunti, il legislatore nazionale è intervenuto con una pluralità di atti normativi, diversificando la disciplina dei ritardi di pagamento, vuoi in ragione dei soggetti (sul punto è eclatante la bipartizione tra imprenditori e pubbliche amministrazioni, distinzione che a sua volta si articola in sotto-categorie di operatori economici ed enti, a ciascuno dei quali sono destinate norme specifiche), vuoi in funzione del genere di transazione commerciale coinvolta (rileva ad

esempio il settore merceologico o la natura del rapporto negoziale tra il debitore e il creditore).

Duplice scopo della dir. 2011/7/UE è quello di fare chiarezza e razionalizzare la disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, ma anche apportare sostanziali modifiche alle norme vigenti in materia⁴⁷.

Suo scopo precipuo è quello di consentire alle imprese lo svolgimento della propria attività in tutto il mercato europeo in condizioni paritetiche, in particolar modo consentendo che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi superiori rispetto a quelle interne⁴⁸.

Altri obiettivi della direttiva sono quelli di portare nel contratto i valori della persona, nonché di approntare rimedi sempre più efficaci al fine di riequilibrare accordi sbilanciati, ponendo soluzione ad eventuali asimmetrie contrattuali tra le parti⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. M. Gnes, *La disciplina europea sui ritardi dei pagamenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 8, p. 821 ss.; A. Canavesio A. (a cura di), *Il nuovo decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192, sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratto e impresa/Europa* n. 2/2013; Di Marzio, *Direttiva 2011/7/UE sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Riv. Amm. Della Repubblica Italiana*, 2011, fasc. 3-4, pt. 2, pp. 177 ss.

⁴⁸ E d'altro canto, tra le considerazioni introduttive della direttiva, al punto 5, si legge: "le imprese dovrebbero poter svolgere le proprie attività in tutto il mercato interno in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne. L'applicazione di norme sostanzialmente diverse alle operazioni interne e a quelle transfrontaliere comporterebbe la creazione di distorsioni della concorrenza".

⁴⁹ Si ritiene che la necessità di riequilibrare il "contratto sbilanciato" è maggiormente necessaria soprattutto laddove storicamente le forme di tutela della parte debole erano più sfumate. Nel diritto inglese, ad esempio, il contratto è storicamente considerato come il risultato della volontà delle parti ed è, di conseguenza, imperniato sull'autonomia contrattuale e sulla rigidità del medesimo una volta sottoscritto. Solo con la fine del XVIII secolo la portata di tali principi, anche alla luce della contrattazione di massa e quindi di sempre più presenti esigenze di maggiori tutele delle parti più deboli, tendono ad affievolirsi. Nel XIX secolo l'idea di contratto quale espressione libera della volontà delle parti tramonta (se non altro parzialmente) e a seguito di una maggiore oggettivizzazione delle regole contrattuali

Tali intenti non possono, secondo il legislatore Europeo, essere conseguiti autonomamente dai singoli Stati membri: in ottemperanza al principio di sussidiarietà e al principio di proporzionalità sanciti dall'art. 5 del trattato sull'Unione Europea la direttiva individua infatti alcune disposizioni "armonizzate" in tutti i Paesi.

Si può pertanto sostenere che la direttiva 2011/7/UE è finalizzata alla progressiva elaborazione di norme sopranazionali comuni ed uniformi: è cioè volta alla creazione di un diritto comunitario dei contratti che trovi la sua affermazione attraverso il recepimento dei principi perseguiti per mezzo di fonti normative interne ai vari Paesi.

La dir. 2011/7/UE è infatti un atto normativo di rifusione della originaria dir. 2000/35/CE, laddove la rifusione è una tecnica legislativa nata in seno all'ordinamento comunitario e volta ad evitare dubbi e contestazioni circa l'esistenza o meno di modifiche sostanziali in testi soggetti a codificazione, procedura tramite la quale è possibile apportare «adeguamenti tecnici necessari» alle disposizioni vigenti, che per il resto devono però rimanere immutate, con conseguente esclusione di ogni modifica sostanziale o formale.

Focalizzando l'attenzione sulle modifiche di contenuto operate con la rifusione, la prima cosa da rilevare è che "scopo" espresso della dir. 2011/7/UE è «di lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, favorendo in tal modo la competitività delle imprese e in particolare delle PMI» (art. 1, comma 1°). Viene dunque rafforzato il nesso mezzo-fine inerente alla normativa in esame ed è evidente la prospettiva teleologica in cui si muove il legislatore europeo: fine ultimo è il mercato interno concorrenziale, fine mediato è un assetto concorrenziale in cui vi sia spazio anche per le PMI; uno degli strumenti per la realizzazione di ciò è una prassi commerciale improntata al pagamento tempestivo dei debiti commerciali.

si assiste ad una più marcata tutela dei diritti delle parti attraverso norme specifiche e ben individuate.

L'altro cardine della direttiva 2011/7/UE è la nuova disciplina dei ritardi di pagamento nei rapporti tra imprenditori e pubbliche amministrazioni che svolgono attività economiche di natura industriale o commerciale offrendo merci o servizi sul mercato come impresa pubblica.

La rifusione è volta anche ad assicurare una maggiore uniformità di disciplina in Europa, per superare le diversità di disciplina esistenti negli Stati membri. Convinzione delle istituzioni europee è che le varie leggi di recepimento della dir. 2000/35/CE abbiano di fatto permesso il perdurare di comportamenti opportunistici nelle transazioni commerciali transfrontaliere, in cui approfittando delle diversità di disciplina esistenti tra gli Stati membri si può lucrare un indebito vantaggio dal ritardo.

Simili comportamenti possono essere messi in pratica tanto dal debitore quanto dal creditore.

Un debitore forte può di fatto imporre al creditore condizioni di pagamento a suo esclusivo vantaggio al fine di procrastinare i pagamenti senza sopportare conseguenti oneri. Questo è l'assunto da cui muove la dir. 2011/7/UE secondo la quale «i ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri dai bassi livelli dei tassi degli interessi di mora applicati o dalla loro assenza e/o dalla lentezza delle procedure di recupero» (12° considerando).

Ma un comportamento opportunistico volto a lucrare indebitamente liquidità a scapito della controparte può essere tipico anche del creditore forte.

Laddove le condizioni di pagamento e le misure in caso di ritardo possono essere concordate tra le parti, vi è il rischio che il creditore approfitti della sua posizione di forza per imporre alla controparte interessi, penali, spese per la mora ingiustificati e sproporzionati; al riguardo vanno considerate anche le clausole di esclusione della mora del creditore o che riducono il suo regime di responsabilità, nonché le

clausole che escludono per il debitore di poter sollevare eccezioni per l'adempimento inesatto/tardivo della controparte.

In una transazione commerciale, non è possibile in astratto dire chi, tra il debitore e il creditore, potrebbe sfruttare in maniera opportunistica i ritardi di pagamento. Unico elemento invariabile è che in tutte le ipotesi – sia più forte il debitore ovvero il creditore – si produce nei fatti indirettamente un trasferimento di ricchezza. Se è il debitore ad approfittare del suo stesso ritardo, si ha un trasferimento di ricchezza dal creditore al debitore. Se invece il creditore forte sfrutta indebitamente il ritardo della controparte, il trasferimento di ricchezza è nella direzione opposta: dal debitore al creditore.

In quest'ottica giova richiamare il principio del divieto di abuso del diritto, che la dir. 2011/7/UE declina solo nel senso dell'«abuso della libertà contrattuale a danno del creditore» (28^a e 29^a *considerando*), ma che può essere declinato anche nella direzione speculare ossia come (divieto di) abuso della libertà contrattuale da parte del creditore a danno del debitore.

La dir. 2011/7/UE dà atto peraltro che «ci possono essere circostanze in cui le imprese richiedono periodi di pagamento più lunghi», ad esempio quando le imprese intendono concedere credito commerciale ai propri clienti» (13^o *considerando*). Al proposito si pensi alla prassi di concedere dilazioni di pagamento o la facoltà di optare per termini di pagamento variabili o pagamenti posticipati in contraccambio a sconti sui prezzi di fornitura o altre agevolazioni relative a resi, costi di trasporto etc. In tutti questi casi, per valutare se e quanto le condizioni di mora siano (eccessivamente) gravose per l'una e/o l'altra parte occorre una valutazione complessiva delle clausole del contratto. Interessi e termini di pagamento peggiori possono infatti essere bilanciati o compensati da altre condizioni contrattuali di maggior favore di ordine economico e/o normativo: clausole che vengono per prime in rilievo sono le penali e le clausole sulla rinnovabilità del rapporto.

2. Le novità del d. lgs n. 192/2012 con riguardo alle transazioni commerciali tra privati

Le disposizioni del d. lgs. 231/2002 continuano ad applicarsi, come previsto anche dall'art. 1 della versione ante d.lgs. 192/2012, ad “ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale” .

Tra le disposizioni presenti nel novellato d. lgs. 231/2002 si sottolinea invece l'esclusione delle sanzioni ivi previste anche per i debiti oggetto di procedure a norma dell'art. 1, comma II, lettera a), ovverosia, oltre alle procedure concorsuali aperte a carico del debitore, anche a quelle finalizzate alla ristrutturazione del debito.

Ulteriore novità concerne l'eliminazione della mancata applicazione della normativa in caso di interessi inferiori a cinque euro: nell'ultima versione del d. lgs. 231/2002 non è quindi presente alcun ostacolo all'ottenimento degli interessi di mora, a prescindere dal loro (esiguo) valore.

Per quanto concerne poi le definizioni formulate dall'art. 2 d. lgs. 231/2002, non si rilevano modifiche rilevanti a seguito dell'introduzione del d. lgs 192/2012, quantomeno riguardo a cosa debba intendersi per “transazione commerciale”.

Si evidenzia invece una nuova definizione di “Pubblica Amministrazione”, ampliata rispetto alla versione precedente, posto che per essa viene fatto un esplicito richiamo all'art. 3, comma 25, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice degli appalti, con il quale è stata data attuazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). Alle Pubbliche Amministrazioni si deve quindi affiancare “ogni altro soggetto allorquando svolga attività per la quale è tenuta al rispetto

della disciplina del medesimo d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163”: con quest’ultima specificazione rientrerebbero quindi tra i destinatari della disciplina prevista dal d. lgs. 231/2002, sia le “imprese pubbliche”, sia i soggetti “che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche (sono quindi i soggetti di diritto privato) operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall’autorità competente secondo le norme vigenti”.

Ricadono nell’ambito della disciplina tutte le transazioni commerciali tra gli appaltatori principali e i loro fornitori e subappaltatori, nonché la progettazione e l’esecuzione di opere ed edifici pubblici e i lavori di ingegneria civile. Quindi, tutti i contratti pubblici relativi a tutti i settori produttivi, inclusi i lavori, stipulati a decorrere dal 1° gennaio 2013.

Dal tenore testuale della normativa si deduce quindi l’esclusione dall’ambito applicativo della disciplina medesima dei contratti stipulati tra consumatori, tra consumatori ed imprese⁵⁰, nonché tra consumatori e P.A.⁵¹.

Tra le altre modifiche di rilievo apportate all’art. 2 del d. lgs 231/2002 si segnala anche una più completa definizione degli interessi moratori, cioè gli interessi legali di mora, costituiti a loro volta dal tasso di riferimento applicato dalla BCE maggiorato di otto punti percentuali.

Ove le parti (o regolamentazioni speciali) non abbiano diversamente disposto, gli interessi moratori sono determinati nella misura degli interessi legali di mora. La deroga è ammessa purché non risulti

⁵⁰Ai fini della lotta contro i ritardi di pagamento, le professioni liberali sono trattate come imprese o attività commerciali. E infatti già la direttiva 2000/35/CE al 14° considerando prevedeva quale imprenditore anche ogni soggetto esercente, sia pure individualmente, una libera professione (art. 2, n. 1).

⁵¹A conferma di quanto espresso, sempre la direttiva 2000/35/CE al 13° considerando recitava: “la presente direttiva dovrebbe essere limitata ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per una transazione commerciale e non disciplina i contratti con i consumatori”. Cfr., anche, R. Conti, *Il d. lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 809.

gravemente iniqua in danno del creditore. Ove si ammettesse la lettura speculare in cui il creditore è la parte forte del rapporto e il debitore la parte debole, si dovrebbe verificare che il patto sul saggio degli interessi moratori non risulti gravemente iniquo in danno del debitore. A prescindere da questa lettura, la norma sul saggio degli interessi di mora è dunque suppletiva e derogabile, pur nel rispetto del limite generale della grave iniquità.

Viene inoltre individuato alla lettera g) l'importo dovuto, ovvero la "somma che avrebbe dovuto essere pagata entro il termine contrattuale o legale di pagamento, comprese le imposte, i dazi, le tasse o gli oneri applicabili indicati nella fattura o nella richiesta equivalente di pagamento". In forza di questa puntualizzazione diventa essenziale il dettaglio delle voci in fattura. Inoltre, se le parti intendono includere o escludere delle voci di costo dall'importo su cui si calcolano gli interessi moratori devono concordare un'apposita deroga.

L'art. 3 in tema di responsabilità del debitore è rimasto sostanzialmente invariato. Il principio della responsabilità del debitore per il ritardo ex art. 3 del d. lgs n. 231/2002 *post* riforma evoca la disciplina generale delle obbligazioni di cui all'art. 1218 c.c., posto che il creditore ha il diritto di ricevere gli interessi moratori sull'importo dovuto, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Sul punto, pur con riferimento alla disciplina ante riforma, una dottrina ha tuttavia rilevato uno scarto rispetto al dettato della direttiva (allora la dir. 2000/35/CE), la quale avrebbe inteso introdurre un'ipotesi di esonero da responsabilità «per assenza di colpa del debitore». Nell'art. 3 del d. lgs 231/2002 si è vista un'esimente eccezionale in deroga agli artt. 1256 e 1463 c.c. e al principio secondo

cui nelle obbligazioni pecuniarie non v'è spazio per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione⁵².

A norma dell'art. 4 del d. lgs n. 231/2002 post riforma, gli interessi moratori decorrono, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento. La costituzione in mora resta necessaria per produrre gli altri effetti di cui all'art. 1221 c.c, ossia anzitutto il trasferimento del rischio per l'ipotesi della sopravvenuta impossibilità della prestazione. In termini generali il Decreto 192 conferma i termini per il pagamento del corrispettivo fissati dalla normativa originaria.

Tale disciplina resta, con riferimento alle transazioni commerciali, di carattere dispositivo. Di conseguenza, in tale ambito le parti possono derogarvi, stabilendo termini di pagamento diversi, nel rispetto del limite generale costituito dalla "grave iniquità" del relativo accordo, ai sensi dell'art. 7 del Decreto 231.

A tale limite di ordine generale il Decreto 192 ha peraltro aggiunto una ulteriore limitazione. Qualora, infatti, le parti prevedano un termine di pagamento superiore a trenta giorni dalle date di cui sopra, ma inferiore a sessanta giorni, l'accordo deve essere provato per iscritto. Qualora invece le parti intendano prevedere un termine di pagamento superiore a sessanta giorni, il relativo accordo deve – oltre che essere munito di forma scritta *ad probationem* – avvenire "espressamente", cioè non può essere concluso tacitamente – ad esempio *per facta concludentia* – anche se deve non necessariamente rivestire la forma scritta⁵³. Questi oneri di forma si aggiungono, non si

⁵² Così Pagliantini, sub art. 1463 c.c., in *Commentario al Codice civile. Contratti in generale*, 4, a cura di Navarretta e Orestano, Milano, 2011, p. 570.

⁵³ È pertanto sufficiente che un siffatto accordo sia contenuto in una dichiarazione esternata mediante un qualunque mezzo di linguaggio, anche verbalmente, purché in modo chiaro e inequivocabile, tale per cui essa sia percepita, senza dubbio, dal creditore; cfr. la Relazione illustrativa al Decreto 192, secondo cui «la forma espressa come requisito distinto dalla forma scritta è richiesta dalla direttiva ed è comunque già conosciuta dal nostro ordinamento come modalità che esclude la manifestazione implicita di volontà ancorché conforme all'eventuale requisito

sostituiscono, a quelli propri che caratterizzano il singolo rapporto contrattuale con la P.A., sicché nella generalità dei casi ogni pattuizione di un termine convenzionale dovrà essere scritta, espressa e provata per iscritto.

L'art. 5 del Decreto 231, così come modificato dal Decreto 192, ha stabilito il nuovo saggio di interesse legale che, in mancanza di diverse previsioni contrattuali, è dovuto dal debitore in caso di ritardo nel pagamento, dal giorno successivo rispetto alle scadenze indicate all'art. 4 del Decreto stesso o da quelle pattizie. Tale saggio è stato maggiorato di un punto rispetto a quello previsto in precedenza, con la finalità di inasprire ulteriormente le conseguenze del ritardo nei pagamenti e, conseguentemente, di scoraggiare (più di quanto sia avvenuto prima) tale prassi; il che conferma la finalità marcatamente dissuasiva della norma⁵⁴.

Anche in occasione del nuovo provvedimento di attuazione della direttiva comunitaria, il legislatore si è attenuto al tasso di interesse minimo previsto dall'art. 2, n. 6 della direttiva 2011/7/UE⁵⁵; tale scelta è stata motivata, come si legge dalla Relazione illustrativa al Decreto 192, dall'esigenza di «non incorrere in gravosi oneri finanziari nei ritardati pagamenti delle pubbliche amministrazioni».

morfológico: si pensi ad esempio all'art. 1937 c.c., con il quale si dispone che «la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa».

⁵⁴ La misura elevata del tasso d'interesse ha infatti lo scopo di disincentivare il ritardo nell'adempimento da parte del debitore, altrimenti reso allettante (se non addirittura conveniente) da un basso tasso di interessi moratori: cfr V. Pandolfini, *Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in Giur. It., 2003; E. Russo, *Le transazioni commerciali: commento teorico-pratico al d. lgs n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Padova, CEDAM, 2005, p. 285; Riccio, *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contr. impr.* 2004, 556, secondo il quale il legislatore avrebbe introdotto «una vera e propria sanzione civile punitiva o pena privata, che per sua natura ha anche una funzione deterrente e scoraggiante nei confronti dei debitori».

⁵⁵ Tale norma prevede infatti che siffatto interesse «è pari al tasso di riferimento maggiorato di almeno otto punti percentuali».

Aumenta, di conseguenza, la differenza tra il tasso di interesse legale per le transazioni commerciali e quello previsto, in generale, dall'art. 1284 c.c.⁵⁶.

Il Decreto 192, in attuazione dell'art. 2, nn. 5, 6 e 7 della direttiva 2011/7/UE, ha inoltre precisato la nozione di interessi moratori, chiarendo che il "tasso di riferimento" è pari a quello in vigore al 1° gennaio dell'anno, relativamente al primo semestre di esso cui si riferisce il ritardo, e a quello in vigore al 1° luglio dell'anno, relativamente al secondo semestre.

Nella nuova formulazione dell'art. 2, comma 1, lett. f) – introdotta dal Decreto 192 – il "tasso di riferimento" è inoltre definito come "il tasso di interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali".

Analogamente a quanto avviene per i termini di pagamento, nelle transazioni commerciali tra imprese il tasso d'interesse di mora può essere liberamente fissato dalle parti anche in misura diversa da quella stabilita dall'art. 5 del Decreto 231; viceversa, nelle transazioni commerciali tra imprese e P.A. – il tasso d'interesse è inderogabile⁵⁷.

L'inderogabilità *in pejus* per il creditore del tasso d'interesse legale nelle transazioni commerciali tra imprese e P.A. implica la sostituzione automatica di tale tasso a quelli stabiliti (in misura inferiore) dalle varie normative speciali previgenti. In particolare, nel settore degli appalti di lavori pubblici, il tasso d'interesse legale stabilito dal Decreto 231 si sostituisce ora a quello previsto dagli artt. 144 del D.P.R. n. 207/2010 per il ritardato pagamento degli acconti e del saldo.

⁵⁶ Attualmente, per effetto del D.M. 12 dicembre 2011, il tasso legale è pari al 2,50 %.

⁵⁷ Come si desume implicitamente dalla regola generale contenuta nell'art. 5 comma 1, secondo cui «gli interessi moratori sono determinati nella misura degli interessi legali di mora», ovvero, appunto, nella misura stabilita secondo la definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. e) ed f).

3. Il risarcimento dei costi di recupero e la prova del maggior danno

L'esigenza di assicurare al creditore la possibilità di ricevere un risarcimento a fronte dei costi di recupero del credito dallo stesso sopportati per effetto del ritardato pagamento da parte del debitore ha costituito oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore comunitario fin dalla direttiva 2000/35/CE⁵⁸. Tale esigenza è infatti apparsa essenziale nell'ambito della lotta al fenomeno dei ritardati pagamenti, particolarmente nei casi in cui il tasso di interesse moratorio, pur elevato, non sia sufficiente a coprire gli eventuali costi di recupero del credito sopportati dal creditore, qualora esso venga calcolato su un debito di modesto ammontare (e dunque in considerazione del ridotto effetto dissuasivo sul debitore costituito, in tal caso, dagli interessi di mora).

Il tema del rimborso dei costi sostenuti dal creditore per il recupero del credito è stato oggetto di rinnovato interesse da parte della direttiva 2011/7/UE, la quale ha dettato in proposito una disciplina più dettagliata di quella previgente. Il nuovo art. 6 del Decreto 231, introdotto dal Decreto 192, ha dato attuazione al disposto comunitario con una norma dalla formulazione più sintetica, che ne recepisce la sostanza, differenziandosene tuttavia sotto alcuni profili.

⁵⁸ L'art. 3, par. 1, lett. e) della direttiva 2000/35/CE prevedeva infatti il diritto del creditore di essere risarcito – in aggiunta agli interessi moratori – dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli dal debitore – in quanto tali costi fossero ragionevoli, cioè rispettosi dei principi di trasparenza e proporzionalità – prevedendo altresì la possibilità per lo stesso creditore di essere risarcito degli eventuali maggiori danni da questi patiti a causa del ritardo, nonché la possibilità per i singoli Stati membri di stabilire un importo massimo per i costi di recupero.

Il primo comma della norma in esame enuncia il principio generale relativo al diritto del creditore di essere rimborsato dal debitore dei costi sostenuti per il recupero del credito, confermando il principio secondo cui il creditore, in caso di intempestivo pagamento da parte del debitore, ha diritto a ricevere da quest'ultimo – senza necessità di un preventivo atto di sollecito o messa in mora – oltre agli interessi moratori al tasso legale di cui all'art. 5 del Decreto 231, anche, appunto, tali costi⁵⁹.

Il comma 2 dell'art. 6 stabilisce inoltre – in attuazione dell'art. 6 par. 1 e 2, della direttiva 2011/77UE – un importo forfettario spettante al creditore a titolo di risarcimento dei costi di recupero, fissato – in aderenza al limite minimo previsto dalla direttiva – in euro 40,00. Tale importo si riferisce ai costi amministrativi interni sopportati dal creditore per il recupero del credito, ovvero, a tutti quei costi, a ciò finalizzati, attinenti all'utilizzo della propria entità organizzativa e che non riguardano l'eventuale incarico a soggetti esterni.

Il rimborso di tali costi è senz'altro dovuto al creditore, senza necessità di dimostrazione⁶⁰. Tale circostanza, che agevola indubbiamente il creditore, conferma il carattere *latu sensu*

⁵⁹ Il principio in parola è, in parte, innovativo per il nostro ordinamento, che già conosceva il diritto del creditore di recuperare le spese legali giudiziarie, in applicazione dei principi generali in materia processuale – riguardanti la condanna del soccombente alla refusione delle spese processuali alla parte vittoriosa, ai sensi degli artt. 91 e ss. c.p.c. – ma non contemplava – almeno nei termini di cui al Decreto 231 – la possibilità per lo stesso creditore di recuperare anche i costi stragiudiziali dallo stesso sopportati per il recupero del credito, consistenti, in particolare, nelle spese del professionista incaricato di procedere al sollecito o diffida di pagamento.

⁶⁰ Ciò non toglie che il creditore, il quale abbia subito costi “interni” per il recupero del credito maggiori rispetto all'importo forfettizzato indicato dalla norma in esame, abbia il diritto di chiedere il ristoro anche di tali costi aggiuntivi al debitore; il che potrà verificarsi, ad esempio, qualora l'attività interna di recupero sia particolarmente lunga, complessa o costosa; si pensi ad esempio ad un lungo ed articolato scambio di corrispondenza con il debitore, ad una serie di colloqui telefonici ed incontri – magari all'estero – ad accertamenti e verifiche interne particolarmente complesse o costose.

sanzionatorio del risarcimento in oggetto, evidentemente finalizzato a dissuadere il debitore e ad incentivarne il tempestivo adempimento, in aggiunta alla corresponsione degli interessi di mora.

Il comma 2 del novellato art. 6 del Decreto 231 stabilisce altresì, in attuazione dell'art. 6, par. 3 della direttiva 2011/7/UE – che “è fatta salva la prova del maggior danno”, confermando così il principio, già presente nell'originaria versione della norma, secondo cui il creditore ha diritto – in aggiunta agli interessi moratori ed al rimborso dei costi di recupero “interni” del credito – al risarcimento dell'eventuale maggior danno⁶¹. In forza del principio di specialità, si deve ritenere che, ove le parti introducano una clausola in deroga alla disciplina legale di cui al d. lgs. n. 231/02 post riforma, il creditore conservi il diritto di provare e di vedersi risarcito il maggior danno, inclusi i costi per l'assistenza per il recupero del credito, in tutti i casi in cui la pattuizione *inter partes* non la esclude.

Il “maggior danno” di cui il creditore ha diritto di essere risarcito consiste, in primo luogo, nei “costi di assistenza per il recupero del credito”, cioè nei costi “esterni”, derivanti dall'incarico che il creditore abbia attribuito a soggetti, appunto esterni alla propria organizzazione, per il recupero del credito. Il riferimento immediato è quello alle attività espletate, su mandato del creditore, dagli studi legali e dalle società di recupero crediti, i cui costi potranno dunque essere “ribaltati” dal creditore al debitore⁶².

⁶¹ Anche tale previsione rappresenta una notevole innovazione rispetto ai principi del nostro ordinamento, e in particolare rispetto all'art. 1224, comma 2, c.c., norma che vieta al creditore il diritto all'eventuale e maggior danno qualora sia stata convenuta la misura degli interessi moratori.

⁶² Cfr. Magni, *La responsabilità per il ritardo*, in Cuffaro, *La disciplina dei pagamenti commerciali*, cit. 158; Conti, op. cit., 112; Russo, *Le transazioni commerciali*, cit., 304. Sembra invece improprio annoverare tra i costi di recupero gli importi in percentuale corrisposti dal creditore al cessionario del credito, e, più in generale, le spese relative alla cessione del credito, dato che tali costi non sono

Il risarcimento di tali ulteriori costi è consentito subordinatamente alla dimostrazione del loro effettivo esborso da parte del creditore. Il legislatore non ha invece riprodotto, nella norma di recepimento, il requisito della “ragionevolezza” di tali costi, contenuto nell’art. 6 par. 3 della direttiva 2011/7/UE. Deve tuttavia ritenersi che il rispetto di tale limite – inteso come non manifesta sproporzionalità del costo rispetto all’attività effettivamente compiuta dai soggetti ai quali il creditore si sia rivolto – debba essere comunque garantito, in ossequio al tenore letterale e alla *ratio* della direttiva; la quale si ispira, sotto questo profilo, all’esigenza di non gravare il debitore di costi eccessivi.

Peraltro, l’applicazione concreta di tale principio potrà dare luogo a notevoli incertezze, soprattutto in seguito all’avvenuta soppressione della tariffa forense, per effetto dell’art. 9 della l. n. 27/2012, che in precedenza costituiva un valido riferimento per stabilire la congruità dei costi legali di cui il creditore chiedesse il ristoro⁶³.

Il “maggior danno” di cui il creditore può chiedere il risarcimento ai sensi della norma in esame può essere inoltre costituito dalla rivalutazione monetaria⁶⁴. Anche tale voce di danno dovrà, al pari

relativi al recupero del credito bensì ad un atto dispositivo del credito stesso; contra Russo, *Le transazioni commerciali*, cit., 304.

⁶³ Viene infatti da chiedersi, alla luce della libera determinabilità dei compensi professionali recentemente introdotta se e (soprattutto) quali limiti incontri il creditore nel chiedere al debitore il ristoro del costo (effettivamente) sostenuto a fronte di una parcella emessa dall’avvocato al quale si sia rivolto, magari di importo particolarmente elevato; non essendo lecito – in ossequio al principio comunitario della ragionevolezza – addossare al debitore un costo esorbitante per spese legali (stragiudiziali), sia pure effettivamente sopportate dal creditore. Probabilmente, occorrerà a tal fine tener conto di una serie di parametri, quali in particolare l’ammontare del credito, l’attività necessaria per il recupero e il tempo in cui la stessa è stata espletata, e il suo risultato.

⁶⁴ In proposito occorre tenere presente gli orientamenti giurisprudenziali formati in ordine alla complessa problematica del cumulo tra interessi moratori e rivalutazione relativamente alle obbligazioni di valuta – tra le quali rientra, come è noto, il corrispettivo nei contratti sinallagmatici, e quindi gran parte delle transazioni commerciali – alla luce dell’art. 1224 c.c., che impone di calcolare gli interessi sulla

della precedente, essere dimostrata dal creditore; il che potrà non essere agevole, atteso il già elevato ammontare degli interessi moratori di cui all'art. 5 del Decreto 231, suscettibile di ulteriore incremento in caso di accordo tra le parti.

Il nuovo art. 6 non riproduce la previsione originaria del comma 2° a norma del quale «i costi, comunque rispondenti a principi di trasparenza e di proporzionalità, potevano essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale»⁶⁵. In realtà, in tal caso l'abrogazione del comma non ha fatto venir meno la norma, nel senso che l'uso delle presunzioni semplici a fini probatori è, evidentemente, ancora ammesso ex art. 2727 ss. cc. E anche per scongiurare ricarichi di costi ingiustificati è più che ragionevole fare riferimento ai parametri per la liquidazione dei compensi professionali in vigore.

La clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero si presume gravemente iniqua, sicché si deve ritenere che sia ammessa la prova contraria. Per dimostrare la non abusività e dunque la validità di una clausola che esclude (o nei fatti quasi azzerata) il risarcimento dei costi di recupero del credito si dovrebbe ad esempio provare che tale rinuncia al risarcimento dei danni è contro-bilanciata da altre voci del contratto.

somma originariamente dovuta (non su quella rivalutata) e di liquidare il danno ulteriore eliminando dal suo ammontare complessivo l'importo corrispondente agli interessi legali: cfr. Visintini, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in Tratt. Dir. Priv. diretto da Rescigno, IX, Torino, 1984, 212 ss.; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 357; Amatucci, *Svalutazione monetaria, preoccupazioni della Cassazione e principi non ancora enunciati in tema di computo di interessi*, in Foro it., I, 1986, 1273 ss.

⁶⁵ A commento V. Villani, *Art. 6 - Risarcimento dei costi di recupero*, in De Cristofaro, *La disciplina dei ritardi di pagamento*, in Nuove leggi civ. comm., 2004, p. 562 ss.

4. *La disciplina dei rimedi*

Significativa e innovativa è la disciplina dei rimedi⁶⁶.

Alla luce dell'attuale art. 7 d. lgs. 192/2012, le clausole contrattuali relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, comunque e a qualunque titolo previste, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore⁶⁷. Si applicano gli artt. 1339 e 1419, comma 2°, c.c.: il contratto resta valido per il resto e la clausola nulla è sostituita di diritto dalla disciplina legale in esame. Pertanto, torneranno a valere i termini di pagamento, i tassi e i criteri di rimborso e risarcimento previsti dal d. lgs. 231/02.

Ci si può chiedere se la norma possa essere applicata nella situazione speculare in cui le clausole in deroga risultino gravemente inique per il debitore. In base al principio di ragionevolezza, e al fine di evitare ingiustificate disparità di trattamento, dovrebbe risponderci positivamente al quesito, tanto più che la *ratio* della normativa è chiaramente quella di evitare abusi nella commercializzazione in danno della parte debole: la legge presume che il debitore sia opportunista, ma come si è accennato potrebbe invece essere il debitore in sede di stipulazione del contratto a soffrire le imposizioni

⁶⁶ Accenna alla nuova normativa Pagliantini, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *I Contratti*, 2013, 4, p. 406 ss. Sulla disciplina previgente vedi M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto: profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, Cedam, 2004; G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2005, p. 285 ss.; Minervini, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Riv. Dir. Priv.* 2003, 495

⁶⁷ È dunque venuta meno l'opzione alternativa della riconduzione ad equità, ipotesi, come noto, ampiamente scrutinata dalla giusciviltistica per il potere attribuito al giudice di correzione autonoma del contenuto economico del contratto: sul tema si ricorda per tutti lo studio di Nanna M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Milano, Cedam, 2010, p. 118 ss.

inique di un creditore forte che vuole speculare su eventuali ritardi esiziali.

Come accennato in precedenza, mentre relativamente alle transazioni commerciali tra imprese e P.A. la disciplina legale è inderogabile, nelle transazioni tra imprese le parti conservano la possibilità di disciplinare i termini di pagamento e gli interessi di mora diversamente rispetto a quanto previsto dal Decreto 231, con il solo limite costituito dalla “grave iniquità” dell’accordo in danno del creditore, ai sensi dell’art. 7 del Decreto 231.

Quest’ultima norma è stata anch’essa novellata, in attuazione della direttiva comunitaria, dal Decreto 192.

Il legislatore non ha modificato il termine “gravemente iniquo” già impiegato nella precedente formulazione della norma, riproponendo in tal modo la traduzione – abbastanza impropria – del termine inglese “*grossly unfair*” e di quello francese “*abus manifeste*”, contenuti nella direttiva comunitaria. Come già evidenziato dalla dottrina, il termine “equità” è impiegato in modo atecnico, mirando in realtà la norma, in aderenza alla *ratio* del provvedimento comunitario, a porre un limite all’autonomia contrattuale, volto ad evitare che quest’ultima sia finalizzata a far ottenere ad una delle parti – nella specie, il debitore - vantaggi ingiustificati, suscettibili di turbare – in un’ottica di tipo macroeconomico – gli scambi commerciali e, più in generale, il corretto svolgimento della concorrenza all’interno del mercato unico⁶⁸.

⁶⁸ Cfr. il *considerando* 28 della direttiva 2011/7/UE: «La presente direttiva dovrebbe proibire l’abuso della libertà contrattuale a danno del creditore. Di conseguenza, quando una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero non sia giustificata sulla base delle condizioni concesse al debitore, o abbia principalmente l’obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, si può ritenere che si configuri un siffatto abuso. A tale riguardo e conformemente al progetto accademico di quadro comune di riferimento, qualsiasi clausola contrattuale o prassi che si discosti gravemente dalla corretta prassi commerciale e sia in contrasto con il principio della buona fede e correttezza

La nozione di “grave iniquità” contenuta nella norma in esame continua a caratterizzarsi, così come la precedente, per una estrema elasticità ed indeterminatezza, configurandosi alla stregua di una vera e propria clausola generale. Tale vaghezza risulta, se possibile, ulteriormente accentuata dal fatto che la nuova formulazione non contiene più il riferimento, ai fini della valutazione in oggetto, al criterio della “condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra i medesimi”, né la presunzione di “grave iniquità” costituita dall’“accordo che, senza esser giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore”, che invece contribuivano, sia pure in modo insufficiente, a delineare la fattispecie nell’originaria formulazione dell’art. 7⁶⁹.

dovrebbe essere considerata iniqua per il creditore. In particolare, l’esclusione esplicita del diritto di applicare interessi di mora dovrebbe essere sempre considerata come gravemente iniqua, mentre l’esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero dovrebbe essere presunta tale. La presente direttiva non dovrebbe incidere sulle disposizioni nazionali relative alle modalità di conclusione dei contratti o che disciplinano la validità delle clausole contrattuali inique nei confronti del debitore». Sul significato da attribuire alla disposizione in esame, si rinvia a Pandolfini, *La nullità degli accordi “gravemente iniqui” nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2003, 5, 501ss.; cfr. inoltre Grondona, in Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 13; Recinto, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, 229.

