

Paolo De Martinis

**LA DISCIPLINA CONTRO I
RITARDI DI PAGAMENTO E GLI
INTERMEDIARI FINANZIARI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LA DISCIPLINA CONTRO I RITARDI DI PAGAMENTO E GLI INTERMEDIARI FINANZIARI

SOMMARIO: 1. La normativa sui ritardati pagamenti ed il settore del credito. - 2. Il dibattito sulla reale efficacia e sulla *ratio* della disciplina di cui ai d.lgs. 9-10-2002 n. 231 e 9-11-2012 n. 192. - 3. Gli orientamenti della letteratura sulla riconducibilità o meno dei contratti di credito nell'ambito di applicazione di detta normativa. - 4. Il rapporto con la disciplina sull'usura nelle ricostruzioni della dottrina. - 5. Gli interessi moratori per i crediti litigiosi. - 6. L'analisi economica delle regole concernenti i ritardi nei pagamenti: una possibile lettura. - 7. La regolamentazione vigente per le imprese che esercitano attività finanziaria intesa quale attività riservata: il mercato del credito. - 8. Conclusioni.

1. Il ritardo nei pagamenti nell'ambito di transazioni commerciali è disciplinato dal d.lgs. 9-10-2002 n. 231 (1), con cui il nostro legislatore ha recepito la dir. 29-6-2000 n. 35, successivamente modificato dal d.lgs. 9-11-2012 n. 192 (2), in attuazione della dir. 16-2-2011 n. 7, e dalla l. 30-10-2014 n. 161, recante Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea (denominata "Legge europea 2013-bis").

Saggio sottoposto a referato.

(1) Si segnalano le seguenti monografie sui ritardi di pagamento: Aa.Vv., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, a cura di A. M. Benedetti (Torino 2003); Aa.Vv., *La disciplina dei pagamenti commerciali*, a cura di V. Cuffaro (Milano 2004); R. Conti-G. De Marzo, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d. lgs. n. 231/2002* (Padova 2004); e G. De Nova-S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali* (Milano 2003); P. Mengozzi, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. L'interpretazione delle norme nazionali di attuazione delle direttive comunitarie* (Padova 2007); V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* (Milano 2003); D. Stevanato-A. Venchiarutti, *I ritardi nei pagamenti. La tutela dei creditori nelle "transazioni commerciali". Aspetti civili, processuali, fiscali, contabili* (Milano 2004); E. Russo, *Le transazioni commerciali. Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti* (Padova 2005).

(2) Sul d.lgs. 192/2012, cfr. Aa.Vv., *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A. M. Benedetti e S. Pagliantini (Torino 2013); V. Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192* (Torino 2013).

Secondo l'art. 2 del vigente testo normativo si intendono per "transazioni commerciali" « 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 » (lett. a); per "imprenditore" « ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione (lett. c); per "interessi moratori", interessi legali di mora ovvero interessi ad un tasso concordato tra imprese » (lett. d); per "interessi legali di mora" « interessi semplici di mora su base giornaliera ad un tasso che è pari al tasso di riferimento maggiorato di otto punti percentuali » (3) (lett. e); per "tasso di riferimento" « il tasso di interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali » (lett. f); e per "importo dovuto" « 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 ».

Il saggio degli interessi è disciplinato dal successivo art. 5, secondo cui « gli interessi moratori sono determinati nella misura degli interessi legali di mora. Nelle transazioni commerciali tra imprese è consentito alle parti di concordare un tasso di interesse diverso, nei limiti previsti dall'articolo 7 » (co. 1). Quest'ultima norma, poi, dispone che « le 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, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore », applicando, in tal caso, gli artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c. (co. 1); che « il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto 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 » (co. 2); e che « si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora », non ammettendo prova contraria (co. 3).