⁶⁹ L’eliminazione dei riferimenti ora menzionati sembra confermare che la nozione di abuso contrattuale che, come si è appena detto, costituisce il reale significato della “grave iniquità” di cui alla norma in esame, prescinde – diversamente dalla nozione di abuso del diritto comunemente intesa – dallo stato soggettivo del debitore, cioè dalla valutazione della intenzione abusiva di questi, come pure dalla valutazione della effettiva negoziazione della clausola oggetto di accertamento: Cfr. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2001, 81; De Cristofaro, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 13; Conti, *Il d. lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. Giur.*, 2003, 117. Tale caratteristica viene altresì a differenziare la fattispecie in esame da quella del “significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto” che, come è noto, costituisce il parametro fondamentale per la valutazione di vessatori età di una clausola ai sensi dell’art. 33 del Codice del Consumo.

Il novellato comma 1 dell'art. 7 descrive, peraltro, con maggiore dettaglio l'oggetto del controllo circa la "grave iniquità" dell'accordo, limitando tale scrutinio, in aderenza alla direttiva comunitaria, alle «clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto».

L'ambito applicativo della norma in esame risulta, così, più circoscritto rispetto alla precedente formulazione della norma, che menzionava, più genericamente, «l'accordo sulla data di pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento». In particolare, sembrano ora esenti dallo scrutinio di "grave iniquità" – tornando, quindi, ad essere liberamente disponibili dalle parti – le clausole che, ad esempio, escludano il carattere di automaticità degli interessi, richiedendo a tal fine la preventiva messa in mora del debitore (ma non, invece, le clausole che escludano il diritto del creditore a ricevere gli interessi).

Il novellato comma 2 dell'art. 7 del Decreto 231 stabilisce che ai fini della valutazione della "grave iniquità" dell'accordo debba aversi riguardo a «tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero».

La disposizione in commento ripropone, sostanzialmente, i parametri – puramente indicativi ed esemplificativi – di valutazione della "grave iniquità", già previsti dall'originario comma 1 dell'art. 7, con l'eccezione della già menzionata eliminazione del riferimento alla "condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra i medesimi".

La definizione "corretta prassi commerciale" è scarsamente presente nelle norme del nostro ordinamento.

Una definizione simile, ma non sovrapponibile, è riscontrabile nell'art. 20 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo): al comma 2 è infatti specificato cosa si intenda per “pratiche commerciali scorrette”⁷⁰. Soprattutto il richiamo alla diligenza professionale e all'idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico rilevano ai fini di cui al presente lavoro⁷¹.

Analogamente alla precedente formulazione della norma, l'accertamento della grave iniquità è dunque subordinato ad una valutazione da compiersi con riferimento alle “*circostanze del caso*”, ovvero strettamente ancorata alla singola fattispecie concreta. Tale caratteristica, unitamente alla ampiezza e la varietà, pressoché infinite, delle possibili situazioni fattuali alla luce delle quali occorre incentrare la valutazione in esame, consegna al giudice da un lato un significativo potere di controllo sul contenuto del contratto – sia pure limitatamente al profilo dei termini di pagamento e delle conseguenze del ritardo – e dall'altro un notevole spazio di discrezionalità nell'esercizio di tale potere, sia pure in parte temperato dalle presunzioni di cui si dirà appresso⁷².

Il parametro della (grave) iniquità attorno al quale ruota la disciplina dei ritardi di pagamento richiede di procedere ad un

⁷⁰ Ovverossia “se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”.

⁷¹ Come è noto la diligenza professionale (art. 1176 c.c.) non va confusa con la correttezza o buona fede. La prima misura l'obbligo con cui il soggetto è tenuto a soddisfare l'interesse del creditore, pretendendone gli sforzi appropriati da valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata. La seconda impone invece di considerare gli interessi non tutelati da particolari disposizioni, imponendo la lealtà della condotta durante lo svolgimento della prestazione.

⁷² Il giudice esercita infatti tale controllo con riguardo alle specifiche caratteristiche della singola fattispecie concreta, ovvero sulla base di “criteri di giustizia del caso concreto”, che vengono in tal modo a colmare di significato la fattispecie astratta in parola: cfr. Russo, *Le transazioni commerciali*, cit., 241.

giudizio singolare e in concreto, vale a dire ad un giudizio caso per caso, come è proprio di ogni accertamento di natura equitativa: come noto il giudizio di equità (e quindi il suo converso di – grave – iniquità) è per sua natura un giudizio in cui non basta ricondurre i soggetti e i rapporti a categorie predeterminate, ma hanno rilievo le circostanze particolari del caso.

Solo l'eliminazione del precedente comma 3 dell'art. 7 del d. lgs. 231/2002 pare aver posto un parziale argine alla sua discrezionalità, quanto meno riguardo all'integrazione dell'accordo: l'intervento del giudice ora non può che essere di tipo demolitivo, venendo meno la previsione in base alla quale "applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo". Si è voluto probabilmente eliminare parte dell'arbitrio del giudice ancorando questi all'accordo delle parti, evitando quindi che possa imporre condizioni che turbino la ragione commerciale del negozio giuridico o che ne sminuiscano l'utilità economica per il debitore. Dovrà comunque, applicare gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile⁷³.

La discrezionalità rimane quindi sempre ampia, ma solo rispetto all'eliminazione delle clausole considerate dal giudice gravemente inique.

Con riferimento al parametro costituito dalla "prassi commerciale", il Decreto 192 ha modificato la precedente formulazione della norma, da una parte utilizzando, al posto dell'aggettivo "corretta", il riferimento al "contrasto con il principio di buona fede e correttezza", dall'altro aggiungendo – in aderenza alla direttiva comunitaria – che ciò che rileva è (non qualsiasi differenza, bensì) un "grave scostamento" rispetto alla prassi commerciale.

⁷³ E in particolare l'art. 1339 c.c., che prevede, come è noto, la sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti con l'inserimento di diritto nel contratto di clausole, prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge (o da norme corporative).

I commi 3 e 4 dell'art. 7, aggiunti dal Decreto 192, introducono due presunzioni di "grave iniquità" degli accordi in deroga alla disciplina di cui al Decreto, in attuazione dell'art. 7 par. 2 e 3, della direttiva 2011/7/UE. Tali presunzioni riducono lo spazio di discrezionalità dell'interprete nella valutazione del criterio in esame, contribuendo a garantire maggiore certezza alla disposizione.

La prima presunzione di grave iniquità concerne l'accordo con il quale le parti escludano l'applicazione di interessi di mora in caso di ritardo nell'adempimento da parte del debitore. Tale presunzione è assoluta e non ammette prova contraria, come espressamente previsto dalla norma.

La disposizione non introduce, invero, particolari elementi di novità, dato che, già nella vigenza della precedente formulazione della norma, la dottrina aveva evidenziato che l'accordo con il quale venisse escluso l'obbligo in capo al debitore di corrispondere interessi in caso di ritardo⁷⁴ ben difficilmente avrebbe potuto sottrarsi alla sanzione della nullità per contrasto con l'art. 7 del Decreto 231⁷⁵.

⁷⁴ Siffatte previsioni erano frequenti, in particolare, nei capitoli speciali degli appalti pubblici, ed avevano dato luogo, prima dell'entrata in vigore del Decreto 231, a notevoli contrasti in giurisprudenza. Peraltro, relativamente all'ambito delle transazioni tra imprese e P.A., tale tipologia di accordo deve ritenersi, anche a prescindere dalla disposizione in esame, non consentita, attesa l'inderogabilità del tasso di interessi moratori previsto ai sensi dell'art. 5 del Decreto 231.

⁷⁵ Cfr. Pandolfini, *La nullità degli accordi "gravemente iniqui" nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2003, 5, 510. Peraltro, l'operatività del divieto in esame non concerne gli accordi stipulati, in via transattiva, successivamente alla conclusione del contratto, in base ai quali, a fronte dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria, il debitore concordi con il creditore la definizione dell'instauranda lite con il pagamento dell'importo dovuto in linea capitale e la contestuale rinuncia agli interessi di mora maturati da parte del creditore stesso; le caratteristiche dell'accordo transattivo escludono, infatti, che possa esserne successivamente rimesso in discussione il relativo contenuto: cfr. Cuffaro, *Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento*, in *La disciplina dei pagamenti commerciali*, 229; contra, Conti-De Marzo, op. citata, secondo cui la

La seconda presunzione, di carattere questa volta relativo – come si desume anche dal *considerando 28* della direttiva 2011/7/UE⁷⁶ – si riferisce all'accordo con il quale venga escluso il risarcimento dei costi di recupero, di cui all'art. 6 del Decreto 231. In questo caso, la previsione del legislatore è rilevante, dato che gli interpreti erano discordi in ordine alla valutazione della grave iniquità di siffatto accordo, nel vigore della precedente formulazione del Decreto 231⁷⁷.

Trattandosi, in questo caso, di presunzione *juris tantum*, il debitore avrà la possibilità di dimostrare la “non grave iniquità” dell'accordo in esame, alla luce, in particolare, di altre clausole contrattuali o di altri rapporti contrattuali, suscettibili di riequilibrare l'assetto negoziale in favore del creditore.

Infine, il novellato art. 7, comma 5 del Decreto 231 prevede una declaratoria espressa di nullità, stabilendo – in attuazione dell'art. 4, par. 2, lett. b) della direttiva 2011/7/UE – che è nulla la clausola, inserita in una transazione commerciale tra imprese e P.a., la quale abbia ad oggetto “la predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura”, e che tale nullità “è dichiarata d'ufficio dal giudice”.

La norma si riferisce all'ipotesi in cui la P.A., nell'ambito di una transazione commerciale con un'impresa, pattuisca con – *rectius* imponga a – quest'ultima la data nella quale si considera ricevuta (dal debitore) la fattura (emessa dal creditore). Poiché la data di ricevimento della fattura costituisce il momento a partire dal quale decorre il termine (inderogabile) per il pagamento del corrispettivo

rinunzia del creditore agli interessi, anche qualora intervenga in sede di successivo accordo transattivo, è nulla in quanto gravemente iniqua.

⁷⁶ Cfr. il *considerando 28* della II direttiva, il quale prevede che «l'esclusione esplicita del diritto di applicare interessi di mora dovrebbe essere sempre considerata come gravemente iniqua, mentre l'esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero dovrebbe essere presunta tale».

⁷⁷ Cfr. Villani, *Art. 6 – Risarcimento dei costi di recupero*, in De Cristofaro, *La disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., 570.

da parte della P.A, attraverso tale disposizione il legislatore ha inteso escludere che tale termine possa essere aggirato, predeterminando la data di ricevimento della fattura (posteriore a quella effettiva) e quindi allungando, surrettiziamente, il termine di pagamento.

Non sfugge inoltre il collegamento tra l'art. 7 del d. lgs. 231/2002 e l'art. 9 della l.192/98 in tema di subfornitura, secondo cui "è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice"⁷⁸.

Le clausole gravemente inique richiamate dall'art. 7 del d. lgs. 231/2002 ben potrebbero quindi essere rappresentate anche dagli esempi richiamati dalla l. 192/98, soprattutto ove si consideri che a mente dell'art. 9, comma 2°, della medesima, "l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto". E d'altro canto l'applicabilità della norma in tema di subfornitura non sembra possa escludersi anche rispetto ad altre tipologie contrattuali, quantomeno per i contratti che prevedono da un lato un'impresa committente e dall'altro un'impresa fornitrice o cliente. L'estensione del precetto normativo è giustificata dal dato letterale della disposizione, ove le espressioni "committente" e "cliente" rimandano, infatti, a categorie generali più ampie rispetto a quelle caratterizzanti il contratto di subfornitura.

⁷⁸ Cfr. S. Bastianon, *Directive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali: prime osservazioni a proposito del d. lgs. n. 231/2002*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p. 395 ss.

5. *La tutela degli interessi collettivi*

La riforma non ha modificato nella sostanza la disciplina di cui all'art. 8 d. lgs. 231/2002 relativa alla tutela degli interessi collettivi, sicché le associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio Nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani, sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi. Le forme di tutela che possono essere richieste sono: l'accertamento della grave iniquità delle condizioni generali concernenti il termine di pagamento, il saggio degli interessi moratori o il risarcimento per i costi di recupero; l'inibitoria al loro uso, con la conseguente adozione delle misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale nei casi in cui la pubblicazione dello stesso possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

La norma in commento introduce una tecnica di tutela, appunto, collettiva degli interessi sottesi alla disciplina dei termini di pagamento. Il tema degli interessi collettivi si ricollega a situazioni di rilevanza giuridica che trascendono la dimensione meramente individuale, in quanto si appuntano in capo ad una pluralità di soggetti, che non necessariamente è determinata o determinabile in maniera precisa, né fa capo ad un'organizzazione più o meno strutturata⁷⁹.

⁷⁹ Nelle schematizzazioni abituali dei giuristi si tende a distinguere fra interessi diffusi ed interessi collettivi; più in particolare, mentre gli interessi diffusi si considerano adespoti, gli interessi collettivi sono quelli che emergono dal processo di tipizzazione normativa, che riconduce tali interessi ad una o più organizzazioni esponenziali. In questi termini, C. Punzi, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 3, pp.647-675, ivi p. 648.

Da qui due ordini di problemi, che emergono soprattutto nel momento in cui l'interesse collettivo tenta di ottenere tutela in sede giurisdizionale. Il primo problema attiene, appunto, all'individuazione della situazione giuridica tutelanda, questione resa più ardua dall'impossibilità di utilizzare il comodo schema del diritto soggettivo. Al riguardo, si è giunti a riconoscere situazioni di rilevanza giuridica in capo, ad esempio, alle organizzazioni sindacali, ovvero ad organizzazioni attive nella salvaguardia dei valori ambientali.

Il secondo problema, logicamente successivo al primo, attiene invece all'identificazione dell'organizzazione che pretenda di far valere in sede giurisdizionale l'interesse collettivo; ciò si traduce in una questione di legittimazione processuale di tale organizzazione. Nell'esperienza giuridica italiana la problematica dell'interesse collettivo, pur essendo ampiamente dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza, trova la sua sistemazione solo con l'intervento legislativo. È infatti in presenza di un'apposita norma di legge che il giurista italiano ritiene di poter identificare quella particolare situazione soggettiva che va sotto il nome di interesse collettivo; nel contempo, tale norma fornisce all'operatore quelle coordinate indispensabili per identificare il soggetto legittimato ad adire l'autorità giudiziaria per la tutela di tale situazione soggettiva.

L'articolo 8 d. lgs. 231/02 ha dato attuazione all'art. 3, parr. 4 e 5, della direttiva, laddove il legislatore comunitario, in primo luogo, ha previsto l'obbligo degli Stati membri di assicurare mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a condizioni (termini di pagamento e/o conseguenze dell'inadempimento) gravemente inique; in secondo luogo, ha identificato alcuni dei possibili mezzi di tutela: in particolare, il diritto di agire in giudizio (attribuito ad alcune) delle associazioni di categoria, per ottenere una pronuncia di duplice contenuto. Innanzitutto, l'accertamento della grave iniquità della clausola; poi, l'inibitoria,

per prevenire quei danni che deriverebbero dal (futuro) inserimento di tale clausola nel regolamento contrattuale.

Non è dubbio che legittimate ad agire siano esclusivamente le associazioni di categoria presenti nel CNEL⁸⁰.

L'attenzione alla tutela, in particolare ma non solo, delle piccole e medie imprese è evidente, da parte del legislatore comunitario: il *Considerando* n. 7 evidenzia che i termini di pagamento troppo lunghi ed i ritardi nell'adempimento «impongono pesanti oneri amministrativi e finanziari alle imprese, ed in particolare a quelle di piccole e medie dimensioni»; il *Considerando* n. 19, tra le ipotesi di abuso della libertà contrattuale a danno del creditore, individua quella in cui «l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati»: l'abuso è reso possibile in quanto la forza economica, e quindi il potere contrattuale, dei fornitori e dei subappaltatori, imprenditori medio-piccoli, è inferiore rispetto a quella del contraente principale.

In questo senso, allora, pare che il disposto dell'art. 8, comma 1°, non possa rappresentare una discriminazione ingiustificata tra imprese medio-piccole e grandi, in violazione del principio costituzionale di uguaglianza, ma si limiti ad enfatizzare lo scopo primario delle regole comunitarie recepite: se l'obiettivo è quello di tutelare i creditori, è chiaro che, in linea di tendenza, si tratterà di tutelare soggetti caratterizzati da una forza economica modesta, altrimenti essi riuscirebbero da soli ad ottenere condizioni contrattuali non pregiudizievoli; ma è altrettanto chiaro che la tutela della direttiva e del decreto si estende ad ogni creditore il quale subisca un pregiudizio ingiustificato in forza di termini di

⁸⁰ G. De Marzo, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *I Contratti*, 2002, p. 1163: «Resta confermato, pertanto, che altri soggetti collettivi sono privi di legittimazione ad agire»; con il che, l'A. cit. pare non escludere la legittimazione ad agire del singolo imprenditore: sul punto v. infra nel testo.

pagamento e/o conseguenze dell'inadempimento gravemente iniqui, cioè subisca un abuso di potere contrattuale.

La disposizione in commento, pertanto, dovrà essere intesa nel senso che le associazioni di categoria presenti nel CNEL rappresentano, prevalentemente, artigiani ed imprenditori medio-piccoli, fermo restando che ogni altra associazione di categoria degli imprenditori presente nel CNEL potrà senz'altro ricorrere alla tutela collettiva. Problema diverso è se anche il singolo imprenditore sia legittimato ad agire in giudizio ex art. 8.

La risposta dovrebbe essere negativa⁸¹. Se è vero che gli interpreti che hanno riflettuto circa la portata dell'art. 3, legge n. 281/1998, hanno concluso nel senso che il singolo consumatore è legittimato ad agire in giudizio ai fini dell'inibitoria, è altrettanto vero che riconoscere tale legittimazione al singolo imprenditore introdurrebbe, in via generale ed astratta, il controllo del giudice sulle condizioni generali contenenti clausole (sul termine di pagamento e/o sulle conseguenze dell'inadempimento) potenzialmente inique, in un momento anteriore alla loro operatività; in questo senso, il giudizio di grave iniquità sarebbe del tutto avulso dal contesto economico dello specifico accordo, e come tale prescinderebbe dai criteri che il legislatore ha individuato all'art. 7, al fine di limitare i poteri del giudice sull'equilibrio contrattuale. Come si è già osservato in precedenza, se il giudice valuta la grave iniquità delle clausole sul termine di pagamento e/o sulle conseguenze dell'inadempimento senza considerare il singolo rapporto contrattuale, vi è il rischio che egli, indirettamente ed in funzione preventiva, cioè *ex ante*, limiti l'autonomia privata, laddove la preoccupazione del legislatore europeo è stata quella di restringere (*rectius*: sanzionare) l'autonomia privata *ex post*, cioè solo quando si sia verificato uno

⁸¹ Contra V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: commento al d. lgs. n. 9 ottobre 2002, 231 attuazione della Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 88 s.

specifico abuso di potere contrattuale, rilevabile in riferimento all'economia del contratto.

In altre parole, ai sensi dell'art. 7, non sono, di per sé, gravemente inique le clausole che contengono un termine di pagamento più lungo o, ad esempio, un saggio di interesse inferiore a quello legale, ma le clausole che, tenuto conto di tutte le circostanze del caso appaiono irragionevoli, cioè non giustificate da ragioni oggettive. E si tratta, necessariamente, di ragionevolezza/irragionevolezza da valutare in concreto, nel senso che un tale giudizio è fondato sull'analisi del regolamento contrattuale.

Al contrario, un giudizio di ragionevolezza/irragionevolezza condotto senza considerare lo specifico rapporto contrattuale sarebbe fondato esclusivamente sulla divergenza tra il contenuto delle clausole predisposte dal (potenziale e futuro) debitore rispetto a quello determinato per legge; da qui deriva inevitabilmente una limitazione indiretta, generale ed astratta, dell'autonomia privata: indiretta, perché non si è ancora attuata in alcun regolamento contrattuale, dato che nessun contratto è stato concluso; generale ed astratta perché, in tal modo, al fine di evitare (eventuali e futuri) abusi, il diritto alla libera contrattazione viene limitato *ex ante*, in assenza di qualunque prova di abuso di potere contrattuale, e nonostante la direttiva presupponga il principio della libertà di contratto.

Le azioni contemplate dall'art. 8, ovvero l'azione di accertamento e l'inibitoria, sono dirette ad ottenere dal giudice un provvedimento che, una volta accertato il carattere gravemente iniquo delle condizioni generali di contratto relative ai termini di pagamento e/o alle conseguenze dell'inadempimento, ne vieti l'utilizzo nella contrattazione.

Come emerge dall'art. 3, par. 5, della direttiva, si tratta di «condizioni contrattuali stabilite per uso generale», cioè non ancora utilizzate⁸².

La *ratio* dell'azione inibitoria collettiva è proprio quella di impedire che si giunga all'effettivo utilizzo, nella contrattazione, di clausole invalide. In questo senso, l'esercizio dell'azione, non da parte del singolo imprenditore ma dell'associazione di categoria, realizza, nel senso più pieno, un interesse ultra-individuale⁸³.

Nel caso, invece, di clausole già utilizzate il rimedio dovrebbe consistere esclusivamente nella possibilità, per il singolo creditore, di ricorrere al giudice ex art. 7, per la decisiva ragione che, di fronte ad un contratto concluso, è opportuno, nel rispetto e a tutela del principio di libertà contrattuale, che il giudice verifichi in

⁸² G. De Marzo, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *I Contratti*, 2002, p. 1155

⁸³ Attraverso l'esercizio dell'azione inibitoria collettiva potrebbero così realizzarsi quelle esigenze di moralizzazione dei rapporti commerciali che un commentatore autorevole (L. Mengoni, *La direttiva*, cit., p. 74) ha ritenuto opportuno affidare al giudice nazionale in virtù del disposto dell'art. 7, ma che, forse, sarebbe meglio perseguibile attraverso un controllo giudiziario preventivo sulle clausole: in questa prospettiva, sarebbero colpite solo quelle clausole che risultassero gravemente inique in sé considerate, senza considerare i criteri indicati all'art. 7, alla luce dei quali la grave iniquità deve essere valutata in relazione allo specifico rapporto contrattuale. Ma v. le osservazioni critiche di R. Conti, *Il d. lgs. n. 231/2002*, cit., p. 117: «Ora, è ben chiaro che il rinvio *tout court* alla grave iniquità disciplinata dall'art. 7 operato dall'art. 8 si dimostra fallace sotto diversi profili.

Non può revocarsi, in dubbio, infatti, che il sindacato giudiziale nell'azione collettiva dovrà necessariamente prescindere dalla condizione dei contraenti, dai rapporti commerciali fra i medesimi e da ogni altra circostanza riferibile alla singola stipulazione (art. 7 comma 1°), elementi che sono assolutamente svincolati dalla tutela collettiva, salvo a chiedersi quali effetti potrebbe produrre la statuizione ottenuta dall'associazione sulla singola contrattazione che contiene un patto iniquo.

Ma sotto tale profilo la trasposizione dell'art. 3 par. 4, direttiva 2000/35, risulta contraria alla lettera ed alla *ratio* della direttiva sui ritardati pagamenti, in cui lo strumento collettivo si voleva diretto ad impedire le condizioni gravemente inique, senza tuttavia che potesse giocare ruolo alcuno il riferimento alla contrattazione stipulata ed ai rapporti *inter alia*».

concreto la grave iniquità della clausola, tenuto conto del concreto assetto economico negoziale.

In questo senso è anche il riferimento esplicito a che l'accertamento della grave iniquità e la conseguente inibitoria riguardino condizioni generali di contratto: le associazioni di categoria legittimate non possono agire anche per far dichiarare nulla una clausola, sia pure gravemente iniqua, formalmente contrattata dalle parti; spetterà unicamente al creditore promuovere il giudizio ex art. 7, proprio perché, di fronte ad un regolamento negoziale contrattato, è possibile che una clausola, la quale appaia gravemente iniqua, in concreto non lo sia, se rapportata alla ragione economica di quel contratto.

La giurisprudenza ha chiarito che tale azione, di cui all'art. 8 d. lgs. 231/2002, è per un verso un'azione speciale particolare, disciplinata da una normativa specifica, che configura un diritto soggettivo del soggetto legittimato o comunque una posizione a tutela di interessi collettivi o di categoria, ma per altro verso è anche «una forma di tutela generale e preventiva contro l'utilizzazione di condizioni contrattuali inique, accanto, a monte e a livello collettivo, rispetto alla tutela individuale e successiva del singolo imprenditore che abbia già stipulato un contratto contenente clausole inique».

6. Il coordinamento dei termini di pagamento di cui al d.lgs. n. 231/2002 e le norme sul tempo dell'adempimento più favorevoli al creditore

In considerazione di quanto dispone l'art. 11 del decreto legislativo in esame- norma che, a quanto consta, con l'entrata in vigore del d. lgs n. 192/2012 non ha subito modifiche o integrazioni né è stata

esplicitamente abrogata – in forza della quale «sono fatte salve le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengono una disciplina più favorevole al creditore», si è posto all'interprete un problema di coordinamento tra la disciplina speciale dei termini di pagamento, contenuta appunto nel novellato d. lgs n. 231/2002, e quella prevista dal codice civile nella parte relativa ai tipi contrattuali che rientrano quasi sistematicamente nella nozione di transazione commerciale: ci si riferisce, segnatamente, alla “compravendita” e all’ “appalto”.

Con riferimento alle norme sulla “compravendita” , viene in considerazione l’art. 1498, 2° c., c.c., a norma del quale, salvo patto contrario o usi diversi, il pagamento deve avvenire al momento della consegna e nel luogo dove questa si esegue, anticipando sostanzialmente il momento in cui il compratore deve pagare il prezzo dovuto. Con riguardo all’ “appalto” , si suole fare riferimento alla norma di cui all’art. 1655, 5° c., c.c., secondo cui, salvo diversa pattuizione o uso, l’appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l’opera è accettata dal committente, nonché alla norma di cui all’art. 1666 c.c., in forza della quale, qualora l’opera deve essere eseguita per partite e sia richiesta una verifica per singole partite, l’appaltatore ha il potere di chiedere il pagamento in proporzione dell’opera eseguita.

Già sulla base di questi riferimenti , in considerazione del disposto di cui all’art. 11 del decreto legislativo in rassegna – norma che, come già rilevato, al suo 2° comma fa salve le disposizioni del codice civile e delle leggi speciali più favorevoli al creditore – inteso nel senso letterale, si dovrebbe desumere l’inapplicabilità dell’art. 4, d. lgs. n. 231/2002 in quanto contenente disposizioni meno favorevoli rispetto a quelle contemplate nel codice civile con riferimento ad analoghe fattispecie contrattuali.

Pur tuttavia, è stato al riguardo esattamente rilevato che la disposizione di cui al citato art. 11 deriverebbe da un’errata interpretazione della corrispondente norma comunitaria, l’art. 6, §

della direttiva 2000/35/CE, ai sensi della quale: «Gli Stati membri possono lasciare in vigore od emanare norme che siano più favorevoli al creditore di quelle necessarie per conformarsi alla presente Direttiva», volendosi con tale disposizione solo consentire ai legislatori nazionali di non recepire integralmente la direttiva o di emanare altre norme più favorevoli al creditore.

7. La normativa relativa ai ritardi di pagamento nel settore pubblico

La l. 6 giugno 2013, n. 64 di conversione del d.l. 8 aprile 2013, n. 35, recante disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della Pubblica Amministrazione, è l'ultima tessera del complesso mosaico rappresentato dalla nuova disciplina della lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Con riguardo alle transazioni commerciali in cui il debitore è una Pubblica Amministrazione, anche per esse è previsto di regola un termine di pagamento non superiore ai trenta giorni, prevedendosi però la possibilità di derogare a tale regola, purché in forma espressa, quando “ciò sia giustificato dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione”. I termini non possono comunque superare i sessanta giorni. Tale limite per i pagamenti è peraltro automaticamente applicato alle imprese pubbliche (ossia le imprese che offrono merci e servizi sul mercato svolgendo, di fatto, un'attività economica di natura industriale o commerciale), nonché agli enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria (e che siano stati debitamente riconosciuti a tale fine). Il presupposto di validità degli accordi con riferimento alla natura e all'oggetto del contratto (tra impresa e P.A.) riguarda le situazioni nelle quali un differimento del termine di pagamento sia

(obiettivamente) giustificato da ragioni riconducibili all'organizzazione amministrativa e all'attività gestionale della P.A. e, forse, alla complessità tecnica delle prestazioni oggetto del contratto. Ancor più vago è il riferimento alle "circostanze esistenti al momento della conclusione dell'accordo" che sembra alludere ai particolari fattori giuridici che possono condizionare il pagamento da parte della P.A., imponendone una posticipazione.

In ogni caso, la (limitata) facoltà di deroga introdotta dal Decreto 192 impone un (indiretto, ma chiaro) onere motivazionale in capo alla P.A., la quale, nell'introdurre clausole derogatorie nei vari atti rilevanti non potrà limitarsi ad una motivazione astratta e generica ma dovrà individuare con esattezza le ragioni ed esigenze oggettive in base alle quali ritenga opportuno derogare ai termini legali di pagamento. Qualora non sussistano i presupposti di cui sopra per la deroga pattizia – in esito, verosimilmente, ad un accertamento da parte dell'autorità giudicante – deve ritenersi che la relativa clausola sia nulla – con salvezza delle rimanenti clausole contrattuali – con conseguente sostituzione della previsione pattizia con i termini legali, ai sensi dell'art. 1419, commi 1 e 2 c.c.

Ancora, al fine di non limitare il perseguimento dell'obiettivo del contrasto al ritardo dei pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, è previsto, sempre all'art. 4, che in caso sia "prevista una procedura diretta ad accertare la conformità della merce o dei servizi al contratto, essa non può avere una durata superiore a trenta giorni dalla data della consegna della merce o della prestazione del servizio, salvo che sia diversamente ed espressamente concordato dalle parti e previsto nella documentazione di gara e purché non sia gravemente iniquo per il creditore". Tale deroga non potrà comunque essere superiore, anche in questo caso, a sessanta giorni. Anche tale previsione è destinata ad avere un impatto assai rilevante, dato che le procedure contabili che caratterizzano il sistema di pagamento della P.A. contemplano quale attività necessaria ai fini della fase di liquidazione la verifica della regolarità della documentazione concernente la prestazione eseguita dal privato e dell'esistenza di un

impegno di spesa⁸⁴. Qualora tale attività non sia conclusa entro il termine massimo ora menzionato, l'impresa avrà dunque diritto agli interessi di mora, ai sensi dell'art. 5 del Decreto 231, a prescindere dall'avvenuta definizione della fase di verifica da parte della P.A..

È infine fatta salva la facoltà delle parti di concordare pagamenti a rate che, in caso non vengano onorate alla scadenza pattuita, comporteranno per il debitore maggiori interessi e la corresponsione di un risarcimento al creditore da calcolarsi esclusivamente sulla base delle singole rate scadute. La norma – che riproduce esattamente l'art. 5 della direttiva 2011/7/UE - mira evidentemente ad evitare che sul debitore gravi un obbligo risarcitorio eccessivo, attese le rilevanti conseguenze sanzionatorie collegate al ritardo nell'adempimento, ed appare sostanzialmente conforme ai principi generali del nostro ordinamento⁸⁵.

Tra le novità introdotte dalla nuova normativa vi è la differenziazione di disciplina tra imprese debentrici ed amministrazioni pubbliche debentrici, con la sottoposizione di queste ultime ad una disciplina più restrittiva (specie per quanto riguarda i termini di pagamento ed il tasso di interesse applicabile in caso di ritardo). In tal modo, si è rafforzata la tesi per cui le obbligazioni pecuniarie delle pubbliche amministrazioni non sono un genere a sé stante, ma una specie dell'ampio genere delle obbligazioni pecuniarie, caratterizzate solo dalla natura pubblica del soggetto debitore, e quindi, sottoposte alla disciplina di diritto comune, senza poter godere di privilegi⁸⁶.

⁸⁴ Cfr. Gisondi, *L'attuazione da parte della p.a. della nuova disciplina comunitaria sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Urb. App.*, 2003, 764 ss.

⁸⁵ Infatti, il mancato pagamento di una rata del corrispettivo non si riflette - al di fuori dell'ipotesi della decadenza dal beneficio del termine, ex art. 1186 c.c. - sulle rate successive non ancora scadute; pertanto il creditore - il quale chiedi l'esecuzione del contratto, ovvero il pagamento della rata scaduta - non ha diritto di ricevere gli interessi di mora su un credito in linea capitale che non è ancora esigibile.

⁸⁶ Sulla disciplina europea, ed in particolare sulla direttiva n. 2011/7/UE, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a M. Gnes, *La disciplina europea sui ritardi dei pagamenti*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2011, 821 ss.

Capitolo terzo

L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento

Sommario: accordi derogatori e abuso della libertà contrattuale: dalla normativa comunitaria al suo recepimento nel sistema legislativo nazionale; 2. Nullità degli accordi derogatori in sede di recepimento della direttiva 2000/35/CE; 3. Analisi dell'art. 7 d.lgs. 231/02: il concetto di gravi iniquità nell'accordo; 4. Ipotesi particolari di nullità: l'art.7, 2° comma nella formulazione del d.lgs. 321/2002; 5. Gli accordi derogatori ex art.7 d.lgs. 231/2002 e le c.d. nullità di protezione; 6. Conseguenze della grave iniquità: la nullità parziale e il rapporto con la disciplina codicistica; 7. I caratteri della nullità: la rilevabilità d'ufficio; 8. La sostituzione e/o correzione in via giudiziale della clausola gravemente iniqua

1. Accordi derogatori e abuso della libertà contrattuale: dalla normativa comunitaria al suo recepimento nel sistema legislativo nazionale

Come anticipato nel corso del presente lavoro, la norma di maggiore impatto sul sistema del diritto privato italiano è l'attuale art. 7 del d. lgs. 192/2012, che stabilisce la nullità delle clausole a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori, nonché al risarcimento per i costi di recupero, nel momento in cui risultino gravemente inique nei confronti del creditore, dovendosi applicare, in tal caso, gli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.

La disciplina degli accordi in deroga al regime legale delle obbligazioni pecuniarie derivanti da «transazioni commerciali», quale introdotto nel nostro ordinamento dal d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231,

rappresenta l'aspetto di più rilevante manifestazione della *ratio* di tutela per le piccole e medie imprese che, secondo l'espressa previsione del *considerando* n. 7 della direttiva 2000/35CE, costituisce uno dei criteri ispiratori delle nuove norme.

In effetti, la tutela degli imprenditori deboli non può dirsi assicurata, di per sé, né dalla previsione di più ridotti termini per l'adempimento (art. 4, comma 2°, d. lgs. n. 231 del 2002), né dalla severa disciplina delle conseguenze del ritardato pagamento (artt. 3, 4, comma 1°, 5 e 6, d. lgs. n. 231 del 2002): e ciò, non solo in considerazione del carattere dispositivo del regime legale (che pur mantiene la sua funzione di influenzare i comportamenti commerciali), quanto soprattutto per l'applicabilità delle nuove disposizioni anche al caso in cui creditore sia l'imprenditore «forte», così da poter dar luogo ad effetti di tutela esattamente opposti. Non così, invece, per le norme che circoscrivono gli spazi di manovra dell'autonomia privata, dove le espressioni letterali impiegate dal legislatore (l'essere l'accordo in deroga «gravemente iniquo in danno del creditore»: art. 7, comma 1, d. lgs. n. 231 del 2002) o le procedure negoziali a cui la deroga è condizionata lasciano subito intendere come ad essere a tema sia, propriamente, un problema di tutela del contraente debole.

In una prospettiva economica (ed escludendo dalla considerazione i profili che eccedono il singolo rapporto contrattuale), se appare certo che un costante utilizzo da parte del contraente forte del finanziamento commerciale gratuito (ovvero del credito conseguito pattuendo o «imponendo» al creditore dilazioni di pagamento senza corrispettivo) riduce il margine di profitto della controparte e può così penalizzare la competitività delle imprese di minori dimensioni, altrettanto certi sono alcuni dati di segno contrario: sicuramente incentivato dalla remora di compromettere i rapporti di clientela con i debitori, il finanziamento commerciale gratuito può essere addirittura voluto dai creditori, rientrando «in normali strategie di commercializzazione o

fidelizzazione della clientela»⁸⁷ ovvero, più in particolare, costituendo una modalità per attuare politiche di prezzo dirette a discriminare tra i clienti «senza impegni contrattuali espliciti».⁸⁸

Come si approfondirà a breve, le espressioni della legge (ad essere sanzionato di nullità è l'accordo «gravemente iniquo») e il *considerando 19* della direttiva 2000/35/CE («la presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale») lasciano intendere, con sufficiente chiarezza, come la regola di invalidità si configuri alla stregua di un limite esterno e di tipo residuale, in ciò pienamente inserendosi nell'alveo di un sistema in cui le relazioni economiche sono improntate ad «un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (art.4, comma 1° e 2°, Trattato CE) e il contenuto del contratto è rimesso, in linea tendenziale, alla libertà delle parti (art. 1322 c.c.).

Secondo la logica propria della repressione dell'abuso del diritto (ovvero di un controllo di razionalità sulle «modalità di effettiva applicazione di una regola preformata»), e nonostante le improprietà della traduzione italiana della direttiva 2000/35/CE, la sanzione non sembra, cioè, alterare i contenuti propri dell'autonomia privata: piuttosto, si limita a sanzionarne lo sviamento⁸⁹ – ulteriormente qualificato dal requisito della gravità – verso funzioni che non le sono proprie.

La questione si incentra, all'evidenza, sulla fattispecie di grave iniquità. Il discorso può prendere le mosse da un confronto delle

⁸⁷ Santella, *Progetto di ricerca sul credito commerciale. Costo dei rimedi giuridici del credito commerciale*, in E. Perrone, *L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. credito*, 2004, I, 65 ss.

⁸⁸ Marotta, *La direttiva comunitaria contro i ritardi nei pagamenti tra imprese. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Banca impr. soc.*, 2001, 453.

⁸⁹ In questi termini già Salv. Romano, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Del dir.*, I, Milano, 1958, 167 ss.; più di recente, D. Messinetti, voce *Abuso del diritto*, in *ivi*, Aggiornamento, II, Milano, 1998, 7 ss.

disposizioni in esame con le norme che, soprattutto in punto di fattispecie, più le somigliano.

Al proposito , la ricorrente distinzione fra giustizia contrattuale formale e sostanziale consente di illuminare , in via preliminare , una prima caratteristica dell'art . 7, comma 1°, d. lgs. n. 231 del 2002: diversamente dalla previsione degli art. 1447 e 1448 c.c., dall'art. 9 l. n. 192 del 1998, in tema di squilibrio contrattuale, la rilevanza della grave iniquità non risulta necessariamente scontare la compresenza di un'anomalia nel procedimento di formazione del contratto (*sub specie*, appunto, di stato di pericolo o di bisogno, abuso di dipendenza economica, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità commerciale da parte del contraente pregiudicato). Certo, a tenore della disposizione in esame (del rinvio alla condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra i medesimi, nella formulazione precedente alla riforma del 2012) ciascuno di questi elementi può rilevare nel giudizio sul carattere gravemente iniquo dell'accordo: ma ciò alla medesima stregua della «prassi commerciale» e, più in generale, di «ogni altra circostanza», con l'evidente conseguenza di un significativo ampliamento di portata della clausola generale. Sotto un differente profilo – e ancora in via preliminare – nella disposizione dell'art. 7 d. lgs. n. 231 del 2002 manca poi un meccanismo di «prova liberatoria» che consenta al contraente forte di andare esente, in modo definitivo, dall'applicazione dei rimedi contro la grave iniquità, come invece accade in altri istituti che pur attribuiscono rilievo allo squilibrio contrattuale in quanto tale.

Trattandosi di clausola generale, il *quantum* della gravità della sproporzione contrattuale è, in ipotesi, rimesso alla valutazione del giudice, e dunque, non definibile a priori. Non va tuttavia dimenticato che, sulla base del tenore letterale dell'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 231 del 2002, la gravità si configura come caratteristica aggiuntiva di un accordo già di per sé iniquo e, quindi, connotato da una sperequazione eccedente il *range* rintracciabile all'interno della corretta prassi commerciale menzionata dalla norma.

Il decreto n. 231/2002 costruisce una disciplina dispositiva rafforzata: i privati, da un lato, hanno facoltà di concordare termini del pagamento e interessi moratori diversi da quelli previsti dalle disposizioni legislative. L'art. 7 del decreto, infatti, comminando la nullità (solo) di taluni accordi sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo, ammette implicitamente che le parti possano disporre in autonomia di questi elementi, scegliendo, rispetto al modello legale, un regolamento che meglio rifletta i loro concreti interessi.

Tuttavia, per non vanificare gli scopi della nuova normativa, la libertà contrattuale può essere sottoposta ad un penetrante controllo giudiziale d'equità delle clausole derogatorie, secondo quanto previsto dall'art. 7 del decreto.

La disciplina legale, dunque, è sì disponibile, ma il diverso accordo delle parti può rischiare di non superare il vaglio giudiziale.

Al fine di individuare i mezzi di tutela più efficaci per impedire che l'impresa debitrice potesse approfittare del ritardo dei pagamenti per conseguire capacità finanziaria a danno dell'impresa creditrice, nel 19° *Considerando* della direttiva 2000/35/CE, il legislatore comunitario palesava il suo intento nei seguenti termini: «La presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore. Nel caso in cui un accordo abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, o nel caso in cui l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi, si può ritenere che questi elementi configurino un siffatto abuso».

Nel contesto in cui era maturata la disciplina previgente⁹⁰, il 19° *considerando* dir. 2000/35/CE volendo proibire «l'abuso della libertà

⁹⁰ Sulla quale possono vedersi, tra i tanti, Benedetti (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2003; Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto: profili della nuova disciplina dei*

contrattuale in danno del creditore»⁹¹, individuava (solo) due figure di patti iniqui: l'accordo avente lo scopo di «procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore» e l'accordo mediante il quale «l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi».

Ponendo a raffronto i testi normativi comunitari con il testo della norma previgente alla novella introdotta dal d. lgs. n. 192/2012, emergeva in tutta chiarezza che, in sede di recepimento, si era addivenuti ad una formulazione del testo dell'art. 7, d. lgs. n. 231/2002 che non era perfettamente in linea con quello concepito dal legislatore comunitario⁹².

Nell'articolato della direttiva , tuttavia, la libertà contrattuale incontrava più ampie limitazioni di carattere generale : all'art. 3, comma 3°, dir. 2000/35/CE, infatti, qualsiasi accordo sulla data del

ritardi di pagamento, Padova, 2004; Simone, voce *Pagamenti nelle transazioni commerciali: profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, in *Digesto IV ed.*, Disc. Priv., Sez. civ., Agg., II, Torino, 2007, p. 845 ss.

⁹¹ La scelta era chiaramente diretta a proibire sì «l'abuso», ma non l'esercizio in sé della libertà contrattuale. Il che pare naturale considerato che il settore oggetto di regolazione – quello dei contratti d'impresa – è territorio di pertinenza di quella «libertà d'iniziativa economica» che , tra l'altro, trova nell'art. 41, 1° comma Cost. espresso riconoscimento. In altre parole, i tempi di pagamento non possono essere sottratti del tutto alla libertà degli operatori di determinare il contenuto del regolamento contrattuale, pena un eccesso di dirigismo che rischierebbe di tradire le finalità della normativa di protezione, introducendo, tra l'altro, un meccanismo che, per la sua rigidità, non avrebbe certamente positive ripercussioni sulle dinamiche del mercato.

⁹² Lo aveva rilevato da subito Cuffaro, *Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento*, in *La disciplina dei pagamenti commerciali*, a cura di Cuffaro, Milano, 2004, 225 ss., secondo cui: «Mentre l'indicazione comunitaria traeva significativo indice di invalidità dal mancato rispetto dei termini di pagamento e dei tassi di mora prescritti, la norma dettata in sede di attuazione appare avere una valenza testualmente più ampia, giacché non è nell'immediato ancorata alle prescrizioni dettate negli artt. 4 e 5 del decreto». Sul dibattito che ha scatenato in dottrina la norma in esame in ordine al carattere imperativo dell'intera disciplina v. Zucchetti, *Sub. Art. 7, d. lgs., n. 231/2002*, in *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231)*, a cura di De Cristofaro G., in *Leggi civ. comm.*, 2004, 571 ss.

pagamento o sulle conseguenze del ritardo può essere sanzionato, in via generale, sol che «risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore». E la valutazione d'illiceità – sempre secondo la citata disposizione – era fondata su circostanze essenzialmente oggettive, quali la «prassi commerciale» e la «natura del prodotto»⁹³, ampiamente affidate ad una discrezionale valutazione dell'organo giurisdizionale. Nella previsione dell'art. 3 della direttiva, le norme sui termini di pagamento – che, per l'appunto, sono qualificati come legali – e sulle conseguenze del ritardo venivano considerate imperative e vincolanti per i destinatari; di modo che, sempre nell'ottica della direttiva 2000/35/CE, il patto con cui le parti avessero voluto derogare a tali disposizioni avrebbe incontrato senz'altro la sanzione di inefficacia, salvo il caso in cui le parti medesime non fossero riuscite a dimostrare l'esistenza di ragioni oggettive tali da giustificare la diversa pattuizione in deroga al dettato normativo.

Esaminando con maggiore attenzione l'art. 3, comma 3°, della Direttiva 2000/35/CE, pare che esso costituisca la sola disposizione generale di carattere inderogabile introdotta dal legislatore comunitario in questo testo normativo: ciò verrebbe a significare che il divieto di attribuire rilevanza giuridica a ogni «accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento» che «risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore» è l'unico precetto di portata generale che tutti gli Stati membri hanno il dovere di attuare mediante l'emanazione di una norma imperativa rivolta ai privati. Al resto delle disposizioni contenute nella Direttiva, infatti, è stata testualmente riconosciuta natura derogabile, così che ciascun

⁹³ Anche se l'art. 3, comma 3°, della direttiva aggiungeva che «per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, si terrà conto *inter alia* se il debitore ha qualche motivo oggettivo per ignorare le disposizioni dei parr. I, lett. da b) a d), e 2», il verbo «ignorare» è da leggersi, in realtà, come «derogare», e l'espressione «motivo oggettivo» è da leggersi come equivalente a quella di «ragione» [cfr. a sostegno, la versione francese della direttiva nella quale si legge: «on considèrera entre autres si le débiteur a une quelconque raison objective de déroger aux dispositions(...)]. Ben ha fatto, dunque, Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in Eur. e dir. priv., 2001, p. 81, nt. 10, a rilevare la «sciatteria» della traduzione italiana.

legislatore nazionale, in sede di recepimento della stessa, può stabilire di tradurle con altrettante norme di carattere dispositivo (come del resto è avvenuto nel d. lgs. 231/02), lasciando liberi i contraenti di inserire nei propri regolamenti contrattuali clausole sulle modalità di pagamento difformi da quelle suggerite dalla legge. Preso atto della scelta operata nella Direttiva in esame a favore della natura derogabile delle norme sulle modalità di pagamento, il divieto introdotto dall'art. 3, comma 3°, Dir. risulta essere l'unico limite alla libertà contrattuale delle parti che valga necessariamente per tutti gli scambi commerciali tra cittadini appartenenti agli Stati membri (siano i traffici interni o intracomunitari): ne consegue che l'armonizzazione del mercato europeo assicurata dal recepimento della normativa comunitaria viene inevitabilmente ad attestarsi su di un livello più basso di quello originariamente immaginato. Infatti, mancando una disciplina inderogabile sui termini di pagamento, non è ammesso un intervento giudiziale volto a conformare il contenuto del contratto ai modelli stabiliti dal legislatore se non nei casi previsti dall'art. 3, comma 3°, Dir., cioè in presenza di clausole sui termini di pagamento le quali possono determinare, nei fatti, un regolamento contrattuale connotato da uno squilibrio economico e/o normativo giuridicamente rilevante in danno del creditore⁹⁴.

Al pari della Direttiva, anche il decreto di attuazione è stato fatto oggetto di numerose critiche da parte della dottrina, le quali si concentrano per la maggior parte sul rilievo che quest'ultimo non è idoneo a regolamentare il mercato nazionale in modo sufficientemente rigido, proprio per il carattere attribuito al divieto ex art. 7 d. lgs n. 231/02, norma che inciderebbe con troppa cautela sul potere contrattuale dei privati⁹⁵. In effetti, l'art. 7 occupa nel decreto un posto

⁹⁴ La norma interviene a bilanciare le posizioni dei contraenti solo quando lo squilibrio economico e/o normativo tra di esse sia tale da snaturare il contratto, determinando una deviazione dello stesso dalla causa effettivamente perseguita dalle parti.

⁹⁵ Tra i primi commentatori si vedano Conti, *Il d.lgs 231/2002*, cit., p. 112 e Maffeis, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *I Contratti*, 2003, p. 630.

analogo a quello dell'art. 3, comma 3°, nell'ambito della Direttiva, in quanto ne costituisce l'unica norma imperativa di portata generale⁹⁶.

Occorre peraltro osservare che, in dottrina, il senso di insoddisfazione procurato dall'art. 7 si è tradotto nel tentativo di interpretare in modo restrittivo il carattere derogabile delle norme sui termini di pagamento: vi è infatti chi ha sostenuto che, ai sensi dell'articolo in esame, sono vietati tutti gli accordi peggiorativi della posizione del creditore e che alle parti è accordata la sola possibilità di prevedere termini di pagamento più brevi o tassi di interesse moratori più alti a favore del creditore⁹⁷. Sarebbe nulla, perciò, sia la previsione di dilazioni di pagamento che eccedano i termini indicati dalla legge sia la pattuizione di un saggio di interesse inferiore a quello «del principale strumento di finanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale». In verità, leggendo le perifrasi «se (...) non è stabilito nel contratto» (art. 4, comma 2°, d. lgs. n. 231/2002) o «salvo diverso accordo delle parti» (art. 5, comma 1°, d. lgs. n. 231/2002) secondo il tenore letterale del testo, pare debba ritenersi possibile per i contraenti derogare alla disciplina legale a favore del debitore (prevedendo cioè un termine di pagamento più lungo o un tasso di interesse più basso della misura legale), senza altro limite che quello previsto dall'art. 7 d. lgs. n. 231/02 (la «grave iniquità» della clausola a danno del creditore). A favore di quest'orientamento più liberale – che è prevalente in dottrina – sembra deporre anche il meccanismo di tutela previsto dall'art. 7 d. lgs. n. 231/02: dalla norma si evince infatti che le clausole sui termini di pagamento le quali derogano al regime legale *in pejus* per il creditore (stabilendo dilazioni superiori ai trenta giorni o tassi di interesse moratorio inferiori al parametro indicato dall'art. 5, comma 1°, d. lgs. n. 231/02) potranno essere assoggettate al controllo dell'autorità giudiziaria, la quale valuterà se – per effetto di quelle

⁹⁶ Sempre fatta salva la norma che riproduce le disposizioni ex artt. 1218 e 1223 c.c.

⁹⁷ Così Conti, *Il d. lgs. 231/2002*, cit., p. 110 ss., secondo il quale le deroghe *in pejus* costituirebbero in sé un indice di abusività della clausola; nello stesso senso anche La Spina, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2003, p. 132.

pattuizioni – il contenuto del contratto risulti squilibrato (*rectius* gravemente iniquo) in pregiudizio del creditore, nonché se questi possa subire un danno. Così la comminatoria di nullità seguirà sempre ad una valutazione complessiva delle clausole negoziali, mentre le parti saranno sempre libere di darsi un regolamento che contemperi le esigenze di entrambe anche in modi differenti da quello immaginato dal legislatore: ad esempio pattuendo, per pagamenti che debbano avvenire in un'unica soluzione, un termine «più breve» in corrispondenza di un tasso di interesse moratorio «più alto». Da quanto detto emerge, quindi, che la soluzione adottata dal nostro legislatore si presenta adeguata allo scopo di tutelare il contraente debole pur senza ricorrere ad un intervento imperativo, chiamando il giudice ad operare un bilanciamento degli interessi delle parti, per poi intervenire su singole clausole del regolamento contrattuale solo quando esso risulti complessivamente squilibrato a danno del contraente debole (il creditore dell'obbligazione pecuniaria). Del resto, se gli articoli 4, comma 2°, e 5, comma 1°, d. lgs. n. 231/02 dovessero essere intesi nel senso che dispongono la inderogabilità *in pejus* della disciplina legale per il creditore, la funzione dell'art. 7 d. lgs. n. 231/02 verrebbe praticamente svuotata, poiché tutte le clausole pattizie peggiorative della posizione di quest'ultimo rispetto allo *standard* legale sarebbero nulle *ipso jure* – in quanto contrarie a norme imperative - a prescindere dal fatto se siano anche gravemente inique in danno del creditore.

2. Nullità degli accordi derogatori in sede di recepimento della Direttiva 2000/35/CE

Diversa, invece, l'impostazione che si è preferito dare alla questione in fase di recepimento della prima direttiva 2000/35/CE.

L'art. 7, comma 1°, del decreto regolava – recependo l'art. 3, comma 3°, dir. 2000/35/CE – una fattispecie generale di nullità; mentre il comma

2° del medesimo articolo – riprendendo il suggerimento contenuto nel 19° *considerando* - isolava due ipotesi specifiche di accordi che la legge – riducendo l’apporto della discrezionalità dell’organo giudicante – reputava iniqui e, dunque, nulli.

La sanzione della nullità⁹⁸ colpiva qualunque accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo che «avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore»⁹⁹.

Il legislatore allargava l’ambito della nullità , anche rispetto alla previsione – già ampia – contenuta nell’art. 3, comma 3°, della direttiva¹⁰⁰.

Scompariva – almeno nella previsione generale – ogni riferimento ai «motivi» che potrebbero aver soggettivamente indotto il debitore a ottenere termini più lunghi per il pagamento o conseguenze meno gravose in caso di ritardo¹⁰¹: scompariva, altresì, ogni riferimento all’«abuso della libertà contrattuale» – pur presente nella versione italiana¹⁰² – per lasciare spazio a concetti e nozioni (ritenuti) più

⁹⁸ Che, secondo un’opinione, era però un’inefficacia: così Russo, voce *Pagamento (transazione commerciale)*, in Enc. Giur. Treccani, Agg., Roma, 2004, p. 17; *contra*, giustamente, Astone, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, in Rass. Dir. civ., 2010, in partic. p. 1021 ss.

⁹⁹ Ampia ed approfondita disamina su tale tipo di nullità in Zucchetti, op. cit., soprattutto 571-584, testo e note, la quale individua in questo rimedio una ipotesi di «nullità di protezione». Il tema della invalidità di protezione è stato recentemente rivisitato da: Gentili, *La “nullità di protezione”*, in Europa Dir. Priv., 2011, 77 ss.; Perlingieri G., *La convalida della nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; Spoto, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012.

¹⁰⁰ Che, a sua volta , ampliava, e di molto , i contenuti del 19° *considerando*. Il legislatore, in qualche modo, accresce i limiti posti all’autonomia privata, alzando il livello di tutela della direttiva attuata.

¹⁰¹ Riferimento che compariva , invece, nell’art. 3, comma 3° della direttiva: «per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, si terrà conto *inter alia* se il debitore ha qualche motivo oggettivo per ignorare le disposizioni (...)».

¹⁰² Al 19° *considerando* già menzionato. Di «abuso» si torna a parlare nella Relazione governativa (p. 21), per giustificare la scelta – che appare, peraltro, del tutto obbligata – del rimedio della nullità in luogo di quello della risoluzione.

familiari all'operatore nazionale (quali quelli della nullità e dell'equità).

Gli accordi¹⁰³ guardati con sospetto erano (e sono), generalmente, tutti (ma solo) quelli che *derogano* alla disciplina legale, statuendo termini di pagamento più lunghi o conseguenze per il caso di ritardo più lievi rispetto alle regole introdotte dal decreto.

La semplice deroga rispetto alla disciplina legale rappresentava, dunque, un primo campanello d'allarme. Ma non bastava – pena un clamoroso azzeramento della libertà contrattuale – a sancire l'invalidità delle pattuizioni per il sol fatto che queste si discostassero, in qualsiasi maniera, dal «modello» offerto dalle regole legali.

Per giungere a questo risultato, infatti, occorreva che l'accordo in deroga risultasse «gravemente iniquo in danno del creditore».

La formula alludeva ad un giudizio di *equità* ancorato dal legislatore a molteplici criteri: taluni oggettivi ed esterni al contratto (corretta prassi commerciale, rapporti commerciali tra i contraenti), taluni interni all'affare o relativi alle caratteristiche dei contraenti (natura della merce o dei servizi, condizione dei contraenti), taluni volutamente lasciati nel generico (è questo il senso della formula di chiusura «ogni altra circostanza»)¹⁰⁴.

La valutazione ponderata di questi elementi avvicina l'equità al più concreto concetto di *ragionevolezza*. Tralasciato ogni riferimento alle

¹⁰³ Nel concetto di «accordo» può rientrare sia la clausola contenuta nel contratto originario sia quella concordata successivamente (ma pure ogni altra pattuizione che le parti abbiano raggiunto in ordine ai tempi del pagamento o alle conseguenze del ritardo).

¹⁰⁴ Osserva R. Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2000, p. 977, in partic. p. 994 che la disciplina sui ritardi di pagamento pare muoversi «tutta all'interno dello scambio e delle sue ragioni». Non si tratta, insomma, di tutelare una parte in ragione della sua debolezza; si tratta, semmai, di preservare l'utilità economica dello scambio merce-danaro «sicuramente alterata da un non giustificato divario temporale tra consegna del bene e pagamento».

«intenzioni» soggettive dei contraenti¹⁰⁵, il giudice è chiamato ad una valutazione prevalentemente oggettiva: ove si possano individuare sufficienti ragioni che *giustificano* una deroga rispetto alla disciplina legale (e, dunque, termini più brevi o interessi moratori a saggio più basso), l'accordo può salvarsi dalla nullità; in caso contrario – ove cioè non emergano ragioni oggettive che legittimano una deroga rispetto al sistema legale – l'accordo è nullo siccome iniquo¹⁰⁶.

Il riferimento alla (ricerca di una) «giustificazione» della scelta compiuta dai privati, del resto, compariva nel contesto dell'art. 7, laddove, a proposito di quegli accordi che il comma 2° del medesimo articolo espressamente considerava iniqui, si utilizzavano espressioni quali: «senza essere *giustificato* da ragioni oggettive» o, ancora, «termini di pagamento *ingiustificatamente* più lunghi».

La «giustificazione ragionevole», in breve, può salvare la validità della regola *ad hoc* che i privati, nell'esercizio della propria autonomia, hanno ritenuto di sostituire alla disciplina legale¹⁰⁷: e,

¹⁰⁵ Anzi: all'intento abusivo del debitore che mira a trarre un ingiusto profitto a danno del creditore (quell'intento abusivo che, invece, gioca un ruolo nell'abuso di dipendenza economica ex art. 9, l. n. 192/98). L'art. 7 non richiede l'accertamento di tale intento, né di altri elementi in qualche modo riconducibili ad atteggiamenti soggettivi del debitore nei confronti del creditore. Anche se è pur vero che, dietro il paravento di una valutazione oggettiva d'iniquità, il giudice scopre un «abuso» che una parte ha compiuto a danno dell'altra. Di contrario avviso, Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 78 ss.

¹⁰⁶ Sulla ragionevolezza come sintesi di equità e buona fede si richiamano le riflessioni di F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, p. 537, in partic. p. 553 ss. L'equità, almeno come ce la consegna la tradizione, non è criterio di giudizio che pare potersi adattare ai rapporti tra imprese, ove è «fisiologico» (per usare l'efficacia terminologia usata da V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 42) che un'impresa imponga all'altra termini e condizioni di un affare. Interessante il raffronto – sollecitato ancora da Busnelli – con il recente Codice civile olandese, il cui art. 2, 1° comma, è dedicato al principio di «equità/ragionevolezza».

¹⁰⁷ La giustificazione salva dalla nullità una clausola che, in astratto, potrebbe apparire iniqua in forza di un puro giudizio equitativo. Ciò che par essere astrattamente iniquo è concretamente ragionevole, giustificato e, dunque, immeritevole di essere sanzionato dalla nullità.

come si vedrà oltre, la scelta nel senso della ragionevolezza della deroga è oggi molto potenziata nel nuovo testo dell'art. 7.

La legge – riaffermando indirettamente il valore della libertà contrattuale – richiede che l'iniquità sia «grave»: ciò significa, in prima battuta, che la nullità può essere comminata (solo) se l'insieme delle circostanze considerate non fornisca al giudice una qualche giustificazione della disciplina pattizia concordata dalle parti¹⁰⁸.

Ma la «gravità» dell'iniquità dovrebbe alludere altresì al livello quantitativo-qualitativo di essa; nel senso che, oltre all'assenza di una giustificazione razionale ed oggettivamente riscontrabile, l'accordo in deroga deve causare al creditore un danno apprezzabile, significativo, o, comunque, deve consistere in una diminuzione più che rilevante (oltre che ingiustificata) della tutela che il creditore riceverebbe sulla base della normativa legale.

Esemplificando, se le parti concordano un termine di pagamento di poco più lungo rispetto a quello legale (o, per converso, se pattuiscono interessi di mora di poco più lievi rispetto al tasso previsto dal decreto) – anche se la deroga è ingiustificata e, dunque, astrattamente iniqua – il giudice potrebbe ritenere in concreto che l'iniquità non raggiunga un sufficiente livello di «gravità», con la conseguenza che, in tal caso, la sanzione della nullità non dovrebbe essere comminata¹⁰⁹.

Due, dunque, paiono essere i passaggi del giudizio di ragionevolezza-equità richiesto al giudice dall'art. 7 del decreto:

- a) il primo consiste nella ricerca di una giustificazione oggettiva dell'accordo in deroga alla disciplina legale;

¹⁰⁸In un'ottica di *favor* verso l'autonomia privata (che la direttiva non ha inteso azzerare, ma, semmai, che ha voluto tutelare e valorizzare), dove si rinviene *almeno* una giustificazione oggettiva, la clausola sul termine deve essere salvata.

¹⁰⁹Si tratterebbe, in breve, di una «iniquità lieve o non grave».

- b) il secondo risiede nella valutazione quantitativo-qualitativa della «gravità» dell'accordo iniquo, siccome oggettivamente ingiustificato¹¹⁰.

Accertato che l'accordo è ingiustificato (alla luce dei criteri previsti dal medesimo art. 7) e grave l'iniquità che esso produce, il giudice può dichiararne la nullità in quanto – riprendendo la logica dell'«abuso della libertà contrattuale» che ha ispirato la direttiva – frutto di una costrizione¹¹¹ operata dalla parte forte (nel caso: il debitore) sulla parte debole (nel caso: il creditore).

Ciò che rileva, dunque, non è lo squilibrio in sé, quanto lo squilibrio siccome «ingiustificato», inteso quale sintomo di un probabile abuso compiuto a danno di un creditore debole da parte di un debitore forte¹¹².

¹¹⁰È molto probabile, comunque, che l'assenza di una qualche giustificazione oggettiva porti con sé quasi sempre la «grave iniquità» (anche perché è presumibile che le parti, nella maggior parte dei casi, deroghino alla disciplina legale per discostarsene in misura più che significativa). Il giudizio sulla gravità, dunque, dovrebbe di regola essere assorbito da quello di ragionevolezza-equità.

¹¹¹ Una costrizione di tipo economico-commerciale, che non si traduce in un vizio della volontà in qualche modo riconducibile alla «violenza» quale causa d'annullamento del contratto. Il problema si è posto, ad esempio, per l'inquadramento della situazione di chi contrae per effetto di una dipendenza economica, di un timore, di un bisogno; ma, almeno con riferimento alla nullità comminata dall'art. 7 del decreto in commento, il legislatore parrebbe voler tutelare non tanto l'integrità del consenso, quanto la razionalità e l'efficienza dello scambio: cfr. sul punto S. Pagliantini, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, Padova, 2002, p. 455, in partic. p. 467 ss. Ad avviso di V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 64, l'utilizzo dell'espressione «grave iniquità» lascia intendere «che situazioni di iniquità sono normali nella pratica degli affari, sì da essere sanzionate solo ove raggiungano un livello eccessivo – quello del danno nei confronti del creditore».

¹¹² Lo squilibrio, nel caso dell'accordo derogatorio sul termine o sugli interessi per il ritardo, è accertato con riferimento a parametri essenzialmente oggettivi, mentre altrove lo squilibrio è rilevante in quanto espressione di un abuso (subfornitura), ovvero se raggiunge determinati livelli quantitativi (di significativo squilibrio): si veda, sul punto, G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, p. 915, in particolare p. 927.

3. *Analisi dell'articolo 7 d.lgs. 231/2002: il concetto di grave iniquità dell'accordo*

Analizzando, più nello specifico, il disposto di cui all'art. 7 d. lgs. 231/02, relativamente al primo comma colpisce, come prima cosa, la previsione della clausola generale di «grave iniquità». In effetti, non è mancato, da parte degli interpreti che si sono occupati di redigere un primo commento alla norma, un certo indugio sul significato dell'espressione, dal momento che la formula adoperata dal legislatore è alquanto inusuale ed è assolutamente nuova la comminatoria della nullità per una clausola «gravemente iniqua». Vi è chi la ha equiparata al concetto di «abuso»¹¹³, sostituendola con un termine più conforme alla nostra tradizione giuridica, nella quale non mancano altre ipotesi in cui è previsto che il comportamento abusivo di una parte nella predisposizione del contratto determina la nullità della clausola che di tale abuso è il frutto. Si fa riferimento, in particolare, alla disciplina delle clausole abusive a tutela del consumatore, all'abuso di posizione dominante – formula citata sia nell'art. 9 l. n. 192/98, in materia di subfornitura, sia nell'art. 1 legge n. 287/90 in materia di concorrenza – e, su di un piano limitrofo, alla sanzione prevista per l'imposizione di interessi usurari (art. 1815, comma 2° c.c.)¹¹⁴. In realtà solo considerando il termine «abuso» nella sua accezione più moderna (priva del riferimento allo stato soggettivo dei contraenti) le due locuzioni («abuso» e «grave iniquità») esprimono il medesimo significato. Considerate le due figure in termini generici, senza attribuire rilievo agli stati soggettivi, si osserva che esse sono rivolte a perseguire il medesimo scopo, quello di intervenire sui patti che,

¹¹³ V. Pandolfini, op. cit., p. 504; Maffei, op. cit., p. 623 e p. 627; Grondona, op. cit., p. 10; La Spina, op. cit., p. 134;

¹¹⁴ Così Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. Dir. priv.*, 2001, p. 551; Meruzzi, *Usura*, in *Contr. e impr.*, 1996, II, pp. 770-771; Gentili, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. Dir. civ.*, 2001, I, pp. 356-357

aggiunti al contratto, ne snaturano la funzione, impedendo la realizzazione degli interessi in virtù dei quali le parti hanno concluso l'affare¹¹⁵.

In particolare, la deviazione dalla causa effettiva del contratto è rilevante nella misura in cui produce uno *squilibrio* ingiustificato nel contenuto dello stesso, a vantaggio esclusivo di uno dei contraenti e in danno dell'altro, sperequando il rapporto tra i sacrifici dei quali ciascuno deve farsi carico per l'attuazione dell'accordo. Tale «sperequazione» non concerne necessariamente il contenuto economico delle prestazioni dovute dalle parti ma può prodursi per effetto di alcune clausole che, regolando singoli aspetti dell'attuazione del rapporto, determinino una posizione di svantaggio a carico di una delle parti¹¹⁶. A tale proposito si osserva che l'apposizione di clausole sulle condizioni di pagamento ex art. 7 d. lgs. n. 231/02 dà luogo ad uno squilibrio normativo (o regolamentare) poiché non intacca il contenuto principale del contratto; in effetti, la previsione di un termine di pagamento «più lungo» o di un tasso di interesse «più basso» incidono sul profilo economico dello scambio solo in seconda battuta, equivalendo di fatto alla concessione di una dilazione di pagamento gratuita al debitore, così che la prestazione che egli riceve risulta maggiorata da un *quid pluris* rispetto alla controprestazione dovuta.

¹¹⁵Questo è il significato con cui il termine abuso è stato impiegato dai primi commentatori dell'art. 7 d. lgs. n. 231/02: v. per tutti Grondona, op. cit., p. 14, il quale osserva che «lo squilibrio economico-giuridico (...) non è di per sé indice di abuso contrattuale (...) ma può divenirlo in presenza di clausole di contenuto tale (...) da snaturare la funzione stessa del contratto concluso»; in sostanza «si tratta di colpire solo quelle clausole che alterino in concreto l'equilibrio economico del contratto, cioè la ragione economica dell'affare in vista della quale le parti hanno stipulato il contratto» (ibidem, p. 13).

¹¹⁶Passagnoli, op. cit., lo definisce uno «squilibrio strutturale» «che alteri in radice i presupposti dell'esercizio dell'autonomia negoziale e le dinamiche concorrenziali» (p. 23); esso, peraltro «non si pone (come avviene nella disciplina dell'annullabilità) come evenienza anomala, bensì alla stregua di un connotato strutturale di determinate categorie di rapporti, ciò che (...) dà ragione della peculiarità della tutela» (pp. 20-21).

Si è così individuato il primo elemento costitutivo dell'art. 7 d. lgs. n. 231/02.

Benché non sia la prima volta che il legislatore prevede una disciplina *ad hoc* per contrastare lo squilibrio contrattuale, tuttavia la dottrina ha rilevato la difficoltà a definire, con riferimento alla fattispecie in esame, il *quantum* necessario a determinare la qualifica di abusiva (o, meglio, di «gravemente iniqua») della clausola che l'ha determinato. Secondo i principi generali in tema di causa, la mera sproporzione quantitativa tra le due prestazioni o la mera posizione di svantaggio in cui una delle due parti si venga a trovare in seguito all'apposizione di una clausola non è sufficiente perché la sanzione di nullità operi sotto il profilo causale¹¹⁷. A tale scopo occorre infatti, di regola, che il contratto sia «sperequato a tal punto da escludere la stessa qualificazione legale di reciprocità o corrispettività delle prestazioni riferite a quel singolo contratto» oppure che risulti illecito in quanto «contrario alla morale degli affari»¹¹⁸. Tuttavia, i più recenti interventi legislativi (specialmente quelli che hanno introdotto nuove «norme di protezione») hanno mitigato il rigore tradizionale¹¹⁹, sollecitando la dottrina a operare un « (...) ripensamento realistico sulla causa», ampliandone la portata fino ad attribuire rilevanza a quegli interessi che (seppure estranei al modello legale prescelto) abbiano costituito la ragione effettiva dell'adesione di una delle parti al contratto, ciò

¹¹⁷ A proposito dell'insufficienza della mera sproporzione quantitativa tra le prestazioni v. per tutti Di Majo, op. cit., p. 95; quanto alla posizione di svantaggio Breccia, *Causa*, in *Trattato di dir.priv.* diretto da Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, tomo III, a cura di Alpa, Breccia e Lisierre, Torino, 2002, p. 71, osserva che «la libertà contrattuale per essere effettiva presuppone (...) che l'accesso al mercato sia fondato su un equilibrio di opportunità e di poteri» ma «non è mai esistita una società che in tal senso si configuri come perfetta».