Il presente lavoro trae spunto dalla necessità di verificare se la detta disciplina si applichi o meno ai contratti di credito, in generale, e al *leasing*, in particolare, in virtù del rinvio nella modulistica adoperata da alcune società concedenti, per operazioni di locazione finanziaria aventi ad oggetto beni immobili, alla normativa sui ritardati pagamenti (4).

(3) La disciplina novellata è da applicarsi alle sole « transazioni commerciali concluse a decorrere dal 1° gennaio 2013 » (art. 3 d.lgs. 9-11-2012 n. 192).

(4) La clausola che viene utilizzata è la seguente: "TASSO DI MORA: Tasso di cui all'art. 5, co. 1, d.lgs. 9-10-2002 n. 231".

A tal fine, occorrerà analizzare la disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e quella, più recente, relativa al tasso legale di mora per i crediti litigiosi.

Qualora i risultati dell'indagine dovessero far propendere per la riconduzione dei contratti di finanziamento nell'ambito della disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, sarà necessario verificare il rapporto con la normativa antiusura (5), allo scopo di verificarne i rispettivi ambiti di applicazione; in particolare, con la fattispecie di usura c.d. presunta di cui all'art. 644, co. 1, c.p., in cui si verifica il « superamento di un calmiere stabilito dallo Stato al livello massimo degli interessi » (6).

Nell'usura c.d. presunta o oggettiva, il meccanismo introdotto dalla l. 7-3-1996 n. 108, prevede un procedimento secondo il quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze, sentita la Banca d'Italia, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, riferito all'anno, praticato dagli istituti bancari e dagli intermediari finanziari nel corso del trimestre precedente, « comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse ».

I valori medi, determinati in base alla rilevazione dei tassi praticati dagli operatori finanziari effettuata dalla Banca d'Italia, e corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successivo al trimestre al quale si riferisce la rilevazione, riguardano operazioni classificate annualmente per categorie omogenee dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, sentita la Banca d'Italia, e sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale.

Tale classificazione, che viene anch'essa pubblicata in Gazzetta Ufficiale, comporta che, per le diverse operazioni creditizie, corrispondano diversi tassi effettivi globali medi e, quindi, diversi tassi soglia (7).

(5) Ai sensi dell'art. 644, co. 1, c.p. « chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma per sé o per altri, corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000 ». Dispone, poi, l'art. 644, co. 3, prima parte che « la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari ». Nell'usura c.d. presunta o oggettiva è, dunque, il superamento di tale limite o soglia che determina la rilevanza penale del fatto. Il tasso usurario, che oggi si determina aumentando di un quarto il tasso effettivo globale medio del tipo di operazione presa in considerazione, cui si aggiunge un ulteriore margine di quattro punti, prima del maggio 2011, e cioè nel periodo antecedente all'entrata in vigore del d.l. 13-5-2011 n. 70, si individuava aumentando della metà il tasso medio di operazione cui veniva ricondotto il negozio giuridico posto in essere dalle parti.

(6) T. Padovani, *Prefazione*, Usura e mediazione creditizia, aspetti sostanziali e processuali, a cura di D. Manzione (Milano 1998), XIII; A. Gargani, *Usura semplice e usura qualificata*, Riv. it. dir. proc. pen., 2000, 79.

(7) Sganciata da ogni riferimento a parametri oggettivi è, invece, la diversa fattispecie di usura c.d. in concreto, di cui all'art. 644, co. 3, ultima parte, secondo cui

Poiché il superamento del limite previsto dalla legge per quella specifica operazione — determinato aumentando di un quarto il tasso effettivo globale medio ed aggiungendo un ulteriore margine di quattro punti — determina di per sé la punibilità della condotta, « [i]l carattere meramente quantitativo del dislivello ne impone quindi una determinazione precisa e tassativa, che non può essere affidata all'apparente logica del caso per caso, né ad elementi discrezionali difficilmente controllabili » (8).