¹¹⁸ Breccia, *Causa*, cit. p. 11

¹¹⁹ Contrario Roppo, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, p. 42-44, il quale mette in guardia dal rischio di incentivare interventi giudiziali volti a operare un controllo diffuso sull'economia del contratto e a colpire ogni possibile squilibrio economico tra prestazioni poiché in queste ipotesi il giudice interviene su una situazione di fisiologia contrattuale.

benché la loro violazione non comporti «un totale difetto strutturale o (...) l'illiceità dell'atto»¹²⁰.

In quest'ottica si comprende come possano acquistare rilievo anche uno *squilibrio economico* che non arrivi a rompere il sinallagma o l'apposizione di una clausola che determini uno *squilibrio normativo* «eccessivo»¹²¹ in danno di uno dei contraenti. L'art. 7 d. lgs. n. 231/02, nello specifico, pare muoversi in questa direzione, senza però definire quale sia il *quantum* di squilibrio necessario per determinare la nullità dell'accordo in deroga alla disciplina legale. La norma infatti non indica quali siano gli indici in base ai quali il giudice possa valutare se lo svantaggio arrecato al creditore sia sufficientemente rilevante da dar luogo alla nullità prevista dal terzo comma; diversamente, essa si avvale di una clausola generale, sanzionando il patto che risulti «gravemente iniquo in danno del creditore»¹²². Né a questo scopo pare possano soccorrere gli indici elencati dal legislatore all'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 231/02¹²³, dai quali il giudice può

¹²⁰ Breccia, *Causa*, cit., p. 9. In particolare, l'Autore suggerisce che essa può «ricomprendere nella ragione dell'atto intesa come ragione effettiva e non coincidente con uno schema tipico anche quegli interessi rilevanti nel quadro di un'operazione giuridica che pure siano estranei a un modello legale e sociale già predeterminato».

¹²¹ Si prende a prestito la formula impiegata dal legislatore per definire l'abuso di dipendenza economica ex art. 9 l. n. 192/98 («eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi»), leggendola – conformemente a quanto è stato fatto in dottrina – come *espressione generale* significante una disfunzione a livello del contenuto economico del contratto.

¹²² Questo spiega perché la dottrina, nel commentare la disposizione in esame, abbia fatto ricorso a espressioni necessariamente sfuggenti: v. per tutti Benedetti, op. cit., p. 115, il quale osserva che «la gravità (...) dovrebbe alludere altresì al livello qualitativo-quantitativo di essa»; e ancora che «l'accordo in deroga deve causare al creditore un danno apprezzabilmente significativo o, comunque, deve consistere in una diminuzione più che rilevante (oltre che ingiustificata) della tutela che il creditore riceverebbe sotto l'ombrello della normativa legale». Denunciano apertamente la vaghezza e l'indeterminatezza della formula Frignani e Cagnasso, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003, 3, p. 308; Pandolfini, op. cit., p. 504.

¹²³ Sinteticamente si può affermare che la norma richiama gli stessi indici previsti dall'art. 3, par. 3, Dir. Più precisamente Pandolfini, op. cit., p. 505 ha osservato che «il legislatore ha riprodotto gli stessi criteri elencati dall'art. 3 della Direttiva 2000/35/CE, aggiungendovi (...) due nuovi parametri – attinenti alla condizione dei

unicamente desumere, dopo avere già accertato l'esistenza di uno squilibrio rilevante, se nel caso di specie l'apposizione di clausole sui termini di pagamento non conformi alla disciplina legale risulti comunque lecita. Ne deriva che il compito dell'interprete risulta particolarmente arduo in quanto egli, prima ancora di valutare se lo squilibrio possa trovare una qualche giustificazione - ovvero se risulti controbilanciato da un vantaggio - nel contesto del relativo accordo, deve vagliare se esso debba o meno essere considerato giuridicamente rilevante.

Tornando a considerare il profilo causale dell'art. 7 d. lgs. n. 231/02, occorre sottolineare che un giudizio di iniquità della clausola potrebbe pronunciarsi solo al ricorrere di un tale divario tra i poteri contrattuali delle parti che una di esse debba ritenersi soggetta alla posizione dominante dell'altra; infatti, proprio in questi casi sarebbe motivata la rilevanza di uno squilibrio normativo che non sia tale da escludere la causa dell'accordo (rimanendo fermo, fuori dalle norme di protezione, il principio inverso).

In altri termini, assume rilievo fondamentale in questo contesto un ulteriore elemento della fattispecie: la debolezza del creditore. Se questo punto è piuttosto condiviso in dottrina¹²⁴, appare senz'altro più

contraenti ed ai rapporti commerciali tra gli stessi – e non menzionando, invece, le “ragioni oggettive”, la cui esistenza potrebbe portare ad escludere la “grave iniquità” dell'accordo, previste dalla normativa stessa». Tuttavia, la necessità di un'interpretazione conforme alla Direttiva «suggerisce di interpretare la norma nel senso che della presenza di “ragioni oggettive” debba comunque tenersi conto per valutare la “grave iniquità” della clausola in deroga alla disciplina legale. Così De Cristofaro, op. cit., p. 12, nt. 42. Per un'analisi delle singole cause di giustificazione v. Benedetti, op. cit., p. 117-121; Pandolfini, op. cit., pp. 505-506. La dottrina ha evidenziato la difficoltà a dar giudizi certi con simili indici: v. per tutti Conti, La direttiva, cit. p. 811.

¹²⁴ Sembrano non concordare sul punto Perrone, *L'accordo “gravemente iniquo” nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, I, p. 67 e Alessi, op. cit., p. 994. Il primo sembra ritenere irrilevante la posizione della parte svantaggiata, sostenendo che l'enormità della lesione richiesta per la comminatoria di nullità nonché la residualità della norma basterebbero a giustificare la sanzione, al pari di quanto avviene negli ordinamenti di *common law*. Il secondo afferma che il contesto della Direttiva

complesso il discorso in merito alla prova della riferibilità di questa qualifica al contraente-creditore. Mentre per qualcuno si tratterebbe di una valutazione alla quale il giudice deve procedere in concreto, caso per caso, per altri il d. lgs. n. 231/02 introdurrebbe una presunzione di debolezza in capo al creditore (rispetto alla quale spetterebbe al debitore fornire prova contraria) o, addirittura, individuerebbe una categoria di contraenti «protetti». In proposito pare potersi osservare che il contraente-creditore di una prestazione pecuniaria per effetto di un contratto commerciale non deve considerarsi, in quanto tale, in posizione di soggezione rispetto alla controparte. In effetti, la Direttiva 2000/35/CE (e il conseguente decreto di attuazione) è stata posta per contrastare una specifica situazione di mercato, in cui le piccole-medie imprese soccombono a causa dei ritardi con cui la maggior parte delle grandi imprese committenti sono solite pagare i propri debiti. Il fatto che la formula impiegata dal legislatore comunitario (e così da quello nazionale) sia generica – poiché fa riferimento indistintamente a tutti i creditori di obbligazioni pecuniarie sorte da contratto – non pare possa costituire un argomento sufficiente per disattendere, in sede di interpretazione della norma, le motivazioni pratiche che hanno determinato l'imposizione del precetto. Di conseguenza, pare potersi ribadire che la disciplina introdotta dal d. lgs. n. 231/02 non qualifica il creditore, in sé, quale «contraente debole» e che perciò l'appartenenza allo *status* di creditore non è sufficiente a determinare l'applicabilità della normativa di protezione a suo favore¹²⁵; al contrario, in caso di giudizio, la sussistenza di una posizione di debolezza sarà oggetto di prova da parte dei contendenti in quanto integra un elemento costitutivo autonomo della fattispecie (analogamente a quanto è previsto ex art. 9 l. n. 192/98 in tema di subfornitura per la «dipendenza economica»)¹²⁶. Una tale

2000/35 «non fa emergere invero alcuna istanza di riequilibrio sostanziale delle posizioni contrattuali; e semmai evoca l'equo contemperamento di interessi noto alla nostra disciplina generale dei contratti».

¹²⁵ Contra Conti, *Il d. lgs. 231/2002*, cit., p. 110, secondo il quale il creditore-imprenditore «assurge a vera e propria categoria normativa».

¹²⁶ Così Fauceglia, op. cit., p. 312; Dolmetta, *I termini ad adempiere e gli interessi moratori nella Direttiva CE n. 2000/35*, Relazione al Convegno ITA, 16 novembre

interpretazione, tra l'altro, restringe senza dubbio la portata della norma (impedendone l'applicazione alle posizioni creditorie non «deboli») senza peraltro discostarsi dalla teoria generale sulle norme di protezione, la quale individua due *rationes* della disciplina speciale: la «peculiare qualità soggettiva del contraente protetto» e la «situazione della parte ritenuta dominante»; in tale ultima ipotesi, in particolare, «(...) non si seleziona un tipo di contraente protetto, ma si individuano, in astratto, per regolarli, rapporti caratterizzati dallo strutturale predominio di una delle parti (...) in ogni caso, a prescindere dalla natura, qualità o status del contraente protetto»¹²⁷. Quanto al profilo probatorio, poi, pare sussistere un'inversione dell'onere della prova in ordine alla situazione di inferiorità del creditore, così che spetta al contraente presuntivamente forte (che nel caso del decreto in commento è il debitore) dimostrare l'assenza di una condizione di debolezza in capo alla controparte¹²⁸. Infatti, se l'onere della prova della debolezza fosse posto a carico del creditore si rischierebbe di svuotare il contenuto della tutela ex art. 7 d. lgs. n. 231/02, dal momento che la sua inferiorità non si documenta in un particolare aspetto della posizione creditoria ma piuttosto nel complesso delle condizioni in cui il suo potere economico si esercita sul mercato.

2000, «Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali»; La Spina, op. cit., p. 134-135, secondo cui la disciplina ex art. 7 del decreto «pare (...) finalizzata non tanto a tutelare il creditore in genere, quanto piuttosto a garantire il creditore che subisca gli abusi del prepotere contrattuale (...)»; Conti, *Il d. lgs. 231/2002*, cit., p. 100.

¹²⁷ Passagnoli, op. cit., pp. 20-22: il quale afferma che i due gruppi di ipotesi, conformati alle due *rationes* specifiche anzidette, presentano tratti di disciplina *in parte comuni*, avvalorando, così, l'ipotesi della loro inscrivibilità in una più generale *ratio unitaria*.

¹²⁸ Così Pandolfini, op. cit., p. 503. Varrebbe qui, in assenza di una specifica disposizione normativa, un regime probatorio analogo a quello riscontrato per la tutela del consumatore. La soluzione si giustifica in considerazione della portata generale propria della disciplina «di protezione» posta a tutela del consumatore, dalla quale perciò non ci si potrebbe discostare se non in presenza di un'espressa deroga.

Se in linea di massima si può affermare che l'art. 7 d. lgs n. 213/02 può trovare applicazione nel caso in cui consti uno squilibrio rilevante a danno del contraente-creditore in posizione di inferiorità, più complessa è la soluzione del problema se sia necessario accertare la sussistenza di un ulteriore presupposto per l'operatività della norma in questione: lo stato soggettivo di mala fede del debitore. La dottrina si è attestata, nei primi commenti, su una varietà di posizioni, le quali spesso divergono l'una dall'altra per aspetti appena percepibili sul piano applicativo e che, in qualche caso, non risultano del tutto chiare. Per questo motivo si ritiene opportuno operare una semplificazione nel riferire gli orientamenti affermatasi sul punto, riconducendo i diversi contributi a due filoni¹²⁹.

Secondo una prima interpretazione, la norma non potrebbe prescindere dal presupposto dell'abuso tradizionalmente inteso, il quale consisterebbe sì in uno squilibrio dei diritti e obblighi nascenti dal contratto (il quale si concreti nello sviamento dalla causa concreta del medesimo) ma determinato da un «utilizzo strumentale»¹³⁰ della libertà contrattuale, cioè da una condotta contraria a buona fede¹³¹. In altre parole, l'art. 7 d. lgs. n. 231/02 sanzionerebbe innanzitutto uno squilibrio delle posizioni contrattuali, del quale una delle parti si sia

¹²⁹A scanso di equivoci, è bene premettere che nessuno dei commentatori del decreto in esame pare aver inteso interpretare il requisito dello «stato di mala fede» nei termini di condotta «dolosa», ossia preordinata all'approfittamento dell'altrui posizione di debolezza. Al contrario, questo elemento si sostanzierebbe in una condotta contraria a buona fede oggettiva, ossia nella violazione dell'obbligazione che accede ad ogni contratto per espressa previsione legislativa.

¹³⁰Grondona, op. cit., p. 4

¹³¹Si esprimeva proprio in questi termini una delle prime pronunce della Corte di Cassazione in materia di abuso (Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in Foro it., 1961, I, c. 256), la quale riconosceva la rilevanza giuridica dell'«uso anormale del diritto» «(...) in singoli casi ed in riferimento ai fondamentali precetti di buona fede (come regola di condotta) e di rispondenza dell'esercizio del diritto agli scopi etici e quindi sociali per cui il diritto stesso venne riconosciuto e concesso dall'ordinamento giuridico positivo». In dottrina, sull'art. 7, v. Pandolfini, op. cit., p. 504; G. De Nova, in G. e S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, cit., p. 4, Grondona, op. cit., p. 12.

giovata per determinare anche uno squilibrio nel contenuto del contratto¹³².

Così, per accertare se nel caso di specie vi sia stato un abuso, al giudice spetterebbe il potere di valutare sia l'effettiva rilevanza dello squilibrio, sia la debolezza del creditore, sia la condotta del contraente «forte»¹³³. Tra quanti accolgono questa opzione interpretativa, vi è chi ha sostenuto che l'art. 7 d. lgs. n. 231/02 sconti alcune improprietà linguistiche analoghe a quelle rinvenibili nella versione italiana della Direttiva¹³⁴. In particolare, è stato osservato che il nostro legislatore - analogamente a quello comunitario - avrebbe previsto per il creditore

¹³² Grondona, op. cit., pp. 3-4: «a volte, la contrattazione non è libera perché qualche fattore (ad esempio il potere economico di una parte) altera la normale dialettica contrattuale, a danno (...) della libertà (di una delle parti), nella fase di formazione del regolamento contrattuale».

¹³³ Pare debba intendersi in questo senso l'affermazione di Grondona, op. cit. p. 7, secondo il quale bisogna verificare «in forza di un'analisi da svolgersi caso per caso (...) se il potere economico di una delle parti ha giocato un ruolo anomalo nella determinazione del regolamento contrattuale». Infatti, dove ci si soffermi a considerare *in concreto* l'incidenza della forza contrattuale di una parte sulla definizione del contenuto dell'accordo, è inevitabile ragionare in termini di approfittamento dell'altrui posizione di debolezza. Si osservi, inoltre, come la connotazione negativa della condotta del contraente forte sia spesso inferita, in dottrina, dall'assenza di giustificazione per la clausola che, derogando ai termini legali, preveda una disciplina gravemente dannosa per il creditore. Benedetti, op. cit., p. 116 pare seguire proprio questo ragionamento quando afferma: «accertato che l'accordo è ingiustificato (...) e grave l'iniquità che esso produce, il giudice può dichiararne la nullità in quanto (...) frutto di una costrizione operata dalla parte forte (...) sulla parte debole».

¹³⁴ Sul punto si veda Mengoni, op. cit., p. 81 (in particolare nt. 10). Oltre al vero e proprio errore lessicale riscontrabile nell'art. 3, comma 2, Dir. 2000/35/CE (dove l'espressione «ignorare» è adoperata nell'accezione insolita di «trascurare»), sulla cui corretta traduzione non possono esserci dubbi, l'Autore indica una più grave imprecisione al 3° comma, dove il legislatore ha introdotto la formula della «grave iniquità». Osserva che «nei testi francese e tedesco il limite di efficacia dell'accordo è definito con formule (...) coerenti col concetto di abuso di potere contrattuale. Nella versione italiana questo concetto, che pure in essa compare nel considerando n. 19, viene poi arbitrariamente sostituito nel testo della norma col diverso concetto di «iniquità» della clausola, nel quale si esprime una valutazione oggettiva indipendente dalla verifica di un'intenzione abusiva di una delle parti e dunque inidonea a fornire un indice inferenziale di tale intenzione. Si pone così, senza che ce ne fosse bisogno, un problema di coordinamento con l'art. 9 della legge sulla subfornitura».

una tutela più ampia di quella imposta dal considerando n. 19: tant'è che, nell'individuare i presupposti per l'applicazione della sanzione di nullità, egli non si è servito della figura tradizionale dell'«abuso di potere contrattuale» - espressamente richiamata nel *considerando* appena citato - ma ha impiegato una formula apparentemente più vasta: la «grave iniquità» della clausola¹³⁵. Infatti, il testo della Direttiva in versione italiana e quello del corrispondente decreto di attuazione parrebbero far riferimento, per il giudizio di nullità della clausola, al solo elemento oggettivo, tralasciando invece di attribuire rilevanza non solo all'intenzione fraudolenta o all'approfittamento colposo del debitore ma anche alla sua condotta. Secondo questa dottrina, l'espressione legislativa dovrebbe quindi essere interpretata in modo conforme al considerando n. 19 - dove espressamente si fa riferimento al concetto di abuso -, attribuendo rilevanza allo stato soggettivo del debitore, anche allo scopo di scongiurare il pericolo che la sanzione di nullità venga irrogata in presenza di comportamenti conformi a buona fede.

Seguendo una seconda interpretazione, invece, la norma ex art. 7 d. lgs. n. 231/02 opererebbe al ricorrere del solo presupposto oggettivo della «grave iniquità» della clausola. Di conseguenza, ciascuno dei patti indicati al primo comma risulterebbe iniquo quando fosse «connotato da una sperequazione eccedente il *range* rintracciabile all'interno della “corretta prassi commerciale” menzionata dalla norma»¹³⁶, senza che sia necessario riscontrare la contrarietà a buona fede della condotta del contraente «forte». La norma, cioè, interverrebbe a correggere uno squilibrio proprio del contenuto del contratto, a prescindere da quali siano stati i comportamenti dei contraenti all'atto della conclusione dell'affare, perseguendo innanzitutto la funzione di garantire un ordinato svolgimento dei traffici commerciali. Questa lettura della clausola generale ex art. 7 d. lgs. n. 231/02, come è stato osservato dai sostenitori di questo filone interpretativo, non sarebbe avulsa dalla nostra tradizione giuridica, la

¹³⁵V. Mengoni, op. loc. citt.

¹³⁶Perrone, op. cit., p. 73

quale riconosce ormai anche un diverso concetto di abuso di diritto¹³⁷ – analogo al criterio di ragionevolezza proprio della tradizione di common law – in base al quale sarebbe possibile «neutralizzare un *uso oggettivamente anormale del diritto*, a prescindere da ogni indagine sugli stati soggettivi e quindi pure dalla ricerca della presenza di elementi colposi nel comportamento dell'agente»¹³⁸.

Le due interpretazioni presentano differenze significative. La prima interpretazione è restrittiva poiché, da un lato, dà autonoma rilevanza alla condotta della parte avvantaggiata dallo squilibrio; dall'altro, impone all'interprete di valutare l'eventuale iniquità della clausola avvalendosi sempre (anche) dei criteri «interni» al contratto previsti all'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 231/02, relativi alla «condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra di essi». Quindi, dovendo accertare che non ricorrano circostanze le quali possano giustificare il contenuto della clausola pattizia (allo scopo di procedere all'applicazione della sanzione), il giudice dovrebbe sempre considerare *in primis* i c.d. «criteri interni» e, qualora non soccorrano, quelli esterni (ovvero: la «corretta prassi commerciale» e «la natura

¹³⁷ Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, p. 81. Concorde anche Salv. Romano, voce «Abuso del diritto», in *Enc. Del dir.*, I, Milano, 1958, p. 167; Messinetti, voce «Abuso del diritto», in *Enc. Del dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1998, p. 7 ss. Con esplicito riferimento all'art. 7 d. lgs. n. 231/02 v. Maffei, op. cit., p. 627; Fauceglia, op. cit., p. 314, osserva: «è evidente che nella specie il legislatore comunitario intende richiamare la nozione di «abuso di diritto», così come configurato nella legislazione comunitaria degli ultimi anni in tema di tutela dei consumatori o del mercato e di protezione di soggetti in posizione di debolezza contrattuale»: essa «non copre l'area sostanzialmente riportabile al giudizio sulla regola della correttezza e sui rimedi ad essa connessi». Nel senso di escludere la rilevanza degli stati soggettivi si veda anche Dolmetta, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, 2, p. 157: l'Autore però si distingue da questo filone interpretativo identificando l'abuso con «il controllo sulla razionalità delle scelte decisionali interne all'esercizio del diritto».

¹³⁸ Volpe, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. priv.*, 2002, p. 319, il quale sostiene che la sussistenza di uno squilibrio contrattuale sia sempre indice di una condotta contraria a buona fede (cioè contraria alle regole della correttezza).

della merce e dei servizi oggetto del contratto»). Al contrario la seconda interpretazione, contemplando due soli elementi costitutivi della fattispecie ex art. 7 d. lgs. n. 231/02 individua una norma di portata più ampia. Essa permette all'interprete, il quale debba valutare la rilevanza dello squilibrio economico-giuridico, di ricorrere alternativamente a uno dei criteri individuati al 1° comma, senza distinguere tra quelli che fanno riferimento a profili «interni» o «esterni» al contratto.

In altri termini, quanti rinvennero nell'art. 7 d. lgs. n. 231/02 una fattispecie di abuso (inteso come esercizio scorretto dell'autonomia contrattuale), ritengono essenziale accertare la sussistenza della contrarietà a buona fede della condotta del contraente forte (a chiunque spetti l'onere della prova e benché la contrarietà a buona fede possa di regola ritenersi implicita nella esistenza di uno squilibrio contrattuale). All'opposto, quanti si fermano al requisito oggettivo escludono che il giudice debba considerare anche lo stato soggettivo del debitore, rimanendo controverso se il creditore, invocando uno degli indici richiamati dall'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 231/02, possa giustificare lo squilibrio contrattuale – e sottrarsi all'intervento equitativo del giudice – oppure se, al ricorrere dei presupposti oggettivi della «grave iniquità», la valutazione circa la ragionevolezza della clausola venga rimessa alla discrezionalità del giudice (senza possibilità per il creditore di «liberarsi»)¹³⁹.

Pare che il primo indirizzo interpretativo (secondo cui non può darsi la fattispecie di «abuso dell'autonomia contrattuale» se non in presenza di una condotta contraria a buona fede) si fondi su affermazioni di principio ormai superate¹⁴⁰. Da qualche tempo, infatti, la dottrina

¹³⁹A favore della prima ipotesi prospettata Bregoli, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003 pp. 743-744; a favore della seconda Perrone, op. cit., p. 72

¹⁴⁰Di Majo, op. cit., p. 95 afferma che lo squilibrio delle prestazioni contrattuali non ha rilevanza se non si collega a «situazioni di abuso o comunque a comportamenti scorretti. Ove così non sia, la parte vittima delle condizioni inique dovrà imputare a proprio rischio questa situazione». A sostegno della tesi dell'insufficienza del mero squilibrio economico/normativo tra le prestazioni venivano citati gli artt. 428, 1447,

italiana ha riconosciuto che l'abuso può risolversi in un ingiustificato sviamento del contratto verso funzioni che non gli sono proprie, alla cui origine non sta necessariamente il comportamento scorretto di una delle parti.

Inoltre, il legislatore italiano – attuando le c.d. «norme di protezione» previste in alcune direttive comunitarie – ha più volte attribuito rilievo allo squilibrio contrattuale, come si evince chiaramente dall'art. 1469 bis c.c., rubricato “contratti del consumatore” e così sostituito dall'art. 142 d. lgs. n. 206/2005, che nella antecedente formulazione disciplinava le clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore, dall'art. 9 l. n. 192/98, dall'art. 3 l. n. 287/90 e (anche) dall'art. 1815, comma 2°, c.c.

Pare opportuno osservare, altresì, che il nuovo concetto di abuso rende compatibile l'art. 7 d. lgs. n. 231/02 – il quale tratta, in effetti, di abuso – con il considerando n. 19: ne consegue l'impossibilità di rifiutare a priori un'interpretazione della locuzione «grave iniquità» conforme alla lettera della legge, interpretazione che peraltro, se risultasse legittima, sarebbe da preferire a ogni altra. A questo proposito, poi, pare illuminante la posizione di quanti, in dottrina, hanno sostenuto la conformità della suddetta interpretazione agli obiettivi espressi nei considerando della Direttiva 2000/35/CE. In particolare, si è osservato che la clausola generale della «grave iniquità» vieterebbe al giudice di procedere ad una compressione troppo ampia dell'autonomia contrattuale, legittimandone un intervento nelle sole ipotesi residuali in cui non solo vi sia uno sbilanciamento tra diritti e doveri reciproci nascenti dal contratto privo di qualsiasi giustificazione, ma lo stesso sbilanciamento sia grave.

Inoltre, sembrano sussistere altri due indici a favore dell'interpretazione riferita per seconda: il primo è costituito dalle fattispecie descritte all'art. 7, comma 2° - considerate dalla dottrina

1448, 1467 c.c. nonché, a dimostrazione del carattere eccezionale dell'intervento riequilibratore del giudice su di una situazione connotata dal solo elemento soggettivo, l'art. 1384 c.c.

prevalente esemplificative dell'ipotesi generale individuata dal comma 1° - le quali non sono connotate da elementi soggettivi (e delle quali si tratterà meglio nel paragrafo seguente); il secondo è dato dalla previsione dell'art. 8 d. lgs. n. 231/2002, il quale stabilisce che i creditori, nei casi previsti dall'art. 7, comma 1°, possano avvalersi di una tutela collettiva nei confronti dei debitori, la quale non è immediatamente collegata alla conclusione di un contratto. È evidente che, in questo secondo caso, il giudice non potrà valutare le circostanze concrete del singolo rapporto – in particolare non potranno rilevare gli stati soggettivi delle parti- ma giudicherà facendo riferimento alla sola corretta prassi commerciale: da qui sembrerebbe doversi dedurre che l'interpretazione più conforme al sistema del decreto (e, prima ancora, della Direttiva) sia proprio quella oggettiva¹⁴¹.

4. Ipotesi particolari di nullità : l'art. 7, 2° comma nella formulazione del d. lgs. 231/2002

Nella prospettiva così accennata si chiarisce, peraltro, la previsione, spesso criticata, dell'art. 7, comma 2°, d. lgs. n. 231 del 2002, che, riproducendo la seconda parte del *considerando* n. 19 della direttiva 35/2000/CE, identifica due fattispecie nelle quali l'accordo in deroga «si considera...gravemente iniquo». Entrambe caratterizzate dall'assenza di una giustificazione, le ipotesi in parola sono parimenti, sia pur con minor chiarezza, connotate da una sproporzione eccessiva. In una delle due figure (un accordo in cui il «termine di pagamento» imposto dall'appaltatore ai propri fornitori risulta «ingiustificatamente

¹⁴¹ Conti, op. ult. cit., p. 117; De Cristofaro, op. cit., 13.

più lungo» rispetto a quello che gli viene riconosciuto dal committente), la sproporzione eccessiva è *in re ipsa*, risolvendosi l'effetto dell'accordo in un mero arricchimento del contraente più forte che, come tale, non ha alcuna ragione di sussistere ed è pertanto palesemente iniquo a prescindere da ogni considerazione sui profili relativi allo *status* o ai rapporti tra le parti. Rispetto ad entrambe le ipotesi, la presunzione non opera in modo perentorio giacché rinvia comunque ad una possibile prova contraria, costituita dalla dimostrazione della oggettiva ragionevolezza del patto.

Tale tipo di accordo derogatorio evoca situazioni riconducibili all'abuso di dipendenza economica. L'art. 7, 2° comma, fa riferimento – pur attraverso una disposizione mal formulata e frutto di un errore di traduzione – alla situazione in cui l'appaltatore o il subfornitore principale impongano ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento più lunghi rispetto a quelli che regolano il pagamento da parte dell'impresa committente agli stessi appaltatore o subfornitore principale. L'iniquità, in questo caso, risiede nel fatto che si impongano ad altri termini più lunghi rispetto a quelli, più brevi, cui si ha diritto per ottenere il pagamento da parte del proprio committente.

Più complicata, invece, l'interpretazione della prima ipotesi postulata dalla norma (un accordo in deroga che ha come effetto un finanziamento commerciale del debitore a costo zero), dal momento che la sproporzione non può, evidentemente, essere collegata *tout court* alla concessione di una dilazione di pagamento. Nella prospettiva di una riduzione dei profitti conseguente all'utilizzo del finanziamento commerciale gratuito da parte del contraente forte, la concessione di una dilazione di pagamento equivale ad uno sconto sul prezzo, sicché appare chiaro come un problema di grave sproporzione venga a porsi nella misura in cui la dilazione determini una diminuzione nel prezzo del bene o del servizio che lo porti a discostarsi significativamente da quello medio ponderato di mercato o che risulti l'esito di un'anomalia nel procedimento di formazione del contratto.

L'identificazione del primo tipo di accordo nullo contemplato dalla norma è basata sullo *scopo* del patto.

La statuizione di un termine più lungo rispetto a quello legale – o la previsione di interessi moratori di minore entità – se non è «giustificata da ragioni oggettive», è iniqua se funzionale allo scopo di «procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore». Il termine più lungo, in breve, serve solo a «finanziare» l'attività del debitore a danno e spese di quella del creditore.

L'accertamento dell'assenza di «ragioni oggettive», in verità, dovrebbe assorbire quello relativo allo «scopo» dell'accordo derogatorio: il giudice – accertato che il termine pattiziamente concordato non trova giustificazioni sulla base dei criteri offerti dall'art. 7, 1° comma – può ritenere che il termine più lungo miri al solo obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva. In tal caso, la legge stessa qualifica – attraverso una sorta di presunzione relativa – come «gravemente iniquo» siffatto accordo, senza che il giudice possa reputare l'iniquità non sufficientemente grave.

Il riferimento all'«obiettivo principale» dell'accordo derogatorio, allora, non significa che il giudice è tenuto ad accertare una «intenzione» del debitore nell'aver imposto all'altra parte una regola diversa da quella legale (nel senso di aver voluto usare il termine lungo per procurarsi liquidità aggiuntiva a danno del creditore). In verità, accertata l'assenza di ragioni oggettive che sorreggano la pattuizione privata – l'organo giudicante può «presuntivamente» ritenere che l'accordo non persegue altro obiettivo se non quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva¹⁴². E, dunque, può dichiararne senza indugi la nullità.

¹⁴² È il debitore – che voglia difendere la validità dell'accordo derogatorio – a dover dare la prova che la regola sul termine persegue altri obiettivi, che, almeno, prevalgono su quello di procurare liquidità aggiuntiva a danno del creditore (l'art. 7, 2° comma, parla infatti di «obiettivo principale»). Onere probatorio difficile, ma non impossibile. Cfr. sul punto V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., pp. 67-69. Nel medesimo senso si

Malgrado l'ambigua formulazione del testo della norma (che, ad una prima lettura, pare riferire l'assenza di giustificazioni al solo accordo avente l'obiettivo di procurare liquidità aggiuntiva al debitore), si può ritenere che – per identità di *ratio* – anche il secondo tipo di accordo derogatorio, per essere dichiarato nullo, necessiti (anche) di essere ingiustificato da «ragioni oggettive»¹⁴³. La formula – evidentemente più ristretta rispetto all'ampia elencazione delle circostanze alla luce delle quali può valutarsi la iniquità ex art. 7, 1° comma, del decreto – deve circoscriversi a tutte quelle indicazioni ricavabili dal tipo, dalla quantità, dalla natura del prodotto, della materia, del servizio acquistati dai fornitori, nella misura in cui questi elementi giustificano termini di pagamento più lunghi rispetto a quelli di cui l'appaltatore o il subfornitore beneficia in quanto creditore del committente principale¹⁴⁴.

Posto che entrambe le situazioni possono senz'altro essere ricondotte all'ipotesi generale prevista dall'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 231/02, l'enunciazione del comma 2° sembra proprio essere pleonastica, tanto che la dottrina, non potendogli attribuire un autonomo rilievo, ha per lo più interpretato queste due fattispecie come esemplificative della «grave iniquità» dell'accordo.

Tutto ciò premesso, il dibattito su questa disposizione non ha presentato aspetti di particolare interesse. Sono state però espresse delle riserve a proposito della sua formulazione. Con riguardo al primo tipo di fattispecie descritta dal legislatore, è stato osservato che la sua portata è troppo ampia «non foss'altro perché ogni pagamento

veda pure S.Sanna, *L'attuazione della Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: introduzione al d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, in *Resp. Civ. prev.* 2003, p. 270.

¹⁴³ Altrimenti sarebbero sempre nulle tutte le clausole sul termine mediante le quali gli appaltatori o i subfornitori impongano ai propri fornitori termini più lunghi rispetto a quelli loro imposti dal committente. La soluzione, troppo rigida, non sarebbe in linea con lo spirito della Direttiva, che, come detto, non vuole azzerare l'autonomia privata, ma solo sanzionarne gli eventuali abusi.

¹⁴⁴ Per esclusione, invece, non possono ricavarsi giustificazioni da elementi attinenti la condizione dei contraenti, i rapporti commerciali tra i medesimi o da ogni altra situazione che non sia espressione di una pura valutazione «oggettiva».

dilazionato rispetto alla fornitura procura al debitore una liquidità aggiuntiva»¹⁴⁵; in merito alla seconda ipotesi, invece, sono stati sollevati due problemi: *in primis* si è messo in dubbio che essa, riferendosi testualmente ai soli «termini di pagamento», non considera i casi in cui la «grave iniquità» concerna la clausola determinativa del saggio di interessi; poi ci si è chiesti se la stessa, menzionando soltanto i rapporti con «fornitori o subfornitori» possa ritenersi comprensiva anche del contratto di appalto¹⁴⁶.

Quanto al primo rilievo, pare che la formula adoperata dal legislatore debba ritenersi un'espressione di sintesi, come tale riferibile anche alla clausola sui tassi di interesse; in merito alla seconda critica, si osserva che il confronto con il testo dell'art. 3, comma 3°, Dir., nel quale viene utilizzata una formula idonea a ricomprendere anche la fattispecie del contratto di appalto, porti a ritenere preferibile l'interpretazione estensiva della norma.

Sul piano sistematico, poi, la dottrina ha rilevato che il riferimento espresso alla figura del subcontraente contenuto nell'art. 7, comma 2°, d. lgs. n. 231/02 pone un problema di coordinamento tra questa norma e la disciplina della subfornitura ex l. 192/98¹⁴⁷.

Infine, si è posto il dubbio se le ipotesi illustrate nel comma 2° siano semplicemente figure sintomatiche – in quanto tali soggette *in toto* alla disciplina del decreto – e non, piuttosto, figure «presuntive» di accordo gravemente iniquo¹⁴⁸.

¹⁴⁵Frignani e Cagnasso, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2003, p. 308; così anche Pandolfini, *La nullità degli accordi gravemente iniqui nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2003, p. 507

¹⁴⁶ Frignani e Cagnasso, op. cit., p. 313 e p. 311.

¹⁴⁷ Così Conti, Il d. lgs 231/2002, cit., p. 114. Per un'attenta disamina del problema si veda Grondona, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, a cura di Benedetti, Torino, 2003, p.79 ss.

¹⁴⁸In questo secondo senso v. espressamente Bregoli, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, p. 744.

Secondo un primo orientamento, “l’aver previsto una forma *legale* di iniquità per le intese disciplinate dal comma 2 lascia ritenere che per le stesse non sia possibile valorizzare proprio quegli elementi concreti che il comma 1 aveva individuato in via generale e dai quali sarebbe stato possibile, in concreto, evincere una situazione di grave iniquità”¹⁴⁹.

Un altro orientamento (che appare più convincente) propende invece per una lettura organica dell’intero art. 7.

In questa seconda accezione, le fattispecie descritte nel comma 2 dell’art. 7 costituiscono esemplificazioni degli accordi “gravemente iniqui” descritti dal 1° comma. In tale prospettiva di lettura unitaria della norma si apre lo spazio per un utilizzo del parametro normativo delle “ragioni obiettive” (o della giustificazione della deroga rispetto ai termini legali) previsto nel 2° comma ai fini di una valutazione della natura dell’accordo ai sensi del 1° comma.

La distinzione assume rilevanza sotto il profilo pratico, in quanto se si trattasse di fattispecie semplicemente esemplificative il giudice – qualora rilevi la sussistenza di uno squilibrio funzionale nel contratto, ai fini di escludere, nel singolo caso, una situazione di grave iniquità – dovrebbe valutare gli elementi concreti che il comma 1° individua come indici della ragionevolezza dell’accordo. In caso contrario, se fossero forme *legali* di iniquità, la ricorrenza degli elementi costitutivi della fattispecie sarebbe sufficiente per l’applicazione della sanzione di nullità¹⁵⁰. Benché il punto rimanga controverso, la dottrina prevalente ha sostenuto il carattere esemplificativo degli accordi, concludendo per l’applicazione della disciplina generale dell’art. 7,

¹⁴⁹ Conti, *Il d. lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. Giur.*, 2003, 113.

¹⁵⁰ Conti, *cit.*, p.113. L’A. osserva peraltro che «così facendo, si è tralasciato di rilevare come lo stesso legislatore comunitario aveva riservato l’accertamento dell’abusività di tali patti, al di là di qualsiasi automatismo, sempre e comunque al vaglio in concreto operato dal giudice». Favorevole alla interpretazione secondo cui anche in questi casi debba tenersi conto dei parametri di cui al comma 1°, art. 7 d. lgs n. 231/02: G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 12, nt. 42; Pandolfini, *op. cit.*, p. 506

comma 1°, d. lgs. n. 231/02 anche alle fattispecie descritte nel comma secondo.

Ad un esame complessivo delle osservazioni svolte dalla dottrina pare che l'introduzione dell'art. 7, comma 2°, d. lgs. n. 231/2002 debba essere considerata ridondante, tanto più che essa – per la genericità delle ipotesi contemplate – non sembra possa nemmeno contribuire a individuare qualche esempio concreto di fattispecie abusiva, il quale permetta una più agevole definizione del concetto di «grave iniquità» menzionato al comma 1°¹⁵¹.

Sul punto pare potersi sostenere che – ferma restando, in linea di massima, la veridicità delle conclusioni appena riferite – all'art. 7, comma 2°, d. lgs. n. 231/02 possa essere riconosciuta una propria (seppur limitata) rilevanza. Può ritenersi, infatti, che la descrizione delle due figure sintomatiche possa servire a interpretare correttamente la fattispecie generale prevista dal primo comma, concorrendo (insieme ad altri indici) a risolvere in senso negativo quell'alternativa profilatasi in dottrina – e di cui si è dato conto precedentemente – circa la necessità di configurare la condotta del debitore contraria a buona fede (oggettiva) come elemento costitutivo della fattispecie. Quanto alla prima ipotesi, l'indice da valutare per verificare la sussistenza di un abuso di potere contrattuale è «l'obiettivo principale» perseguito con il contratto: ne consegue che è gravemente iniqua la clausola con la quale si determina uno sviamento della causa effettiva dello stesso (a beneficio del debitore). La seconda fattispecie consiste nella mera imposizione alla controparte, da parte del contraente forte, di termini di pagamento «più lunghi» di cui egli stesso può godere nei suoi rapporti con il committente. Per entrambi i casi il legislatore dichiara espressamente che l'operatività di tali presunzioni è subordinata alla assenza di «ragioni oggettive» in grado di giustificare la previsione del regolamento contrattuale, significando, pertanto, che nel giudizio di «grave iniquità» non ha alcun rilievo il

¹⁵¹ Così Pandolfini, op. cit.

comportamento contrario a buona fede del contraente che si trova in posizione di superiorità¹⁵².

L'equità o meno (*rectius* la non grave iniquità) dell'accordo in deroga va valutata – oltre che in relazione alla prassi commerciale corrente e ai progressi rapporti tra le parti – in relazione alla natura della merce e/o dei servizi, alla condizione dei contraenti e ad ogni altra circostanza. In tale ottica assume rilievo, tra l'altro, l'analisi delle condizioni della domanda e dell'offerta nello spazio geografico e temporale specifico, “posto che tanto meno il mercato in esame sarà competitivo e concorrenziale (con conseguente possibilità per i contraenti di reperire facilmente alternative), tanto più determinate clausole contrattuali potranno considerarsi come “gravemente inique”¹⁵³.

Un'esemplificazione di tale concetto può essere data dal caso – di frequente applicazione pratica – in cui le parti abbiano pattuito una dilazione nei termini di pagamento anche particolarmente lunga (e quindi, in astratto, iniqua) ma ciò sia avvenuto a fronte di un qualche vantaggio compensativo riconosciuto al creditore (ad esempio, una maggiorazione del prezzo).

Problematica appare l'individuazione di un saggio di interessi di mora che, seppur minore rispetto a quello legale, non sia “*gravemente iniquo*”.

“È chiaro, infatti, che non potrà considerarsi tale un tasso d'interesse per il fatto stesso che sia stabilito in misura inferiore a quella di cui

¹⁵² Sul punto v. Benedetti, op. cit., p. 122, secondo cui: «il riferimento all' “obiettivo principale” dell'accordo derogatorio (...) non significa che il giudice è tenuto ad accertare una “intenzione” (...) in verità, accertata l'assenza di ragioni oggettive che sorreggono la pattuizione privata, l'organo giudicante può “presuntivamente” ritenere che l'accordo non persegue altro obiettivo se non quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva».

¹⁵³ Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Commento al d. lgs. n. 231 del 2002. Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 67.

all'art. 5 del decreto. Al contempo, viceversa, sembra difficilmente negabile l'iniquità di un tasso pari o inferiore a quello minimo applicato dalla Banca centrale europea alle operazioni di rifinanziamento principali, di cui all'art. 5 del decreto, oppure quello stabilito, in generale, dall'art. 1284 c.c., essendo appunto una delle finalità principali della direttiva comunitaria quella di introdurre un tasso d'interesse sufficientemente dissuasivo per il debitore. Entro questi due estremi si crea una vasta zona d'ombra, all'interno della quale si tratterà di valutare, di volta in volta, se la previsione relativa al tasso di interesse possa considerarsi legittima o meno.¹⁵⁴»

5. Gli accordi derogatori ex art. 7 d. lgs. 231/2002 e le c.d. nullità di protezione

A seguito di un primo esame da parte della dottrina, l'art. 7 d. lgs. n. 231/02 è stato inserito nel quadro delle c.d. «norme di protezione», le quali comminano «nullità speciali» a tutela di categorie di contraenti «deboli»¹⁵⁵.

Scendendo più nel dettaglio si può affermare che con la denominazione «norme di protezione» la dottrina ha inteso contraddistinguere quei precetti – diffusisi nella produzione legislativa italiana a partire dall'ultimo decennio del ventesimo secolo – i quali prevedono nuovi casi di nullità in presenza di uno «squilibrio

¹⁵⁴ Pandolfini, op. cit., 2003, 73.

¹⁵⁵ V. per tutti (tra i primi commentatori) La Spina, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2003, p. 117; Conti, ult. op. cit., p. 114. Per una prima rassegna sulle norme di protezione che comminano la nullità v. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 29 ss.; per una rassegna più recente v. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 752; Albanese A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, pp. 9-11

strutturale» tra le parti contraenti, al quale un criterio normativo attribuisca rilevanza formale¹⁵⁶. È stato osservato¹⁵⁷ che «la loro “specialità”, rispetto all’ordinario paradigma della nullità ricavabile dal codice, si coglie su tre piani»: a) «in ragione delle fonti normative da cui derivano, e del contesto politico economico di riferimento (...): sono previste da norme extra-codicistiche, contenute in *leggi speciali*; hanno origine sovranazionale, perché le leggi che le ospitano costituiscono per lo più trasposizione nell’ordinamento italiano di *direttive europee*; si trovano all’interno di discipline il cui obiettivo è il *buon funzionamento del mercato in termini di efficienza ed equità* (...); b) «per i fattori da cui dipende la qualificazione del contratto come nullo (...), i quali spesso «si legano ad *elementi estrinseci del contratto* (...))¹⁵⁸; c) infine, «(...) per il peculiare trattamento riservato al contratto nullo (...) il quale dipende dal loro prevalente scopo politico, che è la protezione di una classe di contraenti contro un’altra, in relazione alle specifiche relazioni socio economiche»¹⁵⁹.

Le norme in questione tendono a riequilibrare le posizioni contrattuali, accordando al contraente «debole» una tutela specifica (: la legittimazione ad agire per la nullità) a fronte di un contratto

¹⁵⁶ L’espressione è spesso impiegata da Passagnoli, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione autentica*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, Cedam, 2002: si vedano le pp. 19-21 e p. 238.

¹⁵⁷ La citazione è di Roppo, op. cit., pp. 751-753

¹⁵⁸ Sul punto v. anche Di Majo, *La nullità*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, VII, a cura di Di Majo, Ferri, Franzoni, Torino, 2002, p. 31 ss., p. 128

¹⁵⁹ Sul rapporto tra l’art. 7 d. lgs. n. 231/02 e il perseguimento dell’obiettivo di garantire il buon funzionamento del mercato europeo v. Pandolfini, *La nullità degli accordi «gravemente iniqui» nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2003, p. 502, secondo il quale «la *ratio* della previsione in esame (...) risponde a una logica di tipo macroeconomico (...): «si tratta (...) di una tecnica esponenziale di un interesse generale la quale veicola le istanze del mercato, in questo caso coincidenti con quelle di una parte (il creditore appunto)». Così La Spina, op. cit., p. 117, la quale sostiene che il d. lgs n. 231/02 persegue innanzitutto il buon andamento dei mercati.

sbilanciato a favore della controparte in posizione «dominante»¹⁶⁰. In altri termini, si può affermare che le «norme di protezione» introducono un regime speciale di favore per categorie di soggetti *deboli*, i quali risulterebbero pregiudicati dall'applicazione della disciplina generale a causa degli aspetti che li rendono sostanzialmente «diseguali» dagli altri¹⁶¹.

Va osservato che l'urgenza di conformare i rapporti contrattuali alle istanze di equilibrio tra le concrete posizioni dei singoli operatori di mercato – le quali hanno trovato attuazione, recentemente, soprattutto nel diritto comunitario – non è estranea alla normativa di diritto interno, dove è espressamente contemplata anzitutto in alcuni principi costituzionali. In particolare, la dottrina ha segnalato che attraverso la protezione delle categorie di contraenti «deboli» si persegue sia il corretto funzionamento del mercato (secondo il precetto ex art. 41, 1° comma Cost.) sia la realizzazione, sul piano contrattuale, dell'uguaglianza sostanziale tra i consociati (art. 3, comma 2° Cost.)¹⁶².

Inoltre, vi è perlomeno una norma del codice civile la quale è posta per scongiurare il pericolo che una parte, la quale fosse in posizione di inferiorità all'atto della conclusione del contratto, si trovi poi vincolata

¹⁶⁰ V. La Spina, op. cit., p. 128, secondo cui «si opera così una considerazione differenziata per classi o categorie di creditori che si trovino in posizione diseguale avendo riguardo all'assetto di interessi concretamente programmato; si realizza quindi la individuazione di varie categorie di creditori già avvertita quale imprescindibile esigenza in dottrina ed in qualche misura anche in giurisprudenza».

¹⁶¹ Osserva Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 129 (già pubblicato in Riv. Dir. civ., 1965, I, p. 225 ss.): «la dottrina dell'abuso è la storia dei tentativi (...) di reagire e di superare questa (...) progressiva "disumanizzazione" del rapporto giuridico, annunciata già dalla definizione del diritto come libertà di agire con effetto sull'altrui sfera giuridica e del rapporto giuridico come misura astratta del potere e dovere»; è necessario superare i due principi istituzionali della società liberale (del positivismo giuridico): «l'uguaglianza formale davanti alla legge da un lato, dall'altro l'esclusività dell'ordinamento statale e della valutazione di legittimità e di illegittimità che esso esprime». Nello stesso senso v. Gioia, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3, p. 1332.

¹⁶² Così Roppo, op. cit., p. 754; Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 14-15; Gioia, op. cit., p. 1332;

ad un accordo il cui contenuto è sbilanciato a favore di controparte . L'art. 1341, comma 2°, c.c. tutela il contraente che aderisca ad un regolamento contrattuale predisposto unilateralmente da controparte¹⁶³, comminando la sanzione di nullità (così pare si debba interpretare la norma che statuisce: «non hanno effetto»)¹⁶⁴ per alcuni tipi di condizione generale di contratto (quelli elencati dalla norma), qualora le relative clausole non siano state specificamente sottoscritte per approvazione dell'aderente. In sintesi, con la disciplina delle c.d. clausole vessatorie il legislatore mira a impedire che, mediante la predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale, un'eventuale disparità di poteri tra le parti si traduca in uno squilibrio normativo tra le posizioni finali delle stesse. Dall'esame delle disposizioni citate – artt. 3 e 41 Cost., art. 1341, comma 2°, c.c. – si evince che, all'entrata in vigore degli artt. 1469 bis ss. cc¹⁶⁵, nel nostro sistema non era nuova l'attribuzione di rilevanza autonoma alla posizione di inferiorità in cui si venisse a trovare uno dei contraenti¹⁶⁶. Senz'altro, alla

¹⁶³ V. per tutti Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 369: «le condizioni generali si rivelano precisamente come lo strumento attraverso il quale si realizza una manipolazione incontrollata dei contratti da parte degli imprenditori. Ai singoli aderenti è preclusa di fatto la possibilità di incidere su una regolamentazione predisposta in via generale al di fuori di ogni garanzia di equo bilanciamento degli interessi contrapposti. L'ipotesi di una spontanea razionalizzazione dei rapporti trova un riscontro limitato nell'esperienza poiché il potere di una parte di determinare il contenuto del rapporto porta inevitabilmente ad abusare di tale potere».

¹⁶⁴ Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1350, Roppo, op. cit., p. 753; Dolmetta, *Sui «limiti» di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Cont. impr.*, 2004, 1, pp. 76-94.

¹⁶⁵ Gli artt. 1469 bis- 1469 sexies c.c. sono stati sostituiti dall'art. 142 del d. lgs 6-9-2005 n. 206 (c.d. Codice del Consumo), e le relative disposizioni sono ora contenute negli articoli da 33 a 37 del suddetto Codice.

¹⁶⁶ Approfondendo la ricerca, in realtà, emerge che il codice civile contiene altre norme «di protezione» nella parte dedicata ai singoli contratti : l'art. 1932 c.c., ad esempio, stabilisce che parte della disciplina legale posta in tema di assicurazione non possa essere derogata «se non in senso più favorevole all'assicurato»; allo stesso modo, l'art. 1751 c.c. prevede una limitazione analoga a protezione dell'agente. Un accenno a questo indirizzo si può forse rintracciare anche in tema di interpretazione del contratto: l'art. 1370 c.c. stabilisce che le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.

normativa comunitaria spetta il merito di aver previsto una più ampia tutela ad hoc per un più vasto numero di fattispecie, intensificando un regime speciale di protezione che, se fosse rimasto al livello dell'art. 1341, comma 2, c.c., sarebbe risultato insufficiente¹⁶⁷.

In punto di fattispecie, l'art. 7 d.lgs. 231/02 può essere accostato, in particolare: alle disposizioni ex artt. 1469 bis ss. cc., in materia di tutela del consumatore, attualmente sostituite dal Codice del Consumo, e a quella ex art. 9 l. n. 192/98, in materia di subfornitura. Esse prevedono – ciascuna al ricorrere di presupposti peculiari¹⁶⁸ – un intervento del giudice che realizzi l'equilibrio contrattuale (c.d. intervento equitativo) nei casi in cui sussista un significativo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti e si abbia ragione di ritenere che esso è stato determinato dalla debolezza di uno dei contraenti. A questo proposito pare opportuno osservare che, mentre con riguardo alla prima fattispecie la dottrina dominante afferma la rilevanza del solo c.d. squilibrio normativo (ovvero l'apposizione di clausole contrattuali del tipo di quelle previste ex art. 1469 bis c.c., le quali discriminano

¹⁶⁷ Così Bianca, op. cit., pp. 369-372. La linea di tendenza del diritto moderno è senz'altro orientata a una crescente limitazione dell'autonomia privata, mediante l'intervento del potere pubblico a tutela della giustizia contrattuale. Per un quadro generale v. tra i tanti Roppo, op. cit., p. 46 ss.; Breccia, *Causa*, in *Trattato di dir.priv.* diretto da Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, tomo III, a cura di Alpa, Breccia e Lisierre, Torino, 2002, secondo il quale la moderna giustizia contrattuale è tesa a «reprimere la negazione di una minima libertà contrattuale effettiva» (p. 15), la quale «presuppone (...) che l'accesso al mercato sia fondato su un equilibrio di opportunità e poteri»; tuttavia, poiché «non è mai esistita una società che in tal senso si configuri come perfetta» (p. 71), «l'attenzione dei giuristi si è spostata dal «piano della volontà e dell'autonomia del volere», nonché dal «piano della libertà contrattuale» al «piano della giustizia contrattuale» (p. 72): a questi fini è chiamata a operare la «protezione del contraente più esposto all'abuso di potere» (p. 73). Sul punto v. anche Passagnoli, op. cit., p. 49 22. Sono più pacati i toni di Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 3, il quale prende atto di un intervento dello Stato nell'economia e nei rapporti tra i privati attraverso norme dirette «a dettare regole al mercato per garantirne correttezza ed efficienza, non a sostituirlo nel ruolo di guida del processo economico».

¹⁶⁸ Lo *status* di consumatore e di dipendenza economica.

la posizione della parte debole)¹⁶⁹, nell'altra la natura della sproporzione può essere anche economica¹⁷⁰.

Dall'accostamento tra (queste e altre) «norme di protezione» la dottrina ha individuato alcuni tratti di disciplina comune¹⁷¹, i quali, da un canto, sono indici di appartenenza alla suddetta categoria, dall'altro acquistano il rango di disciplina generale e possono essere estesi analogicamente in caso di lacune. Si tratta, in particolare, di regole che delineano una «figura della nullità (...) assai spesso alterata rispetto agli schematismi tradizionali; (...) graduata nel proprio fondamento e differenziata quanto alla disciplina volta a volta applicabile»¹⁷².

In sintesi: a) è prevista una sanzione di «inefficacia» per clausole contrattuali contrarie a buona fede; b) si tratta di nullità parziale (simile a quella) ex art. 1419, comma 2, c.c.; c) la legittimazione ad agire spetta solo al contraente «protetto»¹⁷³; d) la disciplina legale può

¹⁶⁹ V. per tutti Roppo, voce «Clausole vessatorie (nuova normativa)» in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1996, p. 4

¹⁷⁰ Si veda Longu, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in Riv. Dir. civ., 2000, 3, p. 346.

¹⁷¹ Per una rassegna delle altre norme che hanno concorso a determinare la disciplina comune del regime di protezione si veda Passagnoli, op. cit., p. 28, nt. 1 e 2, p. 29 ss.

¹⁷² Passagnoli, op. cit., p. 9. Le «norme di protezione» sono state qualificate in dottrina come «nullità speciali» sia in ragione delle rispettive fonti normative sia a causa delle differenze che esse presentano rispetto al modello codicistico quanto a presupposti e disciplina. In particolare, vi è stato chi ha ritenuto che, malgrado il legislatore preveda per queste fattispecie la comminatoria di nullità, si tratti invero di un uso improprio dell'istituto: «in mancanza di strumenti adeguati allo scopo, l'ordinamento utilizza quelli già esistenti, ma li piega alle nuove esigenze, con forzature di non poco rilievo» (Gioia, Nuove nullità, op. cit., p. 1334). Altri ha concluso per l'esistenza di molteplici nullità, ritenendo che gli artt. 1418 ss. c.c. non costituiscano più l'unica disciplina generale in materia. Altri ancora, infine – e questo pare essere l'indirizzo dominante – hanno prospettato un'interpretazione degli artt. 1418 ss. difforme da quella seguita dalla dottrina tradizionale, la quale permetterebbe una *reductio ad unum* delle diverse fattispecie di nullità (Gentili, op. cit., p. 1340: «queste comminatorie non sembrano poi così speciali rispetto al modello codicistico, bensì solo al modo in cui la dottrina classica si è a lungo ostinata a leggerlo»; Passagnoli, op. cit., pp. 11-12 e p. 167; Albanese, op. cit., p. 16).

¹⁷³ Vale qui la pena di accennare solo brevemente al fatto che la categoria della nullità relativa è stata ormai ammessa nel nostro ordinamento (così Albanese, op. cit., p. 12). Si sono detti favorevoli al riconoscimento della categoria, tra gli altri,

essere derogata soltanto a favore del contraente protetto (c.d. derogabilità unidirezionale); e) il contenuto del contratto può essere integrato tanto da norme cogenti quanto da norme dispositive; f) è possibile un «rinvio alla regola oggettiva del mercato in funzione equitativa o comunque di riequilibrio fra posizioni strutturalmente sperequate secondo indici tratti dalla legge stessa per «categorie» di contratti ovvero da valutazioni *a posteriori* e concrete»¹⁷⁴.

Rispetto alle fattispecie per le quali la nuova disciplina è chiamata ad operare, l'(...)autonomia delle parti nella determinazione del tempo del pagamento e delle conseguenze dell'inadempimento incontra un limite più flessibile di quello che il termine nullità sembra evocare, giacché la valutazione del patto è ricondotta solo apparentemente alla regola perentoria della invalidità, mentre è in concreto affidata al prudente apprezzamento del giudice, la cui analisi dovrà svolgersi tenendo conto di tutto il complesso di circostanze esemplificate nel

Sacco, *Le invalidità*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Sacco, II, Torino, 1993, p. 516 e Tommasini, voce «Nullità (Dir. priv.)», in *Enc. Del dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 897. Osserva La Spina, pp. 153-154, nt. 106 e 107, che la nullità relativa è compatibile con la disciplina generale della nullità perché l'art. 1421 c.c. inizia dicendo «salva diversa disposizione». Secondo La Spina, op. cit., p. 149-150, è stato il mercato a determinare «un'autentica rifondazione dei principi» poiché «nella logica di mercato assume particolare rilievo l'interesse (particolare) a che il potere di autonomia contrattuale, nell'ambito della libertà di iniziativa economica, sia esercitato in modo effettivamente libero e consapevole». Ne consegue che (p. 151) «la relatività non si debba spiegare nella logica dei microsistemi, ma che sia, viceversa possibile cogliere la flessibilità propria dello strumento della nullità»; «lo strumento della nullità, del resto, così come codicisticamente congegnato, si dimostra assolutamente idoneo ad assolvere la funzione assegnatagli dalle leggi extracodicistiche proprio grazie alla sua intrinseca flessibilità espressa già dalla limitazione all'azione solo a coloro che vi abbiano interesse». Gioia, *Nuove nullità*, cit., p. 1337, nt. 18 sostiene che l'obiezione sollevata a questa categoria dalla dottrina, la quale muove dal principio «*quod nullum est, nullum producit effectum*», è stata superata dalla teoria della rilevanza del negozio nullo: esso, in quanto mero «fatto», farebbe emergere un problema per l'ordinamento giuridico al quale lo stesso risponde ricollegandovi un effetto che lo risolva sul piano giuridico; la nullità relativa, in particolare, attuerebbe un «ordine pubblico di protezione».

In termini più generali si v. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 738, il quale afferma che «le fattispecie di contratto inefficace disegnano piuttosto una nebulosa, un *continuum* di situazioni variamente gradate e sfumate, di fronte alle quali le qualifiche di assolutezza e relatività possono predicarsi *in termini solo tendenziali*».

¹⁷⁴ Breccia, *Causa*, cit., p. 78

decreto; circostanze che, va subito osservato, rendono appunto meno perentoria la previsione di nullità, temperandola con elementi che attengono al più ampio rapporto contrattuale nel cui ambito il patto o la clausola si inseriscono.

A conforto di tali conclusioni occorre, dunque, prestare attenzione al contenuto degli accordi cui la disciplina si riferisce, precisando, innanzi tutto, che la regola legale ha riguardo, nella sostanza, a clausole contrattuali.

Benché non possa escludersi che le parti stipulino autonomi contratti diretti a regolamentare i contenuti cui la norma si riferisce, è infatti verosimile pensare che, in linea di massima, lo strumento utilizzato per disciplinare tali profili del rapporto sarà quello di clausole concordate all'interno di un più ampio disegno negoziale.

Il contenuto di tali clausole è specificamente individuato con riguardo a due possibili (ed ovviamente cumulabili) contenuti: il tempo del pagamento del corrispettivo e le conseguenze del ritardo.

Quanto alla clausola sulla data del pagamento, considerato che nella previsione dell'art. 4 del decreto è in linea di massima fissato in trenta giorni il termine di pagamento dei corrispettivi per beni e servizi, appare plausibile che possano essere sottoposte allo scrutinio di validità tutte quelle clausole che fissano termini diversi e maggiori per il pagamento. Analogamente, vanno ricondotte alla previsione legale quelle clausole che consentono al contraente di pagare l'altra parte al verificarsi di determinati accadimenti o ancora lasciano alla discrezionalità del debitore stabilire il momento dell'adempimento.

Proprio sulle clausole aventi tali contenuti si appunta, per altro, l'attenzione normativa che, nel comma 2 dell'articolo 7 e sulla scorta delle indicazioni presenti nella direttiva, reca due presunzioni riferite entrambe a clausole concernenti la determinazione della data del pagamento.

Quanto alla clausola circa le conseguenze del ritardo, è evidente che sono riconducibili alla previsione legale non solo le clausole che fissano interessi di mora in misura diversa ed inferiore a quella indicata nell'art. 5 del decreto, ma altresì quelle che fissano periodi nei quali gli interessi non sono dovuti o sono dovuti in misura ridotta ovvero quelle che più radicalmente escludono che siano dovuti danni da ritardo.

La ricognizione circa le fattispecie cui fa riferimento la disposizione deve, infine, vagliare se la regola legale possa trovare applicazione anche rispetto ad accordi transattivi che le parti abbiano concluso sia per definire controversie concernenti proprio tale aspetto del loro rapporto, sia aventi un più ampio contenuto. La risposta negativa che il quesito merita trova la propria ragione giustificativa non tanto nella presenza di un autonomo contratto in luogo di clausole che, come si è detto, costituiscono di massima il punto di riferimento della disciplina, quanto per il carattere proprio dell'accordo transattivo, la cui connotazione esclude che, ove naturalmente ne ricorrano i presupposti, possa esserne successivamente rimesso in discussione il contenuto.

Così individuato il novero delle fattispecie negoziali, sembra utile sottolineare che la regolamentazione riassunta nel precetto dell'art. 7 del decreto si colloca su un piano affatto peculiare rispetto all'altro, pur limitrofo, nel quale si svolge la disciplina dei pagamenti commerciali.

Le disposizioni contenute negli articoli 4 e 5 del decreto rispondono ad un'esigenza di chiarezza e trasparenza dei rapporti contrattuali, regolando in via suppletiva il contenuto del contratto con riferimento al profilo del pagamento del corrispettivo della prestazione resa all'altro contraente ed in definitiva disciplinando, contrariamente a quanto indicato nel titolo della legge (non i ritardi ma direttamente le modalità de) i pagamenti che attengono ai rapporti commerciali; e ciò in maniera differenziata rispetto alle regole generali delle obbligazioni pecuniarie.

La disciplina riassunta nell'art. 7 del decreto tocca, invece, l'aspetto funzionale del rapporto contrattuale, diretto a verificare la plausibilità sul piano sinallagmatico dell'intesa raggiunta tra le parti in merito al momento in cui la prestazione di pagamento deve essere effettuata ed alle conseguenze connesse alla mora debendi.

6. *Conseguenze della grave iniquità: la nullità parziale e il rapporto con la disciplina codicistica*

Il legislatore italiano ha attuato l'art. 3, comma 3, Dir. – secondo cui l'accordo concretante l'abuso «non può essere fatto valere e non dà diritto a un risarcimento del danno» – scegliendo di comminare la «nullità» per le clausole «inique» ex art. 7, comma 1°, d. lgs. 231/02 .

Tuttavia, se il chiaro dettato legislativo toglie ogni dubbio in merito al tipo di invalidità che l'interprete deve ritenere operante al ricorrere delle fattispecie ex art. 7, d. lgs. n. 231/02, la distanza che separa questa previsione dalla ricostruzione tradizionale della categoria della nullità¹⁷⁵ richiede una disamina delle peculiarità della norma in esame.

In primo luogo, a chi confrontasse la fattispecie ex art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 231/2002 con quelle indicate dall'art. 1418, comma 2°, c.c. potrebbe apparire senz'altro anomala la decisione del legislatore di comminare la nullità in corrispondenza dell'apposizione di clausole sui termini di pagamento: esse determinano uno squilibrio nel contenuto economico del contratto a vantaggio di una delle parti senza però rompere il sinallagma. Al contrario, la teoria classica della nullità prevede che un difetto di causa possa inficiare la validità dell'accordo solo qualora determini un *deficit* dell'elemento funzionale. Del resto,

¹⁷⁵ Per un quadro v. Gentili, *Le invalidità*, op. cit. p. 1275; Di Majo, op. cit., p. 42 ss.; Bianca, op. cit., p. 612 ss.; Sacco, op. cit., p. 563 ss.

si osserva che le più recenti riflessioni in tema di causa concreta hanno acconsentito a considerare rilevante ai fini della comminatoria di nullità quello squilibrio economico-normativo tra posizioni contrattuali che si connoti come disfunzione del contratto¹⁷⁶. Ciò accade quando un contraente veda ingiustificatamente compresso un proprio interesse che è parte del regolamento contrattuale a vantaggio della controparte.

Inoltre, non è in linea con le trattazioni classiche di quest'istituto la previsione di una sanzione di nullità che, almeno *prima facie*, sembra essere stata irrogata a protezione dell'interesse privato di una delle parti (il creditore-contraente debole) e non a tutela di un interesse pubblico necessariamente astratto¹⁷⁷. Il punto, in verità, è piuttosto delicato. Da un canto occorre osservare come, ormai da tempo, la dottrina ha definitivamente accolto tra le cause di nullità del contratto la violazione del c.d. «ordine pubblico di protezione»¹⁷⁸, giustificando così la previsione di casi di invalidità relativa a tutela degli interessi particolari del contraente debole¹⁷⁹.

In altri termini, attraverso la tutela *mediata* di interessi individuali che siano «(...) largamente diffusi e connessi a specifici ruoli socio-

¹⁷⁶ A conferma si veda Scoditti, *Gli interventi del giudice e della legge*, in *Riv. Dir. priv.*, 2002, p. 582.

¹⁷⁷ Per un esame dell'impostazione classica della dottrina si veda Passagnoli, op. cit., pp. 52-58 e Gentili, *Le invalidità*, cit., p. 1270. Quest'ultimo esponendo il contenuto delle trattazioni tradizionali in materia, segnala due criteri di distinzione tra invalidità assoluta e relativa tuttora adoperati dalla dottrina dominante: da un canto il negozio nullo sarebbe connotato dalla «mancanza di un elemento essenziale» (oltre che dal contrasto con norme imperative) mentre l'annullabilità dipenderebbe da «un semplice difetto dell'essenziale elemento del volere»; dall'altro si sostiene che nei casi di nullità «il negozio contrasta con elementi generali», mentre laddove «il negozio contrasta meramente con un interesse di parte, e dunque resta nella sua disponibilità invalidarlo» ricorre l'ipotesi dell'annullabilità.

¹⁷⁸ Scopo dell'«ordine pubblico di protezione» è quello di «assicurare una protezione differenziata, più intensa, ai c.d. nuovi *status*, in considerazione della loro debolezza economica e contrattuale rispetto a controparti più forti e più agguerrite» (Gioia, *Nuove nullità*, cit., p. 1339).

¹⁷⁹ V. Passagnoli, op. cit., pp. 17-18, p. 28, p. 115 e p. 134; Albanese, op. cit., pp. 18-19; Tommasini, op. cit., p. 876; Sacco, op. cit., p. 481; Roppo, *Il contratto*, cit., p. 754.

economici» - «il che quanto meno toglie nettezza alla consolidata affermazione del rapporto della comminatoria di nullità con la difesa di interessi generali»¹⁸⁰ - si realizzerebbe compiutamente e immediatamente un interesse pubblico. Secondo una diversa lettura, invece, la normativa di protezione realizza in modo diretto un interesse propriamente pubblico, in quanto lo «sbilanciamento» che essa opera in favore di una categoria di soggetti non è volto a tutelare l'interesse particolare dei singoli, ma attua il precetto costituzionale di solidarietà (art.2 Cost.)¹⁸¹.

Infine, non si può dire che appartenga al novero delle cause di nullità del contratto – così come sono state tradizionalmente intese fino al decennio scorso – la condotta del debitore che si discosti dalla corretta prassi commerciale: di regola, la letteratura fa discendere la sola sanzione del risarcimento del danno dalla violazione delle regole di correttezza e di buona fede. Vero è che questa impostazione è stata ora indiscutibilmente superata da quelle leggi di recepimento della normativa europea che hanno introdotto nel nostro ordinamento la sanzione della nullità in dipendenza dell'abuso.

I suddetti rilievi ridimensionano alquanto la presunta anomalia della disciplina in commento, la quale risulta invece essere in linea con i nuovi orientamenti della dottrina¹⁸². Del resto, una vera e propria

¹⁸⁰ L'espressione è di Gentili, *Le invalidità*, cit., p. 1272. Nel prosieguo l'Autore precisa che si tratta di «interessi che è inappropriato definire particolari, sia perché seriali, e quindi largamente generalizzati, sia perché intrecciati con l'interesse generale di una società di massa che richiede per il proprio equilibrio tutele dei contraenti deboli e regole dell'agire economico». In questo senso v., in particolare, Roppo, op. cit., pp. 841-842.

¹⁸¹ Dolmetta, *Exceptio doli generalis*, op. cit., pp. 189-190; Id., *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile*, cit., pp. 7-8. Sebbene in modo meno esplicito, paiono ricondurre le nullità di protezione alla tutela dell'interesse pubblico anche Gentili, *Le invalidità*, cit., p. 1347, dove afferma che «l'interesse generale assorbe l'interesse privato seriale» e Gioia, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, cit., p. 607.

¹⁸² In particolare, si sta affermando un indirizzo secondo il quale le regole di cui agli artt. 1418 ss c.c. non costituiscono (né hanno mai costituito) un sistema generale della nullità dei contratti (v. Dolmetta, *I rimedi per la violazione delle norme*

microrivoluzione a livello del sistema del pensiero giuridico – la quale, seppur latente, era riscontrabile in dottrina già agli inizi del secolo scorso – è stata resa urgente soprattutto dalla emanazione dell’ultima legislazione speciale che ha costretto ad un ripensamento dell’intera categoria della invalidità. Con il decreto in commento, in particolare, non si è fatto altro che rafforzare il trend tracciato dalle più recenti previsioni del diritto privato europeo, le quali avevano già introdotto norme di contenuto analogo all’art. 7 d. lgs. n. 231/2002, prevedendo la comminatoria di nullità a protezione dell’interesse privato di un contraente e disponendo che essa operi sulla base di presupposti che potevano apparire insoliti¹⁸³.

Tornando all’esame dell’art. 7, comma 3°, d. lgs. n. 231/02, la dottrina ha messo in evidenza l’opportunità della scelta compiuta dal legislatore italiano¹⁸⁴, il quale ha deciso di non servirsi della figura dell’inefficacia¹⁸⁵ (come aveva fatto, invece, in sede di recepimento della normativa comunitaria a tutela del consumatore): è noto che la previsione di una sanzione «tipica» facilita il compito dell’interprete il quale, in presenza di una norma speciale che si occupi di regolare soltanto alcuni aspetti della nuova fattispecie, si trova a dover individuare il regime da applicare ai profili trascurati dal legislatore¹⁸⁶.

imperative nel diritto societario prima del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Un frammento di storia delle idee, in Vita not., 2003, p. 101).