Prima di affrontare le problematiche innanzi esposte, sembra opportuno premettere qualche breve cenno sul dibattito che si è acceso in letteratura subito dopo l'introduzione di queste regole sui ritardi nei pagamenti e avente ad oggetto la reale efficacia di siffatta normativa per combattere tale fenomeno e la *ratio* della stessa.

2. Al momento dell'emanazione, il d.lgs. 231/2002 fu guardato con interesse e curiosità in letteratura, poiché, almeno in teoria, introduceva una disciplina di forte impatto sull'autonomia privata. Sembrava, infatti, che tale decreto derogasse in parte ai principi del diritto generale dei contratti e si allontanasse perfino dagli strumenti di protezione dell'allora nuovo diritto dei consumatori.

Ciò che suscitò maggiore impressione fu il potere assegnato al giudice di riscrivere la clausola sul termine di pagamento, tanto applicando i termini legislativamente individuati quanto creandone di nuovi sulla base di criteri che sono risultati, peraltro, di difficile identificazione. Anche se, probabilmente proprio alla luce di dette criticità, la norma non è stata riprodotta nella seconda direttiva.

Alcuni commentatori, tuttavia, espressero dei dubbi circa la stessa effettività della nuova disciplina, che correva il rischio di restare « l'ennesimo esemplare di normativa declamatoria e simbolica, destinata a restare *law in the books* senza riuscire a operare come effettiva, incisiva *law in action* » (9).

È un rischio ancora presente e forse in qualche modo inevitabile per tutte quelle discipline di protezione che devono essere applicate nei rapporti asimmetrici tra imprese (o tra queste e la pubblica amministrazione): il creditore-imprenditore — che accetta termini di pagamento molto lunghi, imposti da un debitore economicamente e commercialmente più forte rispetto a lui — raramente sceglie di invocare l'applicazione della normativa protettiva, tanto in sede di

« sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, qualora chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria ».

(8) F. Mucciarelli, *Commento alla L. 7/3/1996, n. 108 - Disposizioni in materia di usura*, *Legisl. pen.*, 1997, 514.

(9) Roppo, *Prefazione*, I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali cit., XI.

conclusione del contratto, quanto successivamente, durante la sua esecuzione.

Per lui è preferibile aspettare, piuttosto che perdere il cliente: accade spesso infatti che, in presenza di un rapporto asimmetrico tra imprenditori, la disciplina protettiva, soprattutto se passa attraverso una riscrittura di parte del contratto, si applichi quasi sempre dopo l'avvenuta cessazione dei rapporti commerciali, come si riscontra spesso, ad esempio, in sede di applicazione dell'art. 9 l. 192/1998, sul divieto di abuso di dipendenza economica. Altrimenti la tutela invocata comporterebbe quasi certamente l'interruzione del rapporto d'affari, con un danno per il creditore superiore a quello che gli deriverebbe dal dovere subire gli effetti dilatori della clausola sul termine di pagamento, conseguenza, comunque, di un abuso di potere contrattuale.

Per tale ragione, è sorto il dubbio che una eccessiva tutela potesse, in qualche modo, comportare di fatto nessuna tutela (10).

Ad ogni modo, al di là di valutazioni sulla effettività o meno della disciplina che qui interessa, per le quali bisognerà inevitabilmente tener conto delle future e auspicabili pronunce giurisprudenziali, ciò che ha attirato l'attenzione è stato lo scopo con essa perseguito.

In questa prospettiva, si è ritenuto sufficiente analizzare i *Considerando* della prima e della seconda direttiva per comprendere chiaramente i termini della questione, tanto più, si è detto, che l'obiettivo generale, nei due interventi comunitari, è quello di proteggere il creditore, che troppo spesso subisce clausole contrattuali, in particolare per quanto riguarda i termini di pagamento, irragionevolmente sbilanciate a favore della controparte debitrice.

Ebbene, ad una prima lettura del testo normativo, la *ratio* della disciplina sui pagamenti commerciali sembrerebbe essere quella di tutelare la piccola e media impresa dalla grande impresa.

In altri termini, la UE avrebbe cercato di risolvere concretamente un problema specificamente economico, determinato dalla prassi che si è affermata in molti paesi del suo ambito, e cioè quella di inserire nei contratti tra imprese e tra imprese e pubbliche amministrazioni termini di pagamento piuttosto lunghi: l'effetto è di indebolire le imprese (in particolare quelle medio-piccole) che, appunto in ragione delle dimensioni, avrebbero invece necessità di ricevere il pagamento in tempi ragionevoli rispetto all'adempimento.

A tale ricostruzione è, però, facile obiettare che vi sono casi in cui sono proprio le piccole imprese a non rispettare i termini per i pagamenti previsti per le transazioni concordate con le grandi imprese.

(10) A.M. Benedetti - S. Pagliantini, *Introduzione: un patchwork normativo in cerca d'autore?*, La nuova disciplina dei ritardi di pagamento cit., 2, secondo i quali questa è forse « una conclusione che prova troppo, ma che, certamente, merita qualche riflessione in un periodo, che dura oramai da oltre due decenni, in cui abbiamo assistito al dilagare delle normative di protezione », dubitando che ciò possa davvero servire allo scopo per il quale queste regole sono state pensate.

Secondo una diversa prospettiva, la finalità perseguita dalla direttiva comunitaria non è tanto o non soltanto quella di assicurare la protezione di una categoria di creditori che per le loro dimensioni possono qualificarsi « deboli », quali le piccole e le medie imprese, quanto quella di incidere sul corretto svolgimento del mercato; e ciò « nella consapevolezza che un sistema di mercato equilibrato e concorrenziale possa realizzarsi soltanto tutelando ed assicurando — anche incidendo sul contenuto negoziale — il sostanziale equilibrio delle posizioni dei contraenti » (11).

In questo modo, l'art. 7 del d.lgs. 231/2002 è stato adoperato, insieme all'art. 9 della l. 192/1998 sulla subfornitura e all'art. 3 della l. 129/2004 sull'affiliazione commerciale, quale supporto per l'elaborazione dottrinale del "terzo contratto" (12), ovvero sia tra imprenditore forte e imprenditore debole (B2b) e caratterizzato da una asimmetria tra le parti di carattere economico (13), a differenza di quanto accade nel "secondo contratto", in cui l'asimmetria del consumatore è di tipo informativo (14).

(11) Pandolfini, *La nullità degli accordi « gravemente iniqui » nelle transazioni commerciali* cit., 502, per il quale tale *ratio* « risponde ad una logica di tipo macroeconomico, mirando ad assicurare il corretto funzionamento e lo sviluppo ordinato del mercato, attraverso la repressione di potenziali distorsioni della concorrenza, causate dalla situazione di disparità contrattuale nella quale il soggetto creditore versi nei confronti del debitore ». Così, anche G. Fauceglia, *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *Contr.*, 2001, 313; R. Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in questa *Rivista*, 2000, 981.

(12) Per questa creatura concettuale — inizialmente teorizzata da R. Pardolesi, *Prefazione, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, a cura di G. Colangelo (Torino 2004), XII-XIV — v. G. Gitti - G. Villa, *Il terzo contratto* (Bologna 2008), passim; G. Vettori, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, *Contr. Impr.*, 2008, 751 s.; A. Gianola, *Terzo contratto, Digesto civ.*, Agg. (Torino 2009), 570 s.; E. Minervini, *Il « terzo contratto »*, *Contr.*, 2009, 493; R. Franco, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche* (Padova 2010), passim; V. Roppo, *Il contratto del duemila* (Torino 2011), 230; S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* (Torino 2012), 166 s.