¹⁸³ Si allude qui alla difformità tra i presupposti di operatività della sanzione stabiliti da queste fattispecie e quelli previsti ex art. 1418 c.c.

¹⁸⁴ Tra l’altro è stato messo in evidenza che la nullità realizza per il creditore una tutela più ampia ed efficace di quanto non avrebbero potuto altri istituti, quali l’annullabilità, la rescissione e la risoluzione. È stato infatti osservato che «rescissione ed inefficacia non avrebbero reso possibile il rilievo d’ufficio del vizio, elemento considerato, viceversa, necessario dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia» e che la «risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta non sarebbe risultata appropriata, trattandosi, in questo caso, di sanzionare un vizio originario» (Pandolfini, op. cit., p. 510; nello stesso senso Conti, *Il d. lgs. 231/2002*, cit., pp. 114-115).

¹⁸⁵ La letteratura concorda ormai nel ritenere che l’inefficacia sia una «figura connotata da una carica estremamente elevata di genericità» (Dolmetta, *Sui «limiti» di applicazione dell’art. 28 legge notarile*, cit., p.4).

¹⁸⁶ In quest’ottica, la stessa dottrina ha evidenziato come la scelta di comminare l’inefficacia, ex art. 1469 ter, comma 3° c.c. si sia dimostrata assai più problematica;

La formula “inefficacia” era stata interpretata da alcuni come sinonimo di nullità e da altri come opzione necessariamente diversa, cioè come sanzione non assimilabile alle tradizionali forme di patologia contrattuale previste dal codice civile.

I sostenitori della tesi prevalente¹⁸⁷ avevano ricostruito l’inefficacia in termini di nullità di protezione, considerata una *species* del *genus* delle nullità contrattuali, ribadendo che tale categoria era comunque riscontrabile in altre ipotesi e poteva ad esempio essere rinvenuta sia in norme del codice civile come l’art. 1815, 2° comma c.c., in materia di interessi usurari, sia in disposizioni di settore, come ad esempio le norme sulla trasparenza bancaria (art. 127, comma 2°, del Testo Unico n. 385/1993). Del resto, secondo i sostenitori di tale orientamento, all’interno dell’ordinamento italiano non sarebbe affatto possibile rinvenire una disciplina generale dell’inefficacia intesa come categoria autonoma e la riqualificazione della fattispecie in questa direzione avrebbe quindi introdotto una nozione estranea, eccentrica e sistematica.

L’adozione da parte del legislatore della formula dell’inefficacia era stata giustificata dalla dottrina come inevitabile conseguenza della frantumazione della categoria della nullità, ma nell’ottica di un necessario coordinamento delle diverse disposizioni e trattandosi di sanzione da applicare in caso di violazione di norme imperative di protezione, il significato da attribuire al termine inefficacia non avrebbe potuto essere che coincidente con il concetto di nullità.

sul punto v. Di Majo, op.cit., p. 92: «la formula della “inefficacia” non sembra appartenere alla famiglia dell’invalidità ma più a quella che predica (...) la formula empirica della “inesigibilità” della richiesta (...)».

¹⁸⁷ Va ricordato il parere del Consiglio di Stato del 20 dicembre 2004 in base al quale l’espressione inefficacia è stata interpretata come “sinonimo tecnico di “nullità relativa” o “nullità di protezione”. Secondo il ragionamento svolto nel parere, il significato di detta inefficacia doveva essere riqualificato sul piano interno, essendo l’inefficacia una categoria neutra riguardante il profilo della produzione degli effetti e non la regolarità del contratto. La nullità poteva quindi essere affermata senza dubbio di fronte alla violazione di un divieto di condotte abusive fissato da norme imperative di derivazione comunitaria.

La soluzione adottata dal codice del consumo pone fine al dibattito e restituisce coerenza dogmatica all'intera disciplina, optando per un trattamento delle clausole abusive in termini di nullità che opera solo a vantaggio del consumatore, rilevabile d'ufficio dal giudice e che non si estende all'intero contratto.

Ovviamente, ciò non vale nell'ipotesi di vizio per cause diverse. Pertanto, occorre domandarsi, se per gli aspetti non disciplinati espressamente dal codice del consumo, debba trovare in via preferenziale applicazione lo statuto regolamentare degli articoli 1418 c.c. oppure debbano essere applicate soluzioni alternative che tengano conto della frammentazione dogmatica e dell'esistenza di una categoria non più unitaria. Tale problema deve essere risolto non in astratto, ma con riguardo al caso concreto, di fronte al quale la valutazione che il giudice è chiamato a svolgere diventa indispensabile.

Un altro aspetto rilevante riguarda la natura della sentenza. Vengono meno alcuni caratteri accessori tradizionalmente a corredo della nullità prevista dal codice civile e la sentenza non ha più natura meramente dichiarativa, ma acquista un inedito valore costitutivo.

In particolare, dalla disciplina della nullità ex art. 1418 c.c. ss. derivano senz'altro: a) l'opponibilità assoluta della clausola invalida; b) l'imprescrittibilità dell'azione giudiziale; c) l'insanabilità della clausola «gravemente iniqua»¹⁸⁸; d) la possibilità di operare la conversione del negozio nullo¹⁸⁹. Poiché questi aspetti non sono stati regolati espressamente né dalla Direttiva né dal decreto di attuazione e poiché relativamente ai medesimi nulla prevede il regime proprio delle nullità di protezione, alle fattispecie ex art. 7 d. lgs. n. 231/02 pare si possa applicare la disciplina generale prevista dagli artt. 1418 ss. c.c.

¹⁸⁸Sull' insanabilità del negozio nullo e l'irrinunciabilità della relativa azione si v. per tutti Passagnoli, op. cit., p. 189; sull'imprescrittibilità ed insanabilità si v. per tutti Gentili, ult. op. cit., p. 1347.

¹⁸⁹Cfr. sul punto Alessi, op. cit., p. 985.

Della fattispecie di cui all'art. 7 d. lgs. n. 231/2002 si parla come di una «nuova ipotesi di nullità *parziale* testuale»¹⁹⁰, sottolineando per un verso la continuità con la disciplina codicistica, in particolare con il meccanismo della sostituzione automatica di cui all'art. 1339 c.c., e per altro verso gli elementi di novità rintracciabili nel «più incisivo potere integrativo esercitato *ex officio* dal giudice»¹⁹¹.

L'approccio non pare del tutto condivisibile. In effetti nell'art. 7 si rinviene una nullità parziale, ma in un'accezione meramente letterale: nel senso cioè di una nullità riferita a una parte del contratto. Per il resto la disciplina sia riguardo alla causa di nullità sia a presupposti e modalità della sostituzione della clausola invalida non si mostra pienamente in sintonia con l'art. 1419 c.c.

Per mettere meglio in luce questa dissonanza vanno brevemente rammentati i tratti caratterizzanti della regolamentazione codicistica.

In proposito è consolidata l'opinione secondo cui, pur nella comune tensione verso la conservazione del negozio, le fattispecie del primo e del secondo comma dell'art. 1419 c.c. si muovano lungo coordinate differenti¹⁹². La distinta modulazione attiene alla causa di nullità – qualsiasi tra quelle indicate dall'art. 1418 c.c.¹⁹³ salvo la contrarietà a norme imperative, nella prima ipotesi; unicamente quest'ultima evenienza, nella seconda – allo strumentario adottato ed all'esito finale.

¹⁹⁰ Cfr. il testo in Appendice al volume di G. De Nova, S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali* cit., p. 131 ss., in part. p. 135

¹⁹¹ Relazione e loc. cit. alla nt. precedente.

¹⁹² In generale, sulla nullità parziale e sul rapporto tra i due commi dell'art. 1419 c.c., v. G. Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959; M. Casella, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; A. D'Antonio, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 91 ss., p. 168 ss.; P.M. Putti, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002.

¹⁹³ Così R. Tommasini, voce «Nullità (dir. priv.)» in Enc. Dir., XXVIII, Milano, 1978, p. 904.

Nel 1° comma dell'art. 1419 c.c., la portata generale del presupposto di partenza (nullità determinata da qualsiasi causa, tranne la violazione di norma imperativa) impone una soluzione aperta – conservazione del negozio pur mancante della parte colpita dall'invalidità ovvero sua caducazione -, legata alla verifica della essenzialità della pattuizione rispetto all'intero contratto.

Nell'altra, la circostanza che l'invalidità discenda dalla contrarietà della clausola ad una norma cogente comporta una reazione tutt'affatto diversa. L'ordinamento, infatti, nel porre la regola imperativa incide direttamente sul regolamento negoziale, esprimendo un assetto disciplinare sul quale i contraenti non possono influire. Ove ciò avvenga, il contenuto della convenzione privata viene automaticamente modificato facendo subentrare alla clausola invalida la regola inderogabile. Qui, pertanto, la sanzione della nullità rappresenta per certi versi un *medio* affinché si realizzi l'assetto di interessi imperativamente dettato dal legislatore. L'applicazione della previsione cogente non è rimessa alla libera determinazione dei privati: per l'ordinamento è indifferente che i contraenti abbiano voluto dare esecuzione alla norma inderogabile riproducendone il contenuto in seno al contratto ovvero semplicemente tacendo sul punto. E analogo risultato si realizza all'esito del procedimento delineato dall'art. 1419, 2° comma, c.c.

In tale ipotesi la nullità vale sia a determinare l'applicabilità del precetto inderogabile – il quale ha in sé la forza necessaria, come anche l'art. 1339 c.c. attesta¹⁹⁴ – sia a sanzionare l'operato dei contraenti. Proprio perché essi avevano originariamente convenuto un assetto di interessi difforme, il contratto resta valido indipendentemente da qualsiasi indagine sull'essenzialità della clausola nulla. Con la differenza, rispetto alla fattispecie del primo comma dell'art. 1419 c.c., che il negozio non viene semplicemente

¹⁹⁴ Cfr. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967, p. 33 ss., che vede l'art. 1339 c.c. come espressione del potere dell'ordinamento di prescrivere un determinato contenuto del negozio, il quale pertanto può «in misura più o meno ampia, differire da quello che le parti avevano autodeterminato».

privato di una parte del suo contenuto, bensì – appunto – modificato in senso contrario alla volontà manifestata dai contraenti¹⁹⁵.

Da tale analisi emerge come la diversità dei presupposti di partenza del primo e del secondo comma dell'art. 1419 c.c. attivi risposte differenti da parte dell'ordinamento. Pur muovendo entrambe le ipotesi dalla espunzione della clausola nulla dal contratto, il procedimento impiegato è differente e lo stesso vale sotto il profilo del risultato.

Nell'un caso, il contratto resta mutilato nel suo contenuto: ciò impone l'intervento del giudice chiamato a verificare se i contraenti lo avrebbero concluso senza quella parte. Il vaglio concerne la compatibilità tra l'assetto di interessi che si è venuto a determinare e quello originariamente previsto. Si tratta di un'attività (meramente) interpretativa, prevalentemente orientata sul canone di buona fede e correttezza in vista del temperamento degli interessi delle parti alla stregua di quanto da esse convenuto. Sicché ove emerga una profonda alterazione dell'originario assetto negoziale, si dovrà concludere per la nullità dell'intero contratto¹⁹⁶.

Nell'altro caso, il contratto viene solo momentaneamente privato della parte invalida, giacché il suo contenuto viene "ricostruito" in senso conforme alla volontà inderogabile del legislatore attraverso la sostituzione automatica della norma violata. La correzione, che qui opera di diritto senza la necessità di una specifica opera dell'interprete, mostra una valenza limitativo-sanzionatoria dell'autonomia privata che non si riscontra nell'ipotesi precedente,

¹⁹⁵Così G.B. Ferri, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in Riv. dir. comm., 1963, p. 284; V. Roppo, *Il contratto*, nel Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 869.

¹⁹⁶V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 867 ss; A. Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 1358 ss.

nella quale la conservazione dell'atto è funzionale al rispetto del programma negoziale (così come) voluto dalle parti¹⁹⁷.

Queste considerazioni giustificano le perplessità circa la riconducibilità della previsione dell'art. 7 nel quadro dell'art. 1419 c.c. («nuova ipotesi di nullità parziale testuale») prospettata nella Relazione governativa al decreto legislativo n. 231/2002, pur senza specificare a quale delle due fattispecie in esso regolate si riferisca.

Invero, da un certo punto di vista, la nullità della clausola dell'art. 7 (sul tempo dell'adempimento e/o sulle conseguenze del ritardo) sembrerebbe riferibile al 1° comma dell'art. 1419 c.c., dal momento che la causa di nullità non consiste nella violazione di una norma imperativa, ma nella grave iniquità in danno del creditore. Ad un simile risultato si oppone però l'ultimo capoverso dell'art. 7, che esclude l'alternativa tra conservazione o caducazione prevista dal codice, optando senz'altro per la sostituzione della pattuizione invalida. In altri termini, il chiaro tenore dell'ultimo comma dell'art. 7 nella sua formulazione anteriore alla riforma del 2012, a mente del quale il giudice dopo aver pronunciato la nullità della clausola applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo, non consente alcuna valutazione sull'essenzialità della clausola lasciando peraltro fuori dal suo orizzonte ogni problema ed eventualità di caducazione dell'intero negozio¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Sia in ambito codicistico sia nella legislazione speciale le ipotesi di sostituzione-correzione del contratto nel quadro dell'invalidità del negozio seguono un paradigma tendenzialmente modellato sugli artt. 1339 e 1419, 2° comma, c.c., in cui è direttamente la legge a prevedere il tipo di assetto che deve assumere il regolamento negoziale individuando esattamente i termini della sostituzione.

¹⁹⁸ A parere di V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 77, la scelta del decreto in esame di escludere in radice la possibilità di una valutazione sull'essenzialità della clausola nulla impedendo così una eventuale caducazione dell'intero contratto, sarebbe in linea con la consolidata tendenza legislativa volta ad assicurare la conservazione del contratto e, con essa, la tutela del contraente debole, il quale sarebbe altrimenti esposto alla pronuncia di nullità totale e dunque – possiamo aggiungere – alla perdita dell'affare (comunque) ritenuto vantaggioso. In proposito va sottolineato come la tutela apprestata dal meccanismo sanzionatorio dell'art. 7 risulti particolarmente incisiva

Si potrebbe pensare allora ad un inquadramento sotto il disposto del 2° comma dell'art. 1419 c.c. Tuttavia anche in questo caso le riserve concernono da un canto l'assenza del presupposto della violazione della norma imperativa e dall'altro le differenti modalità in cui l'integrazione del contratto si atteggia. Nell'art. 1419 c.c., come si è visto, viene in gioco un meccanismo automatico sia nelle modalità che nel contenuto: il contratto subisce una modifica che vede la norma imperativa sostituire «di diritto» la clausola negoziale difforme. Nella regola in materia di ritardi nei pagamenti invece (ove manca, come detto, la norma imperativa e l'effetto "sostitutivo" che essa consente) l'eterointegrazione del contenuto del contratto non soltanto avviene ad opera del giudice e non automaticamente, ma il suo esito è nient'affatto scontato o comunque predefinibile. Considerati l'interesse del creditore, la corretta prassi commerciale e le altre circostanze indicate nel 1° comma dell'art. 7, si opterà per una delle due alternative previste e cioè l'applicazione dei termini legali ovvero la riconduzione ad equità dell'accordo¹⁹⁹. Detto in altri termini: mentre nell'art. 1419, 2° comma c.c. la sostituzione della clausola nulla avviene di diritto con l'applicazione delle norme imperative violate, nella fattispecie in esame si tratta di un'eventualità rimessa all'apprezzamento del giudice, il quale dovrà valutare se nella situazione concreta sia adeguato agli obiettivi perseguiti – sanzionare l'abuso di potere contrattuale di una parte; realizzare un equilibrato contemperamento degli interessi in gioco; allineare il contratto a

non tanto sotto il profilo della conservazione del contratto in sé considerata, quanto soprattutto per la modificazione che ne risulta con la sostituzione della clausola gravemente iniqua. Quale che sia in concreto l'alternativa tra le due modalità prefigurate dal legislatore – applicazione dei termini legali o riconduzione ad equità da parte del giudice – ognuna di esse determina un deciso miglioramento della posizione del creditore rispetto all'assetto negoziale originariamente concordato.

¹⁹⁹ In questo senso cfr. V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* cit., p. 78. Sottolinea la diversità tra il procedimento di sostituzione della clausola nulla nell'art. 7, d. lgs. n. 231/2002 e nell'art. 1419, 2° comma, c.c., E. Russo, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* cit., p. 490, il quale ritiene che nella specie si debba parlare di *inefficacia* della clausola piuttosto che di nullità.

parametri di normalità e razionalità del mercato – riformulare la clausola ovvero applicare le previsioni legali (di natura dispositiva).

Si conferma, pertanto, la non riconducibilità della fattispecie in commento alle ipotesi di nullità parziale previste in sede codicistica, configurandosi piuttosto come figura diversa e ulteriore rispetto a quelle. L'accostamento all'art. 1419 c.c. è reso difficile proprio perché nel caso dell'art. 7 mutano le modalità del (successivo) intervento sul contratto: la sostituzione viene sì prevista dalla legge, ma attuata tramite la necessaria valutazione del giudice. A questi viene in primo luogo demandata la scelta in ordine alla soluzione più adeguata al caso concreto. Si tratta di un apprezzamento in larga misura discrezionale, che si muove nel contesto degli elementi di giudizio indicati al 3° comma: interesse del creditore, corretta prassi commerciale, le altre circostanze segnalate nel 1° comma dell'art. 7. Ancor più pregnante è poi il potere determinativo dell'interprete laddove si opti per la riconduzione ad equità della clausola incriminata: qui egli è chiamato ad un'attività in senso lato creativa, inusuale nel nostro ordinamento, in particolare ove riferita alle determinazioni dell'autonomia privata.

La nuova formulazione dell'art. 7, ad opera del d. lgs. 192/2012, ha eliminato gli ampi poteri del giudice di rimodulare gli accordi gravemente iniqui, attribuendo valenza esclusiva al meccanismo della sostituzione automatica di clausole, di chiara derivazione codicistica, come chiaramente emerge dall'esplicito rinvio agli artt. 1339 e 1419 c.c.

I patti e le clausole contrattuali relativi al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, comunque e a qualunque titolo previsti, sono nulli quando risultano gravemente inique in danno del creditore²⁰⁰. Si applicano gli artt. .

²⁰⁰ È dunque venuta meno l'opzione alternativa della riconduzione ad equità, ipotesi, come noto, ampiamente scrutinata dalla giusciviltà per il potere attribuito al giudice di correzione autonoma del contenuto economico del contratto: sul tema si ricorda per tutti lo studio di Nanna M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Milano, 2010, p. 118 ss.

1339 e 1419, comma 2°, c.c.: il contratto resta valido per il resto e la clausola nulla è sostituita di diritto dalla disciplina legale in esame. Pertanto, torneranno a valere i termini di pagamento, i tassi e i criteri di rimborso e risarcimento previsti dal d. lgs. 231/02.

Analogamente alla precedente formulazione della norma, l'accertamento della grave iniquità è dunque subordinato ad una valutazione da compiersi con riferimento alle “*circostanze del caso*”, ovvero strettamente ancorata alla singola fattispecie concreta. Tale caratteristica, unitamente alla ampiezza e la varietà, pressoché infinite, delle possibili situazioni fattuali alla luce delle quali occorre incentrare la valutazione in esame, consegna al giudice da un lato un significativo potere di controllo sul contenuto del contratto – sia pure limitatamente al profilo dei termini di pagamento e delle conseguenze del ritardo – e dall'altro un notevole spazio di discrezionalità nell'esercizio di tale potere, sia pure in parte temperato dalle presunzioni di cui si dirà appresso²⁰¹.

Il parametro della (grave) iniquità attorno al quale ruota la disciplina dei ritardi di pagamento richiede di procedere ad un giudizio singolare e in concreto, vale a dire ad un giudizio caso per caso, come è proprio di ogni accertamento di natura equitativa: come noto il giudizio di equità (e quindi il suo converso di – grave – iniquità) è per sua natura un giudizio in cui non basta ricondurre i soggetti e i rapporti a categorie predeterminate, ma hanno rilievo le circostanze particolari del caso.

Solo l'eliminazione del precedente comma 3 dell'art. 7 del d. lgs. 231/2002 pare aver posto un parziale argine alla sua discrezionalità, quanto meno riguardo all'integrazione dell'accordo: l'intervento del giudice ora non può che essere di tipo demolitivo, venendo meno la previsione in base alla quale “applica i termini legali ovvero riconduce

²⁰¹Il giudice esercita infatti tale controllo con riguardo alle specifiche caratteristiche della singola fattispecie concreta, ovvero sulla base di “criteri di giustizia del caso concreto”, che vengono in tal modo a colmare di significato la fattispecie astratta in parola: cfr. Russo, *Le transazioni commerciali*, cit., 241.

ad equità il contenuto dell'accordo medesimo". Si è voluto probabilmente eliminare parte dell'arbitrio del giudice ancorando questi all'accordo delle parti, evitando quindi che possa imporre condizioni che turbino la ragione commerciale del negozio giuridico o che ne sminuiscano l'utilità economica per il debitore. Dovrà comunque, applicare gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile²⁰².

La discrezionalità rimane quindi sempre ampia, ma solo rispetto all'eliminazione delle clausole considerate dal giudice gravemente inique.

Con riferimento al parametro costituito dalla "prassi commerciale", il Decreto 192 ha modificato la precedente formulazione della norma, da una parte utilizzando, al posto dell'aggettivo "corretta", il riferimento al "contrasto con il principio di buona fede e correttezza", dall'altro aggiungendo – in aderenza alla direttiva comunitaria – che ciò che rileva è (non qualsiasi differenza, bensì) un "grave scostamento" rispetto alla prassi commerciale.

I commi 3 e 4 dell'art. 7, aggiunti dal Decreto 192, introducono due presunzioni di "grave iniquità" degli accordi in deroga alla disciplina di cui al Decreto, in attuazione dell'art. 7 par. 2 e 3, della direttiva 2011/7/UE. Tali presunzioni riducono lo spazio di discrezionalità dell'interprete nella valutazione del criterio in esame, contribuendo a garantire maggiore certezza alla disposizione.

La prima presunzione di grave iniquità concerne l'accordo con il quale le parti escludano l'applicazione di interessi di mora in caso di ritardo nell'adempimento da parte del debitore. Tale presunzione è assoluta e non ammette prova contraria, come espressamente previsto dalla norma.

²⁰² E in particolare l'art. 1339 c.c., che prevede, come è noto, la sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti con l'inserimento di diritto nel contratto di clausole, prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge (o da norme corporative).

La disposizione non introduce, invero, particolari elementi di novità, dato che, già nella vigenza della precedente formulazione, la dottrina aveva evidenziato che l'accordo con il quale venisse escluso l'obbligo in capo al debitore di corrispondere interessi in caso di ritardo²⁰³ ben difficilmente avrebbe potuto sottrarsi alla sanzione della nullità per contrasto con l'art. 7 del Decreto 231²⁰⁴.

La seconda presunzione, di carattere questa volta relativo – come si desume anche dal *considerando 28* della direttiva 2011/7/UE²⁰⁵ – si riferisce all'accordo con il quale venga escluso il risarcimento dei costi di recupero, di cui all'art. 6 del Decreto 231. In questo caso, la previsione del legislatore è rilevante, dato che gli interpreti erano discordi in ordine alla valutazione della grave iniquità di siffatto accordo, nel vigore della precedente formulazione del Decreto 231²⁰⁶.

²⁰³ Siffatte previsioni erano frequenti, in particolare, nei capitoli speciali degli appalti pubblici, ed avevano dato luogo, prima dell'entrata in vigore del Decreto 231, a notevoli contrasti in giurisprudenza. Peraltro, relativamente all'ambito delle transazioni tra imprese e P.A., tale tipologia di accordo deve ritenersi, anche a prescindere dalla disposizione in esame, non consentita, attesa l'inderogabilità del tasso di interesse moratorio previsto ai sensi dell'art. 5 del Decreto 231.

²⁰⁴ Cfr. Pandolfini, *La nullità degli accordi "gravemente iniqui" nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2003, 5, 510, in *De Nova, I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003, 20. Peraltro, l'operatività del divieto in esame non concerne gli accordi stipulati, in via transattiva, successivamente alla conclusione del contratto, in base ai quali, a fronte dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria, il debitore concordi con il creditore la definizione dell'instauranda lite con il pagamento dell'importo dovuto in linea capitale e la contestuale rinuncia agli interessi di mora maturati da parte del creditore stesso; le caratteristiche dell'accordo transattivo escludono, infatti, che possa esserne successivamente rimesso in discussione il relativo contenuto: cfr. Cuffaro, *Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento*, in *La disciplina dei pagamenti commerciali*, 229; contra, Conti-De Marzo, op. citata, secondo cui la rinuncia del creditore agli interessi, anche qualora intervenga in sede di successivo accordo transattivo, è nulla in quanto gravemente iniqua.

²⁰⁵ Cfr. il *considerando 28* della II direttiva, il quale prevede che «l'esclusione esplicita del diritto di applicare interessi di mora dovrebbe essere sempre considerata come gravemente iniqua, mentre l'esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero dovrebbe essere presunta tale».

²⁰⁶ Cfr. Villani, *Art. 6 – Risarcimento dei costi di recupero*, in De Cristofaro, *La disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., 570.

Trattandosi, in questo caso, di presunzione *juris tantum*, il debitore avrà la possibilità di dimostrare la “non grave iniquità” dell’accordo in esame, alla luce, in particolare, di altre clausole contrattuali o di altri rapporti contrattuali, suscettibili di riequilibrare l’assetto negoziale in favore del creditore.

7. I caratteri della nullità: la rilevabilità d’ufficio

È diffuso in dottrina l’orientamento secondo cui la previsione della rilevabilità d’ufficio della nullità starebbe ad indicare, da una parte, la generalità dell’interesse sotteso alla sua comminatoria e, dall’altra, in omaggio alla regola generale dell’art. 1421 c.c. in cui l’officiosità del potere giudiziale si coniuga con l’azionabilità da chiunque vi abbia interesse, il carattere assoluto della nullità. Da qui è stata argomentata poi la possibilità di far valere l’invalidità non solo da parte del creditore pregiudicato, ma anche del debitore²⁰⁷.

L’approccio tende a mettere in rilievo, pertanto, come la regola dell’art. 7, forse perché destinata a imprenditori e professionisti (e alla P.A.) e cioè a soggetti che normalmente non abbisognano di un *surplus* di protezione, si ponga nel solco della disciplina codicistica della nullità (art. 1421 c.c.) in cui i tratti dell’assolutezza e della rilevabilità d’ufficio sarebbero sintomatici della natura generale

²⁰⁷ In questo senso cfr. V. Pandolfini, *La nullità degli accordi gravemente iniqui nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 5/2003, p. 510; D. Maffei, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell’accordo sui termini di pagamento*, p. 629, il quale ritiene rilevabile d’ufficio e dunque assoluta pure la nullità del contratto di subfornitura per abuso di dipendenza economica (art. 9, l. n. 192/1998). A favore della azionabilità della nullità soltanto da parte del creditore, invece, A. La Spina, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 136 ss., p. 153 ss.; A.M. Benedetti, *L’abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, cit., p. 133 ss.

dell'interesse tutelato; e, per converso, in controtendenza con altri recenti provvedimenti in cui l'invalidità è posta a protezione di un interesse determinato – in genere del consumatore-cliente – mentre l'intestazione in via “singolare” dell'interesse si riflette sulla relatività della legittimazione ad agire²⁰⁸.

A tale assunto possono tuttavia muoversi rilievi critici che derivano sia da considerazioni di carattere generale sia da osservazioni connesse alla peculiarità della disciplina in commento.

Anzitutto va rilevato come l'equazione rilevabilità d'ufficio = assolutezza della nullità derivi da una acritica lettura dell'art. 1421 c.c., nel quale a prescindere dalla preliminare riserva di una diversa regolamentazione, la congiunzione “e” tra la previsione della azionabilità della nullità da parte di chiunque vi abbia interesse e quella della rilevabilità d'ufficio dal giudice indica come il legislatore abbia ritenuto di dover formulare le due regole in via autonoma non essendo l'una la logica conseguenza dell'altra.

Ed invero, un'analisi più attenta del loro significato – secondo cui, come indicato da alcuni studiosi, l'assolutezza della nullità starebbe ad indicare la non individuabilità *a priori* della sfera giuridica interessata a far valere l'invalidità, mentre la rilevabilità d'ufficio manifesterebbe la convergenza dell'interesse dell'ordinamento alla pronuncia di nullità e alla gestione delle relative conseguenze, di regola sottratte alla disponibilità dei privati – porta ad escludere la reciproca interdipendenza dei due estremi da cui la dogmatica tradizionale fa discendere la loro unitaria e connessa valenza regolamentare.

²⁰⁸Emblematica la disciplina in materia di contratti bancari in cui l'art. 127, 2° comma, d. lgs. n. 385/1993 ammette solo il cliente all'esercizio dell'azione; nonché le analoghe previsioni in materia di contratti di intermediazione finanziaria secondo cui «la nullità può essere fatta valere solo dal cliente». Si tratta di norme in cui il legislatore utilizza il termine nullità, ma attribuisce a tale nozione modalità di applicazione assai diverse rispetto a quelle riscontrabili nel codice civile, soprattutto per quanto riguarda la rilevabilità d'ufficio e la legittimazione relativa ad agire.

Risulta allora scarsamente fondato l'assunto della inscindibilità dei due termini, mentre l'ordinaria coesistenza tra assolutezza e rilevabilità d'ufficio (di cui all'art. 1421 c.c.) va ricondotta piuttosto alla circostanza che la comminatoria di nullità si fonda in via di principio su carenze o vizi così gravi (art. 1418 c.c.) da rendere l'atto inidoneo a produrre gli effetti suoi propri. La rilevanza assoluta del vizio che inficia il negozio, in altri termini, rende impossibile individuare ex ante la sfera giuridica interessata a far valere l'invalidità. Laddove, invece, la nullità sia dovuta ad altre cause e sia posta a salvaguardia di specifici interessi, ben può la legittimazione ad agire essere attribuita soltanto ai relativi titolari, mentre resta impregiudicata la rilevabilità d'ufficio ove sussista l'interesse dell'ordinamento a sovrintendere alla tecnica rimediabile. Si può anzi affermare che mentre la rilevabilità d'ufficio è elemento (pressoché) costante nella disciplina della nullità, valendo insieme alla funzione dichiarativa della sentenza a caratterizzarla rispetto all'annullabilità, l'assolutezza è invece un dato ordinario ma non indefettibile.

Che la divaricazione tra il profilo dell'azionabilità e quello della rilevabilità d'ufficio della nullità non sia evenienza eccezionale è testimoniato nel sistema dalle fattispecie nelle quali l'officiosità del potere del giudice si coniuga con la legittimazione ad agire in capo ad un soggetto o una categoria determinati.

Quanto alle ragioni desumibili dal contesto della disciplina speciale che militano a favore della natura relativa della nullità di cui all'art. 7 (nonostante la sua rilevabilità d'ufficio), esse sono frutto, come si è accennato, di una adeguata valorizzazione delle peculiarità esibite dalla fattispecie: in particolare del fatto che si è in presenza di una nullità parziale e che per essa è prevista una singolare sostituzione della clausola nulla *ad opera del giudice*.

La considerazione della peculiare causa di invalidità della clausola (grave iniquità in danno del creditore derivante dall'abuso di potere contrattuale del debitore) e del tipo di conseguenze che la legge riconnette al suo accertamento, rende poco plausibile l'asserzione

della natura assoluta della nullità e (soprattutto) della sua azionabilità da parte del debitore.

Sotto il primo profilo, va ricordato come la nullità non sia riferibile ad un vizio di struttura dell'atto in cui lo scarto dallo schema legale tipico è talmente vistoso da renderlo inidoneo a produrre gli effetti suoi propri e da giustificare il carattere assoluto. All'opposto, si tratta di una nullità legata ad un particolare atteggiarsi del contenuto dell'accordo in termini irragionevolmente ed eccessivamente squilibrati in danno del creditore. La nullità è, cioè, intimamente connessa alla iniqua sproporzione tra diritti ed obblighi in pregiudizio del creditore ed è volta anche a sanzionare il comportamento abusivo del debitore: da qui la chiara individuazione dell'interesse protetto e la scarsa plausibilità di una legittimazione ad agire intestata a soggetti diversi dal creditore²⁰⁹.

La prospettiva risulta incongruente anche sotto il profilo degli effetti dell'invalidità. In proposito va rilevato come già per gli interpreti che ben prima dell'avvento della legislazione consumeristica consideravano la relatività predicato nient'affatto eccezionale della nullità, tale carattere si risolverebbe sul piano effettuale nell'inefficacia del negozio – qui: della clausola – rispetto ai soggetti a favore dei quali la sanzione è disposta²¹⁰, mentre manterrebbe la sua efficacia per altri soggetti e in particolare per il debitore.

²⁰⁹ Si tratta, dunque, di una nullità di protezione (non già del consumatore, come solitamente avviene ma) dell'imprenditore/professionista in posizione di minorità economica e contrattuale. Sulle problematiche legate alla figura del contraente "debole" e in particolare sulla frammentazione della categoria in funzione di nuove esigenze di tutela emergenti nelle relazioni contrattuali cfr. R. Quadri, "Nullità" e tutela del "contraente debole", in *Contr. impr.*, 2001, 3, p. 1143 ss., in part. p. 1152 ss.

²¹⁰ In proposito va rilevato come nella Relazione governativa al decreto legislativo n. 231/2002 la scelta della nullità parziale venga indicata come lo strumento tecnico appropriato a trasporre nel nostro sistema il concetto di inefficacia rilevabile d'ufficio contenuto nella direttiva specificando che ad essa consegue «in termini effettuali l'inefficacia della pattuizione». Come si è accennato, il legislatore comunitario non si pronuncia circa il mezzo tecnico con cui nei singoli ordinamenti va disposta la sanzione per la clausola gravemente iniqua, limitandosi ad indicare il

A ben vedere, però, l'ipotesi dell'inefficacia relativa si rivela qui poco praticabile: la stretta inerenza tra pronuncia di nullità e sostituzione della clausola in senso necessariamente più favorevole al creditore fanno significativamente deperire la questione di un'azionabilità della nullità da parte del debitore. Dall'accoglimento della domanda potrebbe discendere solamente un accordo per lui meno vantaggioso rispetto a quello che è riuscito a imporre in sede di conclusione del contratto, essendo escluso che possa ottenere l'eliminazione *tout court* di una clausola o di un negozio che reputa non più convenienti.

In conclusione, la verifica del dato normativo mette in evidenza la unidirezionalità della tutela in favore del creditore escludendo una legittimazione all'esercizio della nullità a raggio allargato (segnatamente da parte del debitore). Chiarisce altresì il carattere non disponibile da parte dei privati del rimedio in discorso, delineato dall'ordinamento nel procedimento e negli esiti²¹¹.

Quest'ultima considerazione consente un'ulteriore precisazione. Invero, se la rilevabilità d'ufficio della nullità non si coniuga necessariamente con l'assolutezza dell'interesse, questo non vuol dire però – come si è già rilevato – che non possa darsi la convergenza di

risultato da conseguire: «non possa esser fatto valere e non dia diritto a un risarcimento del danno» (art. 3, par. 3).