(13) Sul contratto asimmetrico, cfr. V. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, *Corr. giur.*, 2009, 267 s.; ma v. già Id., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 s., e Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, *Riv. dir. priv.*, 2007, 683 s., in cui l'autore sottolinea la finalità per la quale vengono assunte le obbligazioni poiché nel contratto asimmetrico il professionista contrae esclusivamente in ordine a prestazioni relative al suo *business* (ivi, 697); A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 529 s.; S. Pagliantini, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 409 s.

(14) Dubbi sulla configurabilità di un terzo contratto in A. Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, *Jus*, 2009, 347 s.

In particolare, il consumatore vede limitato il suo potere di negoziazione da una asimmetria informativa che lo rende *price conscious but terms inconscious*; mentre la debolezza dell'imprenditore sta nel non avere alternative sul mercato, piuttosto che in una mancanza di informazioni o in una incapacità di negoziare (15).

Si è, poi, rilevato come la debolezza dell'imprenditore, al contrario di quanto accade per quella del consumatore, si manifesti sia alla nascita sia durante lo sviluppo del rapporto, essendo i contratti del consumatore, almeno in genere, contratti istantanei (di scambio), mentre quelli dell'imprenditore deboli contratti di durata (e di gestione) (16). Il contratto asimmetrico tra imprenditori disciplinerebbe, cioè, il rapporto — e, quindi, la fase esecutiva in cui si palesa l'abuso — più che l'atto; mentre il contrario avverrebbe per il contratto del consumatore.

Si è, inoltre, aggiunto che per i negozi giuridici rientranti nell'ambito del c.d. terzo contratto l'asimmetria deve essere verificata in concreto e non può, invece, presumersi come per i contratti conclusi dal consumatore.

Secondo la predetta impostazione, dunque, l'obiettivo perseguito con le direttive comunitarie sarebbe quello di assicurare il corretto funzionamento del mercato, e ciò indipendentemente dalle dimensioni, in termini economici, di coloro che, individualmente o collettivamente, esercitano un'attività economica organizzata.

Tale ricostruzione, tuttavia, non presuppone l'esistenza di un unico "mercato", dovendosi discorrere, piuttosto, di regolarità dei "mercati" e, conseguentemente, di mercato rilevante nel caso concreto; inoltre, essendovi più di un mercato, occorrerebbe interrogarsi sulla esistenza o meno di settori per i quali la normativa sui ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali non si applichi e per quali ragioni.

Nell'occuparsi della riconducibilità dei contratti di credito nell'alveo della disciplina di cui ai d.lgs. 231/2002 e 192/2012, la dottrina ha sempre ritenuto di dover attingere da detta normativa, come se in quest'ultima, e solo in essa, vi sia la chiave di lettura per tutti gli interrogativi ed i dubbi che tale disciplina pone all'interprete.

Occorre, invece, procedere con l'analisi anche economica della normativa sulle attività creditizie e, quindi, con l'individuazione del modello di mercato previsto per il credito, ossia occorre interpretare le norme competenti, tenendo conto della realtà materiale e funzionale con le stesse regolamentata.

(15) E. Navarretta, *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, Il terzo contratto cit., 319.

(16) Sulle differenze tra debolezza contrattuale dei professionisti e dei consumatori v. A. Albanese, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in questa *Rivista*, 2013, 669 s.

Solo così, a nostro avviso, si potrà comprendere se le discipline rappresentano due sistemi che, anche solo in parte, si possono sovrapporre, oppure se possono coesistere non solo tra loro ma anche con la normativa sull'usura e sul tasso legale di mora per i crediti litigiosi.

I risultati cui condurrà l'utilizzo dell'opzione metodologica proposta potranno essere diversi da quelli finora raggiunti e, in considerazione di ciò, occorre procedere proprio dalla verifica di questi ultimi.

3. Allo scopo di meglio definire la portata operativa del d.lgs. 231/2002, la letteratura ha, dunque, ritenuto di poter risolvere la questione della riconducibilità dei contratti di credito nell'ambito di applicazione della normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali esclusivamente dall'interpretazione degli artt. 1 e 2, co. 1, lett. *a*), *b*) e *c*) — nel testo attualmente vigente a seguito dell'intervento modificativo di cui al d.lgs. 192/2012 — in cui il legislatore identifica il profilo oggettivo e soggettivo della nuova disciplina.

Si è così ritenuto di poter trovare adeguata risposta dalla definizione delle nozioni di "imprenditore" e "transazione commerciale", nonché da quelle attinenti all'oggetto di quest'ultima, e cioè dal significato da attribuire ai termini "consegna di merci" e "prestazione di servizi".

In letteratura si è raggiunta pressoché uniformità di opinioni circa il significato da attribuire al termine "transazione commerciale", con il quale non si indica un determinato tipo contrattuale ma un modello ampio e generico in cui rientra qualsiasi schema di contratto, tipico o atipico, avente ad oggetto la consegna di merci o la prestazione di servizi non solo in via esclusiva ma anche in via prevalente (17); più problematica, invece, è stata la definizione del suo oggetto.

Inoltre, la dottrina, sulla riconducibilità o meno dei contratti di credito nell'ambito della disciplina sui ritardi di pagamento, ha stranamente volto la propria attenzione alla nozione di "consegna di merci", tralasciando del tutto quella di "prestazione di servizi".

E così, mentre alcuni ritengono che i contratti di finanziamento possano configurarsi come transazione commerciale, « in quanto il denaro, oggetto del finanziamento, sembra assimilabile ad una merce,

(17) Cfr., per tutti, S. Bolognini, *Artt. 1-2, La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali cit.*, 473-474, secondo cui sono soggetti alla disciplina di cui al d. lgs. 231/2002 anche i contratti c.d. misti, per i quali la "prevalenza" all'interno del regolamento negoziale deve essere intesa in senso funzionale più che economico.

e il corrispettivo del prezzo è rappresentato dagli interessi » (18), altri, dal mero tenore letterale del dettato normativo, si sono espressi per l'esclusione dall'ambito applicativo della disciplina *de qua* di tutti i contratti gestori e di locazione (19), di affitto, di finanziamento (20) e di garanzia, prospettando per quelli di locazione finanziaria una distinzione tra *leasing* di godimento, assimilabile alla locazione e, per tale ragione, sottratto al regime giuridico in questione, e quello traslativo che, invece, vi rientrerebbe.

Quest'ultimo modello negoziale, infatti, andrebbe equiparato alla vendita in quanto i canoni corrisposti dall'utilizzatore rappresentano, in realtà, almeno in parte, il corrispettivo pagato al concedente per il trasferimento del bene (21).

Sebbene risulti difficile da approvare il metodo seguito dalla letteratura, che appare eccessivamente incentrato sulla definizione dei termini della fattispecie, si deve, tuttavia, condividere il lavoro svolto da alcuni autori che, nel tentativo di delineare con maggiore precisione i concetti di "consegna di merci" e "prestazione di servizi", hanno interpretato tali termini alla luce del diritto comunitario.

E così, conformemente ai criteri adottati dalla Corte di giustizia nelle occasioni in cui ha individuato i beni ai quali applicare gli artt. 23 e ss. del Trattato dell'Unione europea (ora, art. 28 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) sulla libera circolazione delle merci — secondo cui con il termine "merci", oggetto della prestazione di consegna, « si devono intendere i prodotti pecuniariamente valuta-

(18) Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* cit., 31, che ha in verità modificato opinione rispetto a quella manifestata nel precedente lavoro monografico di commento al d.lgs. 231/2002 (*La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* cit., 19-20), in cui si era espresso per l'esclusione dall'ambito applicativo del decreto dei pagamenti effettuati in forza di contratti di credito ovvero aventi, più in generale, scopo di finanziamento. Ritiene che i contratti di finanziamento possano qualificarsi come transazione commerciale anche Russo, *Le transazioni commerciali*. cit., 405.