²¹¹ In primo luogo, dunque, va ricordato che nell'art. 7 non si profila una semplice espunzione della clausola dal contratto o la totale caducazione di esso (ove emerga l'essenzialità della clausola medesima) come invece prevede l'art. 1419, 1° comma c.c. Si è visto che la disciplina dell'art. 7 presenta inoltre differenze non secondarie rispetto alla più vicina regolamentazione del 2° comma dell'art. 1419 c.c.; differenze in larga misura riferibili alla causa di nullità che in questo caso non è costituita dalla contrarietà a norme imperative. La declaratoria di nullità si pone qui come medio necessario per il fine specifico della *machinery* rimediale: il mantenimento (del contratto e) della clausola con un diverso contenuto in vista del riequilibrio del sinallagma a vantaggio del creditore. La tutela non si ferma, pertanto, all'eliminazione della pattuizione invalida (e all'eventuale caducazione dell'intero negozio), ma è volta alla modificazione dell'accordo in senso favorevole al creditore. Si può richiamare in proposito la locuzione di «nullità-rimedio» suggerita in dottrina per fattispecie di nullità di protezione poste a tutela dell'interesse specifico di una delle parti: A Di Majo, *Le nuove nullità, in Il contratto in generale a cura di A. Di Majo, G.B. Ferri, M. Franzoni cit.*, p. 130 s.

un interesse generale con quello della parte immediatamente tutelata. Esso viene ad emersione non solo e non tanto nella regola della rilevabilità d'ufficio quanto piuttosto nella complessa tecnica di tutela messa in campo dall'ordinamento, che si traduce in una penetrante incisione sull'atto di autonomia privata secondo un procedimento dai tratti inconsueti.

L'officiosità del potere del giudice è pertanto l'elemento che più visibilmente attesta la sovrapposizione dell'interesse generale al corretto ed equilibrato svolgimento delle relazioni di mercato con l'interesse privato del contraente/creditore pregiudicato dallo squilibrio della clausola gravemente iniqua.

Peraltro l'esigenza di incidere sulle relazioni di mercato al fine di un più efficiente e concorrenziale svolgimento delle stesse non significa per ciò stesso che le disposizioni con le quali si perseguono siffatti obiettivi debbano rivestire la qualità di norme di ordine pubblico economico.

Né a maggior ragione che tale carattere (o quello dell'imperatività) vada predicato nei confronti della previsione – che si asserisce sottostante alla comminatoria di nullità dell'art. 7, ma della cui esistenza è ragionevole dubitare – sul «divieto di abuso della libertà contrattuale», che discenderebbe a sua volta dalla «natura inderogabile degli interessi che la norma comunitaria intendeva preservare»²¹².

Va poi precisato che la rilevabilità d'ufficio della nullità – da cui, si ricorda, non può andare disgiunta la conseguente sostituzione della parte dell'accordo dichiarata invalida – non può operare prescindendo da (in assenza o addirittura in contrasto con) l'interesse del creditore pregiudicato dalla clausola gravemente iniqua²¹³. Il che però non

²¹² V. Pandolfini, *La nullità degli accordi gravemente iniqui nelle transazioni commerciali* cit., p. 510

²¹³ Così E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 p. 482, il quale osserva che la nullità è relativa «nel senso che ha ragione di sussistere e di essere rilevata dal giudice (anche d'ufficio) solo fino a tanto che sussistano tali interessi [della cerchia dei soggetti protetti dalla invalidità] e nella misura richiesta dalla loro

significa che il giudice debba astenersi dall'intervenire laddove, constatata la ricorrenza di quell'interesse, manchi una richiesta del creditore che pure implicitamente presupponga simile accertamento. In altri termini, il giudice potrà rilevare d'ufficio la nullità ove la clausola sia, ad esempio, posta alla sua attenzione dal debitore²¹⁴.

In proposito va ricordato come la giurisprudenza comunitaria abbia affermato la rilevabilità d'ufficio della natura vessatoria di una clausola nei contratti stipulati con i consumatori in base alla considerazione che il sistema di tutela previsto nella direttiva 93/13/CEE si fonda da una parte sull'idea che il consumatore sia in condizione di inferiorità rispetto al professionista, e dall'altra sulla circostanza che tale disuguaglianza possa essere riequilibrata solo grazie ad un positivo intervento di soggetti estranei al rapporto negoziale. Pertanto, secondo la Corte di Giustizia, la rilevabilità d'ufficio costituisce uno strumento idoneo sia ad impedire che il consumatore resti vincolato ad una clausola vessatoria e sia a conseguire un effetto dissuasivo all'inserimento di simili clausole nei contratti con i consumatori da parte dei professionisti. Con le dovute differenze, le riferite argomentazioni possono essere estese alla fattispecie in commento, nella quale – come si è visto – la sanzione della nullità trova una delle sue ragioni nella strutturale condizione di subalternità di un contraente rispetto all'altro e nell'esigenza di

tutela». Nella letteratura più recente, in questo stesso senso cfr. G. Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole* cit., p. 1354 ss.

²¹⁴ Sottolinea il particolare significato della regola della rilevabilità d'ufficio della nullità nel contesto del d. lgs. n. 231/2002, R. Clarizia, *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 60 s., che vede il giudice chiamato a svolgere «il ruolo di estremo baluardo contro l'approfittamento e la sopraffazione del debitore sul creditore, sicché egli potrà sempre impedire che con quell'accordo si determini un' "iniquità", quando (...) si appalesi (...) un'evidente incapacità del creditore a "ribellarsi" all'imposizione subita dal debitore». Secondo V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 845, la rilevabilità d'ufficio della nullità relativa troverebbe un limite nella domanda del contraente tutelato che si riveli incompatibile con l'accertamento della invalidità. La soluzione, prospettata in termini generali, non tiene ovviamente conto della fattispecie in esame, nella quale è assai difficile ipotizzare una domanda del creditore che presupponga la validità e l'operatività nei suoi confronti della clausola gravemente iniqua.

tutelarlo dall'eventuale abuso di potere contrattuale ove questi si sostanzia nella grave iniquità della clausola.

La ricostruzione preferibile in merito alla possibile compatibilità logica tra l'invalidità rilevabile da una sola parte e la previsione della legittimità di un intervento officioso del giudice è da ricercare, dunque, nella natura degli interessi sottesi alle diverse tipologie di invalidità. L'intervento del giudice per rilevare d'ufficio la nullità è giustificabile in tutte le situazioni di violazione di interessi pubblici. Tale spiegazione rimane la più attendibile, nonché quella in grado di assicurare una utile chiave di lettura per l'intera disciplina delle invalidità contrattuali.

8. *La sostituzione e/o correzione in via giudiziale della clausola gravemente iniqua*

Tornando alla questione delle conseguenze della nullità della clausola e in particolare alla vicenda della sostituzione, l'elemento di maggiore novità, nel contesto del sistema anteriore alla riforma del 2012, era rappresentato dal «potere integrativo» attribuito al giudice nell'ipotesi di riconduzione ad equità della clausola nulla. Qui, in effetti, si profila una correzione *giudiziale* del contenuto del contratto per molti versi inedita nel nostro ordinamento²¹⁵.

²¹⁵In questo senso Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* cit., p. 79. Di «inconsueto» esercizio da parte del giudice del «potere di riequilibrio del contenuto del rapporto» insieme al «potere d'ufficio di dichiarazione della nullità» parla U. Scotti, *Aspetti di diritto sostanziale del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Aspetti di diritto sostanziale*, in *Giur. Mer.*, 2003, p. 622. Qualifica invece come «quasi sconosciuti ed eccezionali» i poteri correttivi assegnati al giudice A. Bregoli, *La legge sui ritardi di*

Diversamente da quanto generalmente avviene, essa importa il concorso della volontà del giudice con la *difettosa* – e non piuttosto lacunosa, come di consueto – volontà delle parti nella costruzione del regolamento negoziale: opera, cioè, nella fase rimediale e non in quella fisiologica cui in prima battuta si riferisce l'art. 1374 c.c. Inoltre l'intervento, pur se prefigurato dalla legge quale meccanismo sostitutivo-conservativo dell'accordo colpito dalla nullità, è dalla stessa rimesso interamente alla volontà del giudice per quanto concerne l'individuazione della modalità di realizzazione (sostituzione con le norme di legge ovvero riconduzione ad equità).

Entrambi questi due elementi inducono a dubitare della piena riconducibilità della disciplina in esame al concetto di integrazione del contratto di cui all'art. 1374 c.c., quale sembra emergere dalla Relazione governativa: essa, limitandosi a sottolineare la maggiore incisività dell'intervento del giudice («più incisivo potere integrativo»), pare collocarlo senz'altro nell'alveo della riferita disposizione codicistica («esercitando il potere di integrazione del contratto»), finendo così per segnalarne la novità solo dal punto di vista *quantitativo* e non piuttosto sistematico.

In senso contrario, invece, e in adesione ad un orientamento condiviso sia nella letteratura tradizionale sia in studi connotati da una decisa impronta critica rispetto a categorie e dogmi ricevuti, si ritiene qui che la previsione dell'art. 1374 c.c. in materia di integrazione del contratto non riguardi fenomeni – come quello contemplato dall'art. 7 in commento – di intervento per così dire *ex*

pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo? Cit., p. 747. Sottolinea la significatività dell'intervento correttivo del giudice anche R. Conti, *Il d. lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali* cit., p. 115. Secondo altri, la deviazione della norma in commento (specie con riferimento al potere determinativo del contenuto della clausola da parte del giudice) rispetto alla disciplina codicistica in tema di nullità è tale da indurre ad escludere che l'invalidità di cui all'art. 7, d. lgs n. 231/2002, nonostante la lettera della norma, possa essere ricompresa nell'alveo della nullità: in questo senso vedi G. De Cristofaro, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 13.

post sul contratto. E cioè in ordine ad un regolamento e ad elementi di esso già *definiti* dai contraenti, rispetto ai quali si evidenzia la necessità di una *sostituzione-correzione* da parte dell'ordinamento, *non voluta né presupposta* dalle parti. Esse, invero, hanno pienamente esercitato il potere di autoregolamentazione dei propri interessi ponendo in essere un contratto a contenuto e situazione effettuale determinati, su cui si appunta poi la valutazione negativa dell'ordinamento e la conseguente reazione correttiva.

L'art. 1374 c.c. si riferisce piuttosto alla fase fisiologica della vita del negozio e opera a fronte di lacune nel regolamento contrattuale determinate dal fatto che le parti non hanno ritenuto o non hanno saputo prevedere una specifica regolamentazione sul punto. In questo ambito, dunque, l'intervento del giudice concerne evenienze, come quella invocata dall'art. 1349 c.c., in cui si invoca una sua determinazione in via di completamento del contenuto negoziale al fine di renderlo idoneo al dispiegamento degli effetti suoi propri e alla realizzazione del loro intento pratico²¹⁶.

Che non si tratti nel caso dell'art. 7 ult. comma, di una "normale" ipotesi di integrazione del contratto ex art. 1374 c.c. viene inoltre avvalorato dalla considerazione che quest'ultima «presuppone una precisa posizione del legislatore» in ordine alla fattispecie su cui si trova ad incidere il regolamento privato; è in virtù di tale predeterminazione normativa dell'assetto di interessi implicato che è dunque possibile operare il concorso di una fonte eteronoma rispetto alla volontà dei privati. Ma detto estremo manca nella fattispecie in discorso, nella quale non si configurano in via preventiva vincoli di ordine contenutistico all'autonomia dei privati, i quali in omaggio all'art. 1322 c.c. possono pertanto «liberamente determinare il

²¹⁶ Si tratta di ipotesi in cui l'operato del giudice, spesso richiamato in via residuale e di ultima istanza, è volto ad evitare la caducazione delle determinazioni dei privati carenti riguardo ad un elemento essenziale – oggetto, corrispettivo – e opera perciò nel solco della conservazione del negozio intesa in senso lato. Sul punto cfr. R. Scognamiglio, Sub art. 1349 cit., p. 377 ss.; G. Alpa, *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1973, p. 728 ss.

contenuto del contratto», con l'unico limite della grave iniquità della clausola in danno del creditore. Ciò trova conferma vuoi nella circostanza che la sostituzione della clausola nulla può non avvenire attraverso l'inserzione dei «termini legali» poiché le norme dell'art. 4, 2° comma sul tempo dell'adempimento e dell'art. 5 sul saggio degli interessi moratori hanno carattere dispositivo; vuoi nella premessa da cui siamo partiti, ossia l'attribuzione al giudice del potere di determinare la clausola nella maniera più adeguata a «ricondere ad equità» l'accordo delle parti. Va allora rimarcata la distanza di presupposti e di funzione tra l'integrazione del contratto ex art. 1374 c.c. e l'intervento sul contratto in fase *patologica* e, in particolare, in ipotesi di sostituzione della clausola nulla quale si configura nell'art. 7 in esame: qui, infatti, non soltanto il contratto è completo e le parti hanno provveduto a regolare l'aspetto poi oggetto di sanzione, ma la correzione opera su binari difformi da quelli voluti dai contraenti.

Ciò, naturalmente, a meno di non voler fare dell'integrazione del contratto un «superconcetto» a vocazione omnicomprensiva in grado di ricomprendere in sé e di fondare le diverse ipotesi di «partecipazione» in senso lato dell'ordinamento alla definizione del regolamento negoziale. Una simile ricostruzione avrebbe il pregio della *reductio ad unitatem* di una serie di ipotesi differenti, ma avrebbe quale contropartita un sostanziale annullamento/attutimento delle specificità che in punto di disciplina e di funzione le diverse fattispecie presentano. L'art. 1374 c.c. risulterebbe svuotato del significato che gli deriva dalla non casuale collocazione sistematica nel quadro delle disposizioni sul contenuto e sugli effetti del contratto e risolto per un verso in una (mera) gerarchia di fonti e per altro verso in una regola invocabile in contesti del tutto eterogenei della vicenda negoziale.

Piuttosto che indulgere a parallelismi e a commistioni di piani che rischiano di essere fuorvianti, è allora preferibile dare spazio alle peculiarità che le diverse discipline manifestano al fine di evidenziarne le differenze specifiche. L'analisi deve essere

focalizzata su due diversi elementi, che pure a volte si intersecano sicché spesso l'esame dell'uno coinvolge aspetti dell'altro: quello concernente direzione e funzione dell'intervento dell'ordinamento nel quadro della correzione-sostituzione delle pattuizioni negoziali nulle; e quello relativo al ruolo del giudice, al tipo e all'estensione dei poteri che gli sono attribuiti.

Quanto al primo elemento, la ricognizione sopra effettuata ha evidenziato come la stessa regola che commina la nullità si incarica, ove necessario, di ristabilire il rapporto tra i reciproci diritti e obblighi delle parti secondo il punto di equilibrio che l'ordinamento intende realizzare: ossia in vista dell'obiettivo di tutela presidiato dalla nullità e dalla successiva correzione del contratto.

È quanto avviene, ad esempio, nell'ipotesi di nullità della clausola del contratto di mutuo con cui sono convenuti interessi usurari.

La nuova formulazione dell'art. 1815 c.c. sancisce la nullità degli interessi usurari, stabilendo che in tal caso non sono dovuti interessi.

In tal caso la funzione sanzionatoria discende dalla violazione di norme penali. La nullità della clausola incide altresì sullo schema contrattuale, determinando un mutamento della causa: infatti il mutuo da oneroso diviene gratuito²¹⁷.

Di segno parzialmente diverso è, invece, l'obiettivo di tutela e il conseguente tipo di intervento sul regolamento pattizio delle regole in materia di contratti bancari di cui all'art. 117 e all'art. 124, 4° e 5° comma (sui contratti di credito al consumo) del d.lgs. n. 385/1993, in cui è sancita la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi d'interesse e delle condizioni economiche del rapporto ovvero di quelle in cui si fissano tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli di quelli pubblicizzati. Il legislatore

²¹⁷ Palmieri, *Usura e sanzioni civili: assetti ancora instabili*, in Foro it., 2014, p. 149; Dolmetta, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in Banca, borsa e tit. credito, 2013, p. 501; Quadri, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in Nuova giur. civ. comm., 1997, II, p.62

considera le clausole come non apposte e prevede per un verso l'applicazione del tasso nominale dei BOT, e per l'altro l'applicazione dei prezzi e delle condizioni pubblicizzate nel corso del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi: in questo caso con l'ulteriore possibilità della caducazione dell'obbligo del corrispettivo per il servizio o per l'operazione previsti in contratto per i quali sia mancata la pubblicizzazione del prezzo (in mancanza di pubblicità nulla è dovuto: art. 117, 7° comma, lett. b).

La *ratio* della disciplina qui non è tanto quella di attuare un riequilibrio in senso normativo o economico della posizione del contraente debole come avviene nella locazione (con la riconduzione del contratto a condizioni economiche e di durata conformi alle previsioni legali) o nel mutuo (con la caducazione dell'obbligazione relativa al pagamento di interessi usurari), quanto piuttosto quella di attuare l'obiettivo primario della *trasparenza* delle condizioni contrattuali. Nel caso in cui il requisito della pubblicità sia rispettato e nel singolo contratto non siano inserite variazioni peggiorative per il cliente, infatti, il programma negoziale predisposto dalla banca ha piena validità. La nullità è legata a condizioni di opacità e insidiosità del regolamento integrate dalla clausola derogativa *in peius* o da quella di rinvio agli usi, che impediscono al cliente di valutare con chiarezza e precisione il carico economico che dovrà affrontare per le prestazioni oggetto del contratto.

La ricognizione sul dato positivo conferma dunque come nelle ipotesi di nullità parziale con sostituzione della clausola invalida la sorte del rapporto contrattuale è generalmente affidata alla determinazione del legislatore. In alcune ipotesi è la norma imperativa a fissare il nuovo equilibrio tra diritti e obblighi delle parti (come nel caso dell'art. 1815, cpv.); in altri essa individua i limiti entro i quali va riportata la difforme pattuizione privata: il termine minimo di nove anni nel caso delle locazioni di immobili ad uso non abitativo (art. 27, l. n. 392/1978); il saggio legale per gli interessi superiori "nuncupativi" (art. 1284 c.c.). La risposta dell'ordinamento viene di volta in volta orientata su valori e

parametri ritenuti rilevanti nella fattispecie, in funzione della ratio della norma imperativa violata e dell'assetto di interessi risultante dalla nullità²¹⁸.

Analizzando il profilo dei poteri del giudice, l'indagine appena svolta ha mostrato come – almeno prima dell'emanazione dell'art. 7, d.lgs, n. 231/2002 – a quest'ultimo non venga generalmente attribuito il compito di intervenire in via correttiva sul contratto né sotto il profilo della decisione sull'inserzione della norma cogente violata, né sotto quello della riformulazione del precetto negoziale. È la legge a dettare i nuovi termini dell'assetto di interessi; anche nelle esigue fattispecie in cui gli è attribuito un compito per così dire meno meccanico non di autentica funzione “creativa” si tratta, ma di un adattamento al caso concreto di un criterio già delineato dalla legge.

L'analisi condotta ha dunque confermato come le diverse ipotesi di intervento *ex post* sul regolamento negoziale nullo siano difficilmente riconducibili all'idea (qui accolta) di integrazione del contratto (ex art. 1374 c.c.) come meccanismo teso ad assecondare il programma negoziale delle parti e non piuttosto a correggerlo o al più ridurlo entro linee prefissate. In ordine ai poteri del giudice l'indagine ha mostrato la divaricazione tra un dato normativo piuttosto restio a concedere spazi determinativi all'interprete e un dato applicativo pronto a sfruttare i varchi disponibili, evidenziando al contempo fraintendimenti dogmatici che non agevolano una chiara ricostruzione del sistema e che soprattutto non consentono di trarre indicazioni di sicura utilità ai fini dell'interpretazione e dell'inquadramento sistematico della previsione dell'art. 7, 3° comma, sulla sostituzione della clausola nulla.

Più proficuo si rivela, invece, l'esame di una ipotesi di intervento correttivo sul contenuto *estranea* alla tematica della nullità, costituita dalla riduzione della clausola penale di cui all'art. 1384 c.c. La

²¹⁸ Cfr. A. D'Antonio, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 179 ss.

norma prefigura, com'è noto, una correzione (nel segno dell'equità) della pattuizione privata in presenza di una parziale esecuzione dell'obbligazione principale o di una manifesta eccessività dell'ammontare della penale.

È opportuno rimarcare come l'angolazione di tutela prescelta dal nostro legislatore, pur nella sua opinabilità, metta in evidenza – almeno in prima approssimazione – punti di contatto tra la disciplina in esame e la fattispecie dell'art. 7, concernenti per un verso l'elemento su cui si appunta l'attenzione dell'ordinamento e per altro verso lo strumentario (rimediale) apprestato. Quanto al primo, in entrambe le ipotesi l'intervento dell'ordinamento non è sollecitato dalla contrarietà della clausola a una norma imperativa, ma da un particolare modo in cui la pattuizione viene ad atteggiarsi: specificamente, un manifesto squilibrio a vantaggio di una delle parti. Quanto all'altro, anche nell'art. 1384 c.c. (analogamente all'art. 7) il giudice è l'assoluto protagonista della vicenda della riduzione non essendo prevista, in particolare, una risistemazione del rapporto affidata alla volontà dei privati sul modello dell'offerta di modificazione di cui all'art. 1450 c.c.²¹⁹

È necessario tuttavia mettere in chiaro le peculiarità della figura in esame. Nell'art. 1384 c.c. l'intervento sulla pattuizione privata si presenta con tratti specifici, come segnalato dal termine “correttivo” (e non invece sostitutivo o sanzionatorio) con cui esso viene generalmente qualificato. Della clausola pattizia, invero, non è messa in dubbio la validità, non venendo in rilievo una strategia conservativa dell'atto di autonomia privata; né può parlarsi di un rimedio ad un'anomalia del funzionamento del sinallagma finalizzato alla eliminazione della clausola con efficacia *ex tunc*. La riduzione della clausola penale sembrerebbe avvicinarsi alla logica della rescissione – e ne è conferma l'accento nella Relazione al codice civile all'esigenza di una reazione allo sconfinamento

²¹⁹O anche all'art. 1467, ult. comma c.c. con riferimento però alla *sopravvenuta* eccessiva onerosità della prestazione.

nell'usura – ma l'accostamento si rivela piuttosto labile già solo riflettendo sulla diversità di presupposti e soprattutto sulla differente reazione prevista dal legislatore per le due ipotesi (mera correzione nell'una; caducazione del'intero negozio nell'altra). In realtà la riduzione della clausola penale si presenta, appunto, come una *correzione* che mantiene essenza e funzione dell'atto di autonomia privata senza metterne in dubbio ragione ed effetti²²⁰.

La specificità della fattispecie va rintracciata, deve ritenersi, nella circostanza che qui si è di fronte ad un preciso *tipo* contrattuale per il quale l'ordinamento appronta tale particolare intervento correttivo. Non si tratta cioè di un rimedio previsto in via generale per le manifestazioni di autonomia privata che eccedono i limiti di meritevolezza posti dall'ordinamento per la categoria del contratto *tout court*, come viene invece argomentato in giurisprudenza. La singolarità dell'intervento di cui all'art. 1384 c.c. riposa invece sulle peculiarità tipologiche della figura considerata.

È questa partecipazione dei privati ad una attribuzione specifica dell'apparato normativo che giustifica il particolare controllo su tale atto negoziale; controllo che, si ripete, non casualmente assume il tratto della *correzione* e non della sostituzione-sanzione: a significare che il sistema pur apprezzando positivamente (al punto da tipizzarlo) siffatto strumento di autoregolazione degli interessi privati ritiene necessario un eventuale “riposizionamento” della convenzione che si riveli esorbitante rispetto al canone della proporzionalità e della giustizia peculiare – non degli atti di autonomia privata in generale – ma della riparazione quale tecnica di tutela civile.

Un'analisi della giurisprudenza in materia rende manifesta, pur nella varietà delle argomentazioni e dei principi invocati, l'esigenza di reagire ad uno squilibrio verificatosi nella fase attuativa del rapporto

²²⁰ Non dunque quale sostituzione della pattuizione privata nel segno di una sua riconduzione *ad validitatem* come nell'ipotesi dell'art. 1419, 2° comma, c.c. e dell'art. 7, d.lgs. n. 231/2002.

contrattuale, individuando nella correzione da parte del giudice il «riequilibrio di un comportamento concreto delle parti» non rispettoso della funzione propria della clausola²²¹. A tutela dell'interesse generale ad evitare sconfinamenti dell'autonomia privata l'art. 1384 c.c. assegna al giudice il potere di «rivedere la misura della penale pattuita, rivalutarla nel contesto della singola vicenda contrattuale, confrontarla con l'interesse leso e, se appare manifestamente eccessiva, ridurne l'ammontare per riportarla ad equità»²²². La valutazione dell'eccessività dell'importo della penale sotto il prisma dell'interesse del creditore all'adempimento involge dunque un apprezzamento dell'operazione economica nella sua globalità, il quale ben può riguardare il prezzo pattuito quale espressione della «complessa entità» e del «valore negoziale» dell'affare posto in essere dalle parti. Il bilanciamento dei contrapposti interessi, considerati secondo le specifiche circostanze del rapporto all'esame del giudice, guida allora sia l'iniziale valutazione dell'assetto del rapporto come si è in concreto determinato e alla stregua di quanto prefigurato dalle parti al momento della conclusione del contratto²²³, sia la successiva individuazione della misura della riduzione²²⁴.

²²¹Cass., 23 maggio 2003, n. 8188 cit. Funzione che viene individuata (alternativamente o cumulativamente) ora nel rafforzamento del comune interesse delle parti alla attuazione del rapporto (così, appunto, Cass., 23 maggio 2003, n. 8188 cit.); ora nella induzione del debitore all'adempimento (Pret. Trento, 19 luglio 1991 cit., p. 556), in cui si afferma che la clausola «ha l'effetto pratico di stimolare il debitore ad adempiere, per evitare di essere tenuto alla prestazione convenuta a titolo di penale»); ora e più di frequente nella liquidazione preventiva del danno in misura quantitativamente determinata in vista della limitazione della funzione risarcitoria alla prestazione promessa ove non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (Cass., 24 aprile 1980, n. 2479 cit., c. 1792); ora, ancora, in funzione sanzionatoria e repressiva (Cass., 22 novembre 1976, n. 4386, in Foro it., 1977, I, c. 382 ss.).

²²² Cass., Sez. Un., 5 dicembre 1977, n. 5261 cit., c. 1496. Cfr. anche Cass., 26 marzo 1997, n. 2655, in Mass. Giust. Civ., 1997, p. 460.

²²³ Va peraltro segnalato come in giurisprudenza non vi sia un orientamento univoco sul punto. Ed infatti l'apprezzamento della congruità della clausola in certi casi viene effettuato valutando l'interesse del creditore – come del resto espressamente indicato dall'art. 1384 c.c. – con riferimento alla sua consistenza (qualitativa e

L'analisi dell'art. 1384 c.c. evidenzia dunque un approccio che sollecitando attenzione alle specificità dell'operazione economica e delle condizioni delle parti ed elasticità nella valutazione in vista della definizione di un adeguato temperamento degli interessi in causa, appare utilmente richiamabile ai fini dell'intervento del giudice nel quadro della sostituzione della clausola nulla di cui all'art. 7, d.lgs. n. 231/2002.

L'art. 7 presenta una diversa soluzione calibrata sulla differente connotazione dei soggetti del rapporto e su uno squilibrio a termini invertiti in cui, nell'esempio considerato, la penale è estremamente vantaggiosa per il debitore e gravemente pregiudizievole per il creditore. Le peculiarità che lo strumentario rimediale presenta sono dovute alla diversa *ratio* di tutela della normativa sui ritardi di pagamento, incentrata sulla posizione del creditore-contraente debole e sull'esigenza di contrattazioni conformi alla correttezza nelle transazioni commerciali. Si avvicina alla normativa sulle clausole vessatorie la sanzione della nullità della clausola gravemente iniqua

quantitativa) al momento della stipula della clausola effettuando un confronto «in chiave oggettiva» della posizione reciproca delle parti quale risulta individuata, appunto, nel momento in cui si è costituito il rapporto obbligatorio fondamentale e senza tener conto del pregiudizio realmente subito dal creditore e dal relativo interesse al risarcimento del danno dipendente dall'inadempimento: così, ad es., Cass., 5 agosto 2002, n. 11710 cit. In altri casi, invece, più correttamente si ritiene che il giudice non debba valutare la prestazione in sé, bensì l'interesse che la parte, secondo le circostanze, ha al suo esatto adempimento considerando le ripercussioni dell'inadempimento sull'equilibrio delle contrapposte prestazioni e l'incidenza che ha avuto sulla situazione contrattuale concreta. Si tende così ad un apprezzamento del sinallagma negoziale nel suo svolgimento e ad una visione dinamica dei contrapposti interessi quali vengono in concreto previsti e realizzati: cfr. Cass., 3 settembre 1999, n. 9298, in *Juris data*.

²²⁴ In ordine a detta determinazione si è consolidata la linea interpretativa a favore di un criterio elastico che prescinda da una rigida ed esclusiva correlazione tra l'interesse all'adempimento e l'entità del danno subito: Cass., 23 maggio 2002, n. 7528 cit.; Cass., 8 maggio 2001, n. 6380, in *Mass. Giust. Civ.*, 2001, p. 940. Cfr. anche Cass., 9 giugno 1990, n. 5625 cit., secondo cui «Il corretto esercizio del potere discrezionale del giudice di ridurre l'ammontare della penale non può quindi sottovalutare il fatto che avvenendo la valutazione della penale in via equitativa deve escludersi in ogni caso una rigida correlazione con l'entità del danno effettivamente subito dal creditore, non potendo l'apprezzamento fondarsi sul semplice rapporto tra l'ammontare della penale e il pregiudizio realmente subito da chi la pretende».

cui può seguire l'applicazione dei termini legali; è, invece, per molti versi affine alla disciplina "comune" dell'art. 1384 c.c. l'ipotesi (alternativa) della riconduzione ad equità dell'accordo nullo da parte del giudice.

La disciplina dell'art. 7, ove applicata al caso della penale, configura dunque una nuova regolamentazione in materia di clausola penale (relativa al ritardo nell'adempimento) che si affianca, con precipui tratti di specialità, a quella dettata a tutela del debitore *tout court* negli artt. 1382 e 1384 c.c., e del debitore-consumatore negli artt. 1469-bis e ss., ora riportati nel Codice del Consumo. Qui la protezione è apprestata nei confronti del creditore-imprenditore/professionista in posizione di strutturale subordinazione/debolezza nei riguardi del debitore-P.A./impresa/professionista che, abusando del proprio potere contrattuale, abbia imposto una penale fortemente squilibrata a proprio vantaggio.

Il nuovo paradigma di disciplina, dunque, soggettivamente connotato come quello del codice del Consumo ma in cui il contraente debole pur esso un imprenditore/professionista (stavolta) creditore del corrispettivo della cessione del bene o della prestazione del servizio oggetto della transazione commerciale, si affianca alla previsione generale degli artt. 1382 e 1384 in una prospettiva completamente rovesciata. Rispetto a quest'ultima, invero, appresta al creditore una tutela particolarmente incisiva superando il limite alquanto angusto della preventiva pattuizione della risarcibilità del danno ulteriore (art. 1382 c.c.).

L'art. 7 pone, allora, una nuova soluzione al grave squilibrio in pregiudizio del creditore di una clausola penale relativa al ritardo nell'adempimento, funzionale al particolare contesto delle relazioni negoziali tra imprese e professionisti (e P.A.) delineato dalla normativa in esame. Oltre che un concreto strumento di tutela per il creditore pregiudicato nella transazione commerciale, essa rappresenta un approccio innovativo al quale l'interprete può riferirsi

al di là dell'ambito specifico di applicazione del decreto sui ritardi di pagamento, nel momento in cui la disciplina degli artt. 1382 e 1384 c.c. si riveli inadeguata a dare risposta alle esigenze di protezione del creditore che, in un rapporto negoziale connotato "professionalmente", si trovi in condizione di strutturale inferiorità rispetto alla controparte "forte".

Capitolo quarto

Linee conclusive anche alla luce delle più recenti novità normative

Sommario: 1. In sintesi: l'*excursus* sulla disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; 2. Le modifiche introdotte dalla Legge Europea 2013 – bis.

1. In sintesi: l'excursus sulla disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

A conclusione del presente lavoro pare opportuno ripercorrere in sintesi l'*excursus* che ha condotto all'attuale disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Punto di partenza dell'intera disciplina era, nell'ottica del legislatore comunitario del 2000, l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore, laddove, tuttavia, nelle intenzioni del legislatore, alla base dell'intervento normativo non poteva certo ravvisarsi un intento limitativo della libertà contrattuale, bensì un mero intento sanzionatorio dell'abuso. Una limitazione *tout court* della libertà contrattuale si porrebbe in contrasto, infatti, con il nostro sistema di diritto, laddove la Costituzione sancisce, da un lato, all'art. 41, la libertà di iniziativa economica, mentre il codice civile fonda l'intero sistema contrattuale sul principio dell'autonomia delle parti, statuendo all'art. 1322 c.c. che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.

Ci si riferisce al problema dell'abuso *nel* contratto, e dunque alla forma storicamente nuova che ha assunto l'esercizio abusivo della libertà contrattuale. Le recenti discipline sul divieto di abuso di

posizione dominante, sulle clausole abusive nei contratti con il consumatore, sul divieto di abuso di dipendenza economica e, quella qui trattata, sull'abuso negli accordi sui pagamenti, testimoniano l'attenzione riservata dal legislatore al fenomeno dell'esercizio abusivo della libertà contrattuale. In queste discipline non viene in considerazione il contratto in sé considerato, ma l'esercizio della libertà contrattuale (manifestata nella imposizione unilaterale del regolamento d'interessi). In tutte queste figure, infatti, si registra una evoluzione del paradigma contrattuale, non più fondato sulla negoziazione e sull'accordo, ma sulla adesione (nel senso della accettazione e della legittimazione) di una parte alle condizioni contrattuali imposte dall'altra.

Nell'ottica della direttiva comunitaria, poi, la libertà contrattuale incontrava più ampie limitazioni, sanzionandosi, con norme imperative e vincolanti, ogni accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo che fosse gravemente iniquo per il creditore.

In sede di recepimento della direttiva 2000/35/CE, avvenuta con l'emanazione del d.lgs. n. 231/2002, l'ambito della nullità veniva ulteriormente ampliato, scomparendo ogni riferimento ai motivi che potrebbero aver soggettivamente indotto il debitore ad ottenere termini più lunghi per il pagamento o conseguenze meno gravi in caso di ritardo, e venendo meno anche ogni riferimento al concetto di abuso della libertà contrattuale. In ogni caso, perché l'accordo derogatorio rispetto alla data del pagamento o alle conseguenze del ritardato pagamento potesse considerarsi giuridicamente rilevante, doveva risultare *gravemente iniquo* per il creditore, sulla base di una valutazione rimessa al giudice, e propedeutica alla dichiarazione di nullità.

Ed è proprio attorno al concetto di grave iniquità e alle sue conseguenze giuridiche che è incentrato il presente lavoro. Non può non sottolinearsi, infatti, come si tratti di un concetto piuttosto inusuale nel nostro ordinamento, e ancor più inusuale risulta la comminatoria della nullità per una clausola gravemente iniqua.

Proprio al fine di coordinare tale concetto con quelli che sono i principi alla base del nostro ordinamento, si è tentato di equiparare la grave iniquità al concetto di abuso; tale equiparazione appare in realtà percorribile solo considerando il termine abuso nella sua accezione più moderna, priva del riferimento allo stato soggettivo dei contraenti.