(19) In quanto con il termine "consegna", il legislatore si riferirebbe esclusivamente, per la definizione della nozione di "transazione commerciale", a quei contratti con i quali viene trasferita la proprietà della merce e non solo la disponibilità materiale della stessa: 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*, *Studium Iuris*, 2003, 4, nt. 13; De Nova - De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali* cit., 6; A. Frignani - O. Cagnasso, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *Contr.*, 2003, 311.

(20) L. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in questa *Rivista*, 2001, 74; Mengozzi, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* cit., 44; V. Pandolfini, sebbene nel suo primo lavoro monografico sull'argomento, per il quale v. nt. 30.

(21) G. Chinè, *I confini oggettivi e soggettivi di applicazione della disciplina sui pagamenti nelle transazioni commerciali*, *La disciplina dei pagamenti commerciali* cit., 68; Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* cit., 29, 30.

bili, come tali idonei a costituire oggetto di negozi commerciali » (22) — si è rilevato, giustamente, come il legislatore avrebbe dovuto allora discorrere, più correttamente, anziché di “merci” di “beni mobili”, termine quest’ultimo che, del resto, si rinviene nella versione inglese della prima e della seconda Direttiva, in cui si utilizza il termine “*goods*” (23).

Secondo una particolare ricostruzione, “consegna di merci” e “prestazione di servizi” sono termini che devono essere interpretati insieme all’elemento soggettivo, cioè all’attività d’impresa. Ne consegue che l’ambito di applicazione della normativa riguarderebbe qualsiasi utilità, anche il denaro, o prestazione, compreso il *non facere* (24) e, quindi, che il d.lgs. 231/2002 disciplinerebbe i ritardi nella prestazione di pagamenti derivanti anche da contratti di finanziamento, di garanzia, di locazione e di *leasing*.

Vi potrebbe essere, al più, solo una difficoltà di carattere operativo e non concettuale per detti contratti e, cioè, di ordine pratico, in quanto la normativa sui ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali sarebbe diretta esclusivamente a proteggere il creditore contraente debole.

Per tale ragione pratica, i negozi di finanziamento non rientrerebbero nell’ambito della disciplina sui ritardi di pagamento: in detti contratti, infatti, « creditore non è il soggetto *debole*, rispetto al quale possa porsi il problema di tutela contro l’appropriamento, che è alla base della nuova disciplina » (25).

(22) Corte eur. giust. 10-12-1968, C-7/68, Raccolta della Giurisprudenza della Corte, 1968, XIV-1, 570. Sul significato di « merce » nell’ambito del diritto comunitario, cfr. T. Ballarino, *Manuale breve di diritto dell’unione Europea* (Padova 2004), 242; Id., *Diritto dell’Unione Europea* (Padova 2010), 260-262.

(23) Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* cit., 31, secondo il quale non rientrerebbero, pertanto, nell’ambito della normativa sui ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali i beni immobili « tradizionalmente esclusi dalla disciplina comunitaria » (ivi, 29). Per l’autore, anche i contratti di garanzia, quali ad esempio la fideiussione, rientrerebbero nell’ambito di applicazione della normativa sui ritardi nei pagamenti. *Contra*, Conti-De Marzo, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione* cit., 111, in base al rilievo che difetterebbe nella fideiussione, pur astrattamente rientrante nell’ambito dei contratti onerosi, il requisito della reciproca interdipendenza delle prestazioni.