La *grave iniquità* si configura come il primo elemento costitutivo dell'art. 7 d. lgs. 231/2002, accanto alla posizione di debolezza di una delle parti contrattuali, rispetto alla quale si assiste ad una inversione dell'onere della prova: spetta al contraente presuntivamente forte (che nel caso della normativa in commento è il debitore) dimostrare l'assenza di una condizione di debolezza in capo alla controparte. Un aspetto controverso attiene alla rilevanza, nella struttura dell'art. 7, anche dello stato soggettivo della parte presuntivamente forte, ovvero il debitore. Sulla base di una interpretazione più conforme al nostro ordinamento, anche alla luce di altre normative speciali quale quelle in materia di tutela dei consumatori, di subfornitura e di tutela della concorrenza, sembra doversi ritenere che la *ratio* della norma sia quella di sanzionare e correggere uno squilibrio che attiene al contenuto del contratto, a prescindere dai comportamenti concretamente posti in essere dai contraenti all'atto della conclusione del medesimo, e in un'ottica di garanzia dell'ordinato svolgimento dei traffici commerciali. Tale interpretazione della clausola generale di cui all'art. 7 pare essere in linea con quella che è la tradizione giuridica italiana, la quale accoglie ormai anche un diverso concetto di abuso del diritto, avulso da ogni indagine sugli stati soggettivi dei contraenti, ma preordinato invece ad una valutazione in termini di ragionevolezza, ancorata a criteri meramente oggettivi. Deve, di conseguenza, ritenersi ormai superata quella diversa interpretazione che attribuisce rilievo allo stato soggettivo, inteso come contrarietà alla buona fede oggettiva, facendolo assurgere a presupposto dell'abuso di autonomia contrattuale.

La *ratio* dell'intervento legislativo, identificabile nell'intento di riequilibrare le posizioni contrattuali accordando una tutela specifica al contraente «debole», ha portato a sussumere la nullità di cui all'art. 7 nel novero delle c.d. nullità di protezione; le correlative norme di protezione introducono un regime speciale di favore per categorie di soggetti deboli, i quali risulterebbero pregiudicati dall'applicazione della disciplina generale a causa degli aspetti che li rendono sostanzialmente «diseguali» rispetto agli altri contraenti. Tale esigenza di riequilibrare in concreto le posizioni dei singoli operatori di mercato trova riscontro anche nell'ambito dello stesso diritto interno: a livello costituzionale, in particolare, la protezione delle categorie di contraenti deboli si pone come funzionale, da un lato, al corretto funzionamento del mercato, secondo il precetto di cui all'art. 41, 1° comma Cost., dall'altro, alla realizzazione, sul piano contrattuale, dell'uguaglianza sostanziale dei consociati, ai sensi dell'art. 3, comma secondo Cost.

Anche nel codice civile viene attribuito autonomo rilievo alla posizione di inferiorità in cui possa trovarsi uno dei contraenti, laddove l'art. 1341, 2° comma, c.c. fornisce apposita tutela al contraente che aderisca ad un regolamento contrattuale predisposto unilateralmente da controparte, statuendo che non hanno effetto le condizioni generali di contratto elencate dalla norma, qualora le relative clausole non siano state specificamente sottoscritte per approvazione dell'aderente.

Dall'analisi dell'art. 7, posto a confronto anche con la normativa in materia di tutela dei consumatori e di subfornitura, emerge come l'intervento del giudice volto a realizzare l'equilibrio contrattuale si configuri come un intervento di carattere equitativo, in quanto preordinato a rimuovere lo squilibrio causato dalla posizione di debolezza di un contraente rispetto all'altro.

Ed è soprattutto la legislazione speciale che ha fatto emergere rilevanti novità nell'ambito della disciplina della nullità, novità da ricercare non tanto sul terreno delle nullità non dichiarate (cioè delle «nullità

virtuali»), ma piuttosto nell'ambito delle nullità espressamente previste dal legislatore, e cioè delle nullità testuali.

Sia la legislazione a tutela dei consumatori che quella sui ritardi di pagamento, in particolare, hanno comportato il ricorso sempre più frequente all'uso della nullità in contesti caratterizzati: a) dalla circostanza che il rimedio invalidatorio sia utilizzato allo scopo di fornire «protezione» in via diretta e immediata all'interesse di *uno dei contraenti*, prima ancora e a parte la tutela assicurata *anche* a interessi di carattere *generale*; elemento, questo, che sul piano della disciplina si traduce nella «riserva della legittimazione» (a far valere la nullità) in capo al solo contraente protetto; b) dalla circostanza che la nullità si presenti non tanto come *nullità del contratto* nella sua interezza (non essendo, per lo più, interessati gli elementi essenziali dell'atto: e cioè l'oggetto, la causa, l'accordo, la forma), quanto piuttosto come *nullità di singole clausole*; c) dalla circostanza che nel caso in cui, appunto, venga (inizialmente) in gioco la nullità di singole clausole e non dell'intero contratto la sanzione della nullità venga limitata alle singole clausole, prevedendosi la sua non estensione all'intero contratto (c.d. «nullità parziale necessaria»): regola strettamente legata a quella della legittimazione riservata al contraente protetto.

La qualificazione di tale nullità come nullità di protezione rende necessario analizzare il suo rapporto con la più generale categoria di nullità contemplata dall'ordinamento. Essa si configura, assieme alla annullabilità, come una *species* del più ampio *genus* dell'invalidità, in contrapposizione all'inefficacia: mentre quest'ultima attiene al profilo della produzione degli effetti giuridici, la prima concerne la regolarità del contratto.

È noto come, tradizionalmente, nell'ambito del sistema di diritto privato italiano la nullità sia predisposta a tutela di interessi generali che trascendono il singolo interesse individuale, e di ciò ne è chiara conferma la previsione della legittimazione a farla valere in capo a chiunque ne abbia interesse. Nell'ambito della normativa comunitaria in tema di ritardi di pagamento, invece, la nullità è predisposta a tutela

del creditore, considerato il contraente debole in quanto pregiudicato dallo squilibrio del contratto. Se tale previsione può, ad un primo tempo, apparire anomala, soccorre a dare coerenza al sistema la presenza nel nostro ordinamento della categoria della nullità relativa, in cui la violazione del c.d. ordine pubblico di protezione assurge a causa stessa di nullità, tale da giustificare la previsione di casi di invalidità relativa a tutela degli interessi particolari del contraente in posizione di debolezza.

L'analisi della nullità comminata dalla disciplina speciale qui analizzata pone l'ulteriore necessità di coordinare tale nullità con la nullità parziale disciplinata dall'art. 1419 c.c. Non può dubitarsi, infatti, che quella contemplata dall'art. 7 integri un'ipotesi di nullità parziale in quanto riferita ad una parte del contratto. Se ciò è vero, non può però non darsi atto del diverso concreto operare di tale nullità rispetto al meccanismo codicistico. Anzitutto, nell'ambito della normativa sui ritardi di pagamento il presupposto della nullità non è rappresentato dal contrasto con norme imperative, ciò che invece costituisce il presupposto del secondo comma dell'art. 1419 c.c.; inoltre mentre quest'ultima norma contempla un meccanismo automatico di sostituzione, prevedendosi che la norma imperativa sostituisce di diritto la clausola negoziale difforme, nella normativa in materia di ritardi di pagamento l'eterointegrazione del contratto avviene ad opera del giudice e non automaticamente, e soprattutto il suo esito non è predefinibile ma richiede un'analisi che muta da caso a caso.

Prima dell'intervento riformatore del 2012, la riformulazione della clausola negoziale nulla e quindi la sua riconduzione ad equità si configurava come una delle due alternative rimesse al discrezionale apprezzamento del giudice, accanto alla applicazione delle previsioni legali. L'alternativa (applicazione dei termini legali/reductio ad equitatem) aveva consentito di rilevare la natura necessariamente parziale della nullità in commento, oltreché una sottile similitudine tra questa nullità speciale e il rimedio della rescissione per lesione ex art.

1447 c.c., che anche rinviene il suo fondamento nello squilibrio delle prestazioni dedotte in contratto.

Con la riforma del 2012 il legislatore ha eliminato gli ampi poteri del giudice di rimodulare gli accordi gravemente iniqui, attribuendo valenza esclusiva al meccanismo della sostituzione automatica di clausole, facendo un espresso rinvio agli articoli 1339 e 1419, secondo comma del codice civile. Il meccanismo sostitutivo presenta peculiarità rispetto allo schema del combinato disposto degli artt. 1419 e 1339 c.c., poiché le clausole nulle ex art. 7 sono sostituite di diritto dalle norme del d. lgs. n. 231/2002, le quali non (sempre) sono imperative, come pretenderebbe lo schema codicistico. Nel nuovo tessuto normativo del d. lgs. n. 231/2002 invero – accanto alla stragrande maggioranza di norme dispositive rinforzate, che sono quindi derogabili salvo il limite della grave iniquità – vi sono anche norme imperative. In tali ipotesi, la violazione della norma imperativa determinerebbe la nullità della clausola quale ipotesi di nullità virtuale ex art. 1418 c.c. e il regime applicabile sarebbe quindi quello di diritto comune ex art. 1419, 1 comma, c.c., con la rilevante conseguenza che la validità dell'intero contratto potrebbe essere travolta nel caso di ritenuta essenzialità della clausola nulla.

È peraltro percorribile un'altra via ed estendere anche a tali fattispecie di nullità virtuali il regime previsto dall'art. 7, comma 1, D. lgs. n. 231/2002. Tutto ciò è possibile solo se si ritiene che le nullità di protezione oltre che testuali siano anche virtuali²²⁵. Sarà così possibile ritenere applicabile il regime della nullità parziale necessaria ex art. 7 d. lgs. 231/2002, pur se nel caso di specie la nullità derivi non dall'esito di un giudizio di grave iniquità della clausola, ma dal contrasto della singola clausola con un divieto previsto da una norma imperativa del d. lgs. n. 231/2002. Le argomentazioni a favore di tale ipotesi si fondano sulla possibilità di applicare *analogicamente* il

²²⁵ Così D'amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in I Contratti, 2009, 7, 732-744

regime delle c.d. nullità speciali (sul presupposto che non si tratterebbe più di ipotesi da considerare *eccezionali*)²²⁶.

La Direttiva n. 7/2011/UE, di cui il d. lgs. 192/2012 di riforma della normativa del 2002 costituisce attuazione, aveva stabilito che la grave iniquità della clausola doveva sfociare alternativamente nell'adozione di due rimedi: la nullità della clausola ovvero il risarcimento del danno. L'art. 7, par. 1, direttiva n. 7/2011/UE così disponeva: "Gli Stati membri dispongono che una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell'interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa esser fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore". Premesso che l'impossibilità di far valere la clausola o la prassi iniqua è pacificamente interpretato come nullità, l'alternativa del rimedio risarcitorio è stata tuttavia ignorata dal legislatore delegato che ha sancito la nullità testuale della clausola gravemente iniqua e – soltanto con la l. 30 ottobre 2014, n. 161 – ha chiarito che il rimedio risarcitorio, previsto dalla direttiva, si applicasse nei soli casi in cui fossero poste in essere delle "prassi gravemente inique". In realtà, la dicotomia risarcimento/nullità non è chiara poiché in genere il danno provocato da un atto nullo è eliminato mediante la dichiarazione di nullità, così come un atto nullo può astrattamente attribuire il diritto al risarcimento del danno, purché vengano integrati gli estremi dell'illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c.²²⁷

Tradizionale carattere della nullità, espressamente affermato dalla disciplina codicistica all'art. 1421 c.c., è rappresentato dalla rilevabilità d'ufficio da parte del giudice. Nonostante ad una prima lettura la norma sembrerebbe equiparare la previsione dell'azionabilità della nullità da parte di chiunque vi abbia interesse e quella della rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, una lettura più attenta porta

²²⁶ In tal senso v., ad es., Passagnoli G., *Nullità speciali*, Milano, 1995, 173

²²⁷ Sui rapporti tra invalidità e illiceità si rinvia a M. Franzoni, Libro IV, artt. 2043-2059: *fatti illeciti*, Bologna 2009, in *Commentario Scialoja-Branca*

a ricondurre i due aspetti su due piani distinti e non equiparabili. L'assolutezza della nullità starebbe ad indicare la non individuabilità a priori della sfera giuridica interessata a far valere l'invalidità, mentre la rilevabilità d'ufficio manifesterebbe la convergenza dell'interesse dell'ordinamento alla pronuncia di nullità e alla gestione delle relative conseguenze. Sarebbe pertanto errato sostenere la inscindibilità dei due termini, mentre è più corretto riconoscere che l'ordinaria coesistenza tra assolutezza e rilevabilità d'ufficio, come testualmente affermato dal dettato codicistico, sia da ricondurre alla circostanza che la comminatoria di nullità si fonda in via di principio su carenze o vizi così gravi da rendere l'atto inidoneo a produrre gli effetti suoi propri.

Se la rilevabilità d'ufficio si configura come elemento pressoché costante nella disciplina della nullità, assurgendo ad indice della sovrapposizione dell'interesse generale al corretto ed equilibrato svolgimento delle relazioni di mercato con l'interesse privato del contraente/creditore pregiudicato dalla clausola gravemente iniqua, diversamente l'assolutezza non è un dato indefettibile, risultando ancorata alla tipologia di interessi che vengono in rilievo. Nell'ambito della disciplina in tema di ritardo nei pagamenti la nullità è intimamente connessa alla iniqua sproporzione tra diritti ed obblighi in pregiudizio del creditore ed è volta anche a sanzionare il comportamento abusivo del debitore.

La non necessaria equiparazione tra rilevabilità d'ufficio e assolutezza dell'interesse non deve portare tuttavia a negare in assoluto una possibile convergenza tra un interesse generale e quello della parte immediatamente tutelata.

La difficoltà nel ravvisare una vicinanza tra la nullità comminata dalla disciplina speciale e la nullità come tradizionalmente contemplata dall'ordinamento è acuita dal fatto che la nullità che colpisce il contratto concluso con abuso della libertà contrattuale a pregiudizio della parte debole mostra un profilo nuovo e diverso. Le ragioni della nullità, in tale contesto, appaiono estrinseche al contratto; tale impressione è probabilmente dovuta ad una caratteristica

fondamentale del contratto resa particolarmente evidente dalla legislazione nuova: la relazionalità. Il contratto non è più considerato, per lo meno dal legislatore, atomisticamente; esso è considerato nel contesto in cui, quale fatto storico, accade; è pertanto considerato come relazione di mercato.

In prima approssimazione, il contesto in cui maturano i fatti esterni che determinano la nullità è il mercato. All'interno del mercato, e nel contratto quale relazione giuridico-economica di mercato, sono poi specificamente rilevanti: le qualifiche soggettive generali e il ruolo assunto nell'atto dagli attori dello scambio; la serialità della contrattazione; caratteristiche ed elementi contenutistici del contratto.

Può dunque affermarsi che nella contrattazione diseguale assume rilievo primario non il contratto, ma *l'esercizio della libertà contrattuale*. Il contratto, infatti, non è riguardato in se stesso, ma è considerato come risultato di quell'esercizio.

Un'altra ipotesi di concorso della volontà del giudice nel regolamento contrattuale rinvenibile nel sistema privatistico italiano è prevista dall'art. 1384 c.c., che attribuisce al giudice il potere di ridurre la penale secondo equità, allorché la prestazione principale sia stata eseguita in parte o quando l'ammontare della penale sia manifestamente eccessivo, avendo «*sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento*».

L'introduzione del potere riduttivo in presenza di un'eccessività genetica della misura della penale, consentendo un'ingerenza eteronoma modificativa delle convenzioni private, sollevava problemi di collocazione sistematica dell'istituto.

Per queste ragioni, le prime teorie spiegarono il fenomeno in chiave soggettiva, nel senso di considerare la clausola penale manifestamente eccessiva alla stregua di un patto viziato dalla volontà delle parti non liberamente formatasi.

In particolare, il fondamento della riducibilità della penale è stato tradizionalmente individuato nella necessità di tutelare il debitore da forme surrettizie di usura e più in generale dallo sfruttamento di un

suo stato di bisogno. Sotto questo aspetto, il rimedio disciplinato dall'art. 1384 c.c. è stato assimilato all'azione generale di rescissione per lesione e alla normativa in tema di mutuo con interessi usurari²²⁸.

A questa impostazione se ne è affiancata una seconda che ravvisava anch'essa il fondamento dell'intervento del giudice a correzione di un atto di autonomia privata nell'esigenza di tutelare il debitore, ma con la diversa giustificazione della repressione di un vizio della volontà che la stipulazione di una penale manifestamente eccessiva farebbe sottintendere. In altri termini: da un lato, la riducibilità della penale trovava la sua *ratio* nell'esigenza di impedire lo sfruttamento dello stato di bisogno del debitore²²⁹; dall'altro, nell'esigenza di tutelare il debitore che sia caduto in errore²³⁰.

La dottrina più recente ha sottoposto ad attenta revisione critica le ricordate teorie tradizionali, svincolando il fondamento dell'intervento giudiziale sugli atti di autonomia privata dalla sussistenza di uno stato di bisogno o di un vizio del volere del debitore o, ancora, dalla necessità di reprimere le usure. In questa chiave, si osserva come la riduzione della penale si applichi anche là dove risulti che non sia ravvisabile, né usura, né sfruttamento dello stato di bisogno o vizi in senso genetico del volere; si sottolinea, anzi, che il potere di riduzione del giudice presuppone un patto validamente stipulato tra le parti « ché altrimenti, vi sono i rimedi dell'azione per violenza, dolo, lesione

²²⁸ Per un'accurata analisi delle teorie più risalenti, v. Gorla G., *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 258, Giuffrè; Marini A., *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 136; Zoppini, *La pena contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 244; più di recente, Febbrajo, *La riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 571; D. Russo, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010, p. 2 ss.

²²⁹ Questa interpretazione è stata riproposta in tempi più recenti da Mirabelli, *Delle obbligazioni*, in *Comm. c.c., (art. 1321-1469), Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 341.

²³⁰ Pothier, *Tratt. delle obbligazioni*, cit., p. 178; V.M. Trimarchi, *La clausola penale*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 135.

e simili »²³¹, ossia i rimedi sinallagmatici o quelli attinenti ai vizi della volontà che sarebbero già di per sé idonei a tutelare il debitore²³².

Si prospetta quindi una ricostruzione, sia della penale manifestamente eccessiva, sia del rimedio della riduzione ad essa collegato in chiave rigorosamente oggettiva. Ne consegue la rescindibilità – e non già la riduzione – della clausola che presenti una penale manifestamente eccessiva dovuta allo sfruttamento di uno stato di bisogno del debitore; e, al contempo, è annullabile e non riducibile la clausola viziata da dolo, violenza o errore.

In questo quadro la dottrina dominante esclude che la clausola penale manifestamente eccessiva sia nulla²³³. In particolare, mentre la clausola penale eccessiva, che però non possa dirsi illecita, è valida e soggetta a riduzione, ove la stessa preveda, invece, interessi moratori a tal punto eccessivi da essere considerati usurari, deve stimarsi nulla, con la conseguenza che gli interessi pattuiti non sono dovuti.

Anche in tal caso presupposto dell'intervento dell'ordinamento non è la contrarietà a norma imperativa ma un manifesto squilibrio a vantaggio di una delle parti, ed il ripristino di tale situazione è integralmente rimesso al giudice. Tuttavia tale figura presenta delle peculiarità, connesse al fatto che il presupposto di tale intervento non è rappresentato dall'invalidità della clausola pattizia: non si è pertanto in presenza di un rimedio ad un'anomalia del funzionamento del sinallagma e finalizzato all'eliminazione della clausola con efficacia *ex tunc*. La riduzione della clausola penale si configura piuttosto come una *correzione* che mantiene essenza e funzione dell'atto di autonomia privata senza metterne in dubbio ragione ed effetti.

²³¹ Così Gorla, *Il contratto*, cit., p. 261.

²³² Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., p. 245.

²³³ Cfr., Bonilini, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, in *I contratti*, 2000, 2, p. 124; Gorla, *Il contratto*, cit., p. 261; Marullo di Condojanni, *Considerazioni in tema di equità e spazio giuridico autonomo (a proposito di Cass., sez. un., n. 18128/2005)*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2008, p. 202; Zoppini, *op. cit.*, p. 245.

2. Le modifiche introdotte dalla Legge europea 2013-bis

Si rende opportuno, a questo punto, analizzare le più recenti modifiche introdotte dalla legge 30 ottobre 2014, n. 161, (c.d. Legge europea 2013-bis) e dal Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 132, come modificato dalla Legge 10 novembre 2014, n. 162 (legge di conversione).

Per effetto dell'intervento della Legge Europea 2013- bis è stato innanzitutto modificato il comma secondo dell'art. 4 d. lgs. 231/2002 che attualmente prevede che fatti salvi i commi terzo quarto e quinto del medesimo articolo, in cui è concesso alle parti concordare un termine di pagamento superiore a quanto previsto dal comma secondo, il periodo di cui dispone il debitore per corrispondere il pagamento non potrà essere superiore ai consueti termini stabiliti dal decreto 231, e cioè:

- trenta giorni dalla data di ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta di pagamento dal contenuto equivalente;
- trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;
- trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;
- trenta giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini

dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.

La modifica ha dunque lo scopo di rafforzare il carattere imperativo dei termini di pagamento fissati dalla legge, a maggior protezione dei creditori.

La *Legge europea 2013-bis* modifica, in secondo luogo, la disciplina delle transazioni commerciali in cui debitore sia una pubblica amministrazione (*comma 4*), introducendo limiti più stringenti alla derogabilità dei termini di pagamento. In particolare, fino ad oggi le parti potevano concordemente derogare ai termini indicati nel *comma 2* dell'*articolo 4* quando la loro pattuizione era giustificata dalla natura o dall'oggetto del contratto oppure dalle circostanze esistenti al momento della conclusione dello stesso.

La nuova previsione restringe i casi nei quali la concorde volontà delle parti può intervenire: la pattuizione relativa ad un termine di pagamento superiore ai consueti termini previsti al *comma 2* deve essere oggettivamente giustificata dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. Restano invece invariati sia l'obbligo delle parti che vogliano derogare ai termini di cui al *comma 2* di pattuirlo espressamente per iscritto, sia il divieto di incrementare i termini oltre i sessanta giorni.

La sottile modifica introdotta dal legislatore conferma ulteriormente come ad assumere rilievo siano in ogni caso circostanze oggettive, giustificate unicamente dalla natura del contratto.

Ulteriore novità introdotta dalla *Legge europea 2013-bis* è rappresentata dall'*art. 7-bis*, riguardante le prassi praticate nel commercio in riferimento ai termini di pagamento, al saggio degli interessi moratori e al risarcimento per i costi di recupero.

Tali prassi, ai sensi del disposto della norma di nuova introduzione, non devono essere gravemente inique per il creditore. Ove lo siano, quest'ultimo ha diritto al risarcimento del danno. Ai fini dell'accertamento della grave iniquità delle prassi sopra elencate, il giudice ricorre ai criteri già previsti dall'*articolo 7, comma 2*, in tema di nullità delle clausole contrattuali. Ai sensi di tale ultima disposizione, pertanto, il giudice dovrà tener conto di tutte le circostanze del caso, come il grave scostamento dalla prassi commerciale che determini una violazione dei principi di buona fede e correttezza; la natura della merce o del servizio oggetto del contratto; l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ove le parti vi abbiano derogato, ai termini di pagamento, all'importo forfetario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero. Anche in tal caso, pertanto, il giudice è tenuto a compiere una valutazione caso per caso. Come sopra anticipato, il rimedio risarcitorio viene riferito alle sole prassi gravemente inique, figura che è stata in un primo momento ignorata dal legislatore del 2012, tanto da suggerire l'intervento correttivo compiuto con la legge 30 ottobre 2014, n. 161. A fronte, infatti, dell'alternativa prevista dalla direttiva n. 7/2011/UE in presenza di una clausola contrattuale o di una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell'interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero, il legislatore del 2012 ha accolto unicamente la previsione relativa alla nullità della clausola e non anche quella del rimedio risarcitorio.

Peraltro, ancor prima di tale intervento correttivo, era forse possibile ritenere che le prassi gravemente inique sarebbero state comunque incapaci di penetrare nel regolamento contrattuale, poiché infatti gli articoli 1340 e 1374 c.c. impediscono che un uso negoziale – nel quale si sostanzia una prassi gravemente iniqua – possa derogare ad una norma inderogabile quale è appunto l'art. 7 d. lgs. 231/2002, che sancisce la nullità delle clausole gravemente inique.

Il nuovo articolo descrive poi due casi di prassi che si presumono gravemente inique.

La prima è l'esclusione dell'applicazione degli interessi di mora, che priverebbe di qualsiasi tutela il creditore in caso di ritardo nel pagamento. A tal proposito, non è ammesso provare che la clausola non sia iniqua, trattandosi di una presunzione assoluta.

La seconda presunzione di grave iniquità riguarda la prassi che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all'*articolo 6 del decreto 231*, che riconosce al creditore il quale, ai fini del recupero delle somme spettanti e non corrisposte, abbia dovuto sostenerne le spese, il diritto al rimborso di queste ultime da parte del debitore. Dunque, qualora le parti nel contratto escludano tale risarcimento, tale clausola si presume gravemente iniqua.

Tale disciplina delle prassi inique, ponendosi come rafforzamento della prescrizione di cui all'art. 7 del d. lgs. 231/2002, si pone anch'essa in un'ottica di tutela del creditore. Tuttavia, in tal caso, il rimedio apprestato è rappresentato dalla tutela risarcitoria, trattandosi di prassi e non di clausole contrattuali.

La centralità della normativa sui ritardi di pagamento viene ad essere ribadita alla luce della modifica apportata all'art. 1284 c.c., disciplinante il tasso di interesse dovuto dal debitore, ad opera del Decreto Legge n. 132 del 2014.

Con il D.L. 12.9.2014, n. 132 il legislatore ha stabilito che, in mancanza di una determinazione delle parti, si applica il saggio di interessi previsto dal d. lgs. 9.10.2002, n. 231 da quando inizia il procedimento di cognizione ordinario ovvero la causa sia deferita agli arbitri.

Occorre però precisare che questa nuova disposizione non è applicabile ai giudizi già in corso e si applica, ai sensi dell'*articolo 17 del Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 132*, come modificato dalla *Legge 10 novembre 2014, n. 162* (Legge di conversione), ai procedimenti azionati a partire dall'11 dicembre 2014, cioè dal

trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione.

Pertanto, per effetto di tale modifica, la regola del tasso moratorio prevista dal decreto 231 viene ad essere estesa a qualsiasi debito, anche se non derivante da transazione commerciale e anche se una delle parti sia un privato e non rivesta le qualifiche soggettive di cui alla normativa comunitaria.

Tale previsione è sintomatica del fatto che la disciplina speciale di cui al d. lgs. 231 del 2002 si innesti pienamente nel sistema del diritto privato italiano laddove è lo stesso legislatore a prevederne la applicazione qualora le parti non abbiano determinato la misura degli interessi.

Ciò rappresenta un ulteriore tentativo di repressione, a largo raggio, dei ritardi di pagamento nonché, soprattutto, una ulteriore conferma della centralità assunta da tale normativa la quale, sulla base di una fattispecie circoscritta alle transazioni commerciali e ispirata dall'esigenza di apprestare tutela ad una categoria di soggetti determinati, è giunta ad elaborare principi suscettibili di un'applicazione generalizzata.

Da tali recenti modifiche, emerge, pertanto, piuttosto chiaramente, l'insufficienza del sistema moratorio ordinario: il legislatore del 2014, infatti, arriva a rinviare, nell'ambito della normativa civilistica, alla disciplina speciale di cui al d. lgs. 231/2002 e ciò è chiaramente indice della ritenuta necessità di rafforzare la tutela della parte "debole" sopperendo ad una eventuale mancanza di determinazione delle parti.

La normativa speciale analizzata nel presente lavoro, pertanto, può ritenersi speciale solo ad una osservazione apparente; in realtà la stessa tende ad elevarsi a normativa destinata a ricevere una applicazione generalizzata ogniqualvolta si renda necessario sanzionare un eventuale ritardo di pagamento di parte debitrice. Ed è proprio la approfondita disciplina riservata alla materia dalla

normativa speciale che induce il legislatore a fare riferimento ad essa al fine di colmare eventuali lacune del sistema moratorio ordinario.

In conclusione, la lotta contro i ritardi nei pagamenti prosegue, sia a livello comunitario sia nel nostro ordinamento, sebbene i risultati non paiano finora soddisfacenti. Nonostante il recepimento della normativa europea a livello nazionale, i casi di ritardi nei pagamenti di transazioni commerciali sono all'ordine del giorno e, senza dubbio, la congiuntura economica attuale gioca un ruolo determinante nel fenomeno. A ciò si aggiunge – aspetto che aggrava il quadro – un sistema di giustizia lento e poco efficiente, che non agevola il recupero dei crediti.

Nel novembre 2014 il Parlamento ha approvato in via definitiva la *legge 10 novembre 2014, n. 162* di cui si è sopra accennato, che vorrebbe segnare un punto di svolta; il tempo lo potrà certificare: ciò che merita essere annotato è la presenza di una disposizione che estende l'applicazione dell'interesse di mora previsto dal decreto 231 a qualsiasi debito.

BIBLIOGRAFIA

Alessi R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2000

Albanese A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003

Alpa G., *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973

Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2005

Amatucci, *Svalutazione monetaria, preoccupazioni della Cassazione e principi non ancora enunciati in tema di computo di interessi*, in *Foro it.*, I, 1986

Astone, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, in *Rass. Dir. civ.*, 2010

Bastianon S., *Direttive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali:*

prime osservazioni a proposito del d. lgs. n. 231/2002, in Dir. Un. Eur., 2003

Benedetti, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003

Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994

Bianca C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile diretto da Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1979

Bianca C. M., *Diritto civile, V. La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994

Bregoli, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003

Busnelli F. D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Rivista di diritto civile*, 2001

Campobasso G. F., *Diritto commerciale, I*, UTET

Canavesio A. (a cura di), *Il nuovo decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192, sulla lotta contro i ritardi di*

pagamento nelle transazioni commerciali, in *Contratto e impresa/Europa*, 2013

Clarizia R., *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *Nuova Giur.Comm.*, 2003, II, 57 ss.

Conti R., *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corriere giur.*, 2003

Conti R., *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corriere Giur.*, 2002

Cuffaro V., *Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento*, in *La disciplina dei pagamenti commerciali*, 2004

Cuffaro V., *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Giuffrè Editore, 2004

D'amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I Contratti*, 2009, 7, 732-744

D'Antonio, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974

De Cristofaro, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 13

De Marzo G., *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *I Contratti*, 2002, 12

De Nova S., in G. De Nova-S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali: D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, Milano-Ipsa, 2003

Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1988, 473

Di Majo, *La nullità*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, VII, a cura di Di Majo, Ferri, Franzoni, Torino, 2002

Di Marzio, *Direttiva 2011/7/UE sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Riv. Amm. della Repubblica Italiana*, 2011;

Di Via, *L'impresa*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, II, Padova, 2003, pp. 86 ss.

Dolmetta, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, 2

Dolmetta, *I rimedi per la violazione delle norme imperative nel diritto societario prima del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Un frammento di storia delle idee*, in *Vita not.*, 2003

Dolmetta A. A., *I termini ad adempiere e gli interessi moratori nella Direttiva CE n. 2000/35, Relazione al Convegno ITA*, 16 novembre 2000

Dolmetta, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2013

Dolmetta, *Sui «limiti» di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Cont. impr.*, 2004, 1

Ferri G. B., *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in Riv. dir. comm., 1963

Frignani A. , *Il divieto di abuso di posizione dominante (nei primi quattro anni di applicazione della legge n. 287/90)* in *Dir. comm. intern.* 1995

Frignani-Cagnasso, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2003, 3

Galgano F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1999, pp. 27-28

Gentili, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I

Gentili, *La "nullità di protezione"*, in *Europa Dir. Priv.*, 2011

Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999

Gioia, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3

Giorgianni, *L'inadempimento: corso di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 308

Gisondi, *L'attuazione da parte della p.a. della nuova disciplina comunitaria sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Urb. App.*, 2003

Gnes, *La disciplina europea sui ritardi dei pagamenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011

Gorla G., *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, Giuffrè, 1955

Grondona M. , *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, in A.M. Benedetti (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Giappichelli, Torino, 2003

La Spina, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2003

Libertini M., *L'azione inhibitoria collettiva in materia di clausole vessatorie (art. 1469-sexies cod. civ.)*, in *Dir. Priv.* 1996, Padova, 1997, p. 218

Luminoso A., *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002

Longu, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. Dir. civ.*, 2000, 3

Maffeis, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *I Contratti*, 2003

Marini A., *La clausola penale*, Napoli, 1984

Marotta, *La direttiva comunitaria contro i ritardi nei pagamenti tra imprese. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Banca impr. soc.*, 2001, 453

Mengoni L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, fasc. 1

Mengoni L., *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2001, fasc. 1

Messinetti, voce *Abuso del diritto*, in *ivi*, *Aggiornamento*, II, Milano, 1998

Meruzzi, *Usura*, in *Contr. e impr.*, 1996, II

Minervini, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Riv. Dir. Priv.* 2003, 495

Nanna M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Milano, Cedam, 2010

Nicolò R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, Giuffrè, 1936

Osti, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918

Pagliantini, Art. 1463 c.c., in *Commentario al Codice civile. Contratti in generale, 4*, a cura di Navarretta e Orestano, Milano, 2011

Pagliantini, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. Vettori (a

cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, Padova, 2002

Pagliantini, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *I Contratti*, 2013, 4

Palmieri, *Usura e sanzioni civili: assetti ancora instabili*, in *Foro it.*, 2014

Pandolfini, *Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Giur. It.*, 2003

Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: commento al d. lgs. n. 9 ottobre 2002, 231 attuazione della Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, Giuffrè, 2003

Pandolfini, *La nullità degli accordi "gravemente iniqui" nelle transazioni commerciali*, in *I Contratti*, 2003, 5

Passagnoli, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione « autentica »*, in

Squilibrio e usura nei contratti, a cura di Vettori, Padova, Cedam, 2002

Passagnoli G., *Nullità speciali*, Milano, 1995, 173

Perlingieri G., *La convalida della nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010

Perrone, *L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, I

Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989

Punzi, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 3

Quadri, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997

Quadri, *"Nullità" e tutela del "contraente debole"*, in *Contr. Impr.*, 2001, 3

Recinto, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli 2004

Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998

Riccio, *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contr. impr.* 2004

Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967

Romano S. voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Del Dir.*, I, Milano, 1958

Roppo V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2002

Roppo V., *Istituzioni di diritto privato*, IV ed., Bologna, Monduzzi, 2001

Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001

Russo, voce *Pagamento (transazione commerciale)*, in *Enc. Giur. Treccani, Agg.*, Roma, 2004

Russo D., *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010

Russo E., *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. Impresa*, 2003, 1

Russo E., *Le transazioni commerciali: commento teorico-pratico al d. lgs n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Padova, CEDAM, 2005

Sacco, *Le invalidità*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Sacco, II, Torino, 1993

Sanna S., *L'attuazione della Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: introduzione al d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, in *Resp. Civ. prev.* 2003, p. 270

Santella, *Progetto di ricerca sul credito commerciale. Costo dei rimedi giuridici del credito commerciale*, in E. Perrone, *L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. credito*, 2004, I

Scoditti, *Gli interventi del giudice e della legge*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002

Scotti U., *Aspetti di diritto sostanziale del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Aspetti di diritto sostanziale*, in *Giur. mer.*, 2003

Simone, voce *Pagamenti nelle transazioni commerciali: profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, in *Digesto IV ed., Disc. Priv., Sez. civ., Agg., II*, Torino, 2007

Spoto, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012

Tommasini, voce «*Nullità (Dir. priv.)*», in *Enc. Del dir.*, XXVIII, Milano, 1978

Trimarchi P., *Istituzioni di diritto privato*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2000

Trimarchi V. M., *La clausola penale*, Milano, Giuffrè, 1954

Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto: profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, Cedam, 2004

Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002

Villani, *Art. 6 - Risarcimento dei costi di recupero*, in De Cristofaro, *La disciplina dei ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004

Visintini, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da Rescigno, IX, Torino, 1984

Volpe, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. priv.*, 2002

Zaccaria A., *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium Iuris*, 2001, fasc. 3

Zoppini, *La pena contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 244

Zucchetti, *Sub. Art. 7, d. lgs., n. 231/2002*, in *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.*

*lgs. 9 ottobre 2002, n. 231), a cura di De Cristofaro G., in
Leggi civ. comm., 2004, 571 ss.*