(24) Russo, *Le transazioni commerciali* cit., 63-73. Per l’autore, poiché « merce è termine atecnico che indica l’oggetto del contratto, e quindi il bene punto di riferimento della negoziazione » (ivi, 66), così come usata in senso non tecnico dal legislatore è l’espressione “prestazione di servizi”, concernente « tutte le prestazioni di *fare* (e, quindi, anche di *non fare*) che trovano il loro corrispettivo in un *pagamento* », il loro significato, e quindi l’oggetto delle transazioni commerciali, può essere identificato « solo ricorrendo alla *ratio* della normativa al microsistema costituito dalla legge », in cui l’« elemento caratterizzante dell’oggetto delle transazioni commerciali va ritenuto piuttosto il suo inerire ad una attività imprenditoriale, che il tipo di prestazione dedotto nel contratto » (67).

(25) Russo, *Le transazioni commerciali* cit., 405.

In particolare, tutte le forme di *leasing* potrebbero astrattamente costituire transazione commerciale, ricorrendone naturalmente i presupposti di carattere soggettivo previsti dal d.lgs. 231/2002 (26), anche se, secondo una certa impostazione, la configurabilità teorica di un così ampio ambito di applicazione si scontrerebbe in concreto, con la difficoltà pratica che « nel *leasing* la posizione di creditore è assunta dal soggetto *forte* che detta i termini di pagamento, e rispetto al quale non si pone il problema di tutela dell'approfittamento » (27). In realtà, a ben vedere, non si tratta di mera difficoltà pratica, bensì della questione interpretativa se la disciplina sui ritardi si applichi a creditori 'forti' (28).

Anche il termine "servizi" deve essere interpretato alla luce del diritto comunitario, in particolare dell'art. 50 della Trattato dell'Unione Europea, che qualifica "servizi" le *prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone*.

Rientrerebbero, dunque, in tale nozione le attività di carattere commerciale ed industriale, artigiane e quelle esercitate dai liberi professionisti, essendo "prestazione di servizi" « una definizione di carattere residuale, essenzialmente residuale », comprendendo in tale concetto ciò che non rientra in quello di merci e di capitali (29).

La letteratura non si è interrogata, però, se nell'ambito di tale nozione si possano far rientrare anche i contratti di credito.

Ebbene, secondo la Corte di giustizia delle Comunità europee (30), l'attività di concessione di crediti è, in teoria, riconducibile

(26) Secondo questa impostazione, la normativa sui ritardi nei pagamenti non riguarderebbe, quindi, esclusivamente il *leasing* c.d. traslativo ma anche quello c.d. di godimento.

(27) Russo, *Le transazioni commerciali* cit., 406.

(28) Sulla debolezza contrattuale come presupposto implicito per l'applicazione della disciplina contro i ritardi nei pagamenti, v. A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità* (Milano 2008), 147 s.

(29) Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* cit., 30, nt. 51, secondo il quale rientrerebbero nell'ambito della nozione di "prestazione di servizi", alla luce della norma del Trattato sopra richiamata, tutte le prestazioni aventi ad oggetto un *facere*, naturalmente suscettibile di valutazione economica e rese al di fuori di un rapporto di lavoro subordinato, quali, ad esempio, quelle scaturenti da un contratto di appalto, di mandato, di mediazione e d'opera professionale. Su tale nozione in ambito comunitario, cfr. G. Tesauro, *Diritto comunitario*⁴ (Padova 2005), 544 s.

(30) Cfr. Corte eur. giust. 3-10-2006, C-452/04, *Fidium Finanz AG* contro *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Raccolta della Giurisprudenza della Corte, 2006, I, 9521 s., in cui la Corte ha stabilito che « un regime nazionale in forza del quale uno Stato membro assoggetta ad autorizzazione preliminare l'esercizio dell'attività di concessione di crediti a titolo professionale, sul suo territorio, da parte di una società con sede in uno Stato terzo, in forza del quale una tale autorizzazione deve essere negata, in particolare, quando la detta società non ha la sua amministrazione princi-

sia alla libera circolazione dei capitali di cui all'art. 56 del Trattato istitutivo della Comunità europea (libertà attualmente disciplinata dall'art. 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, introdotto dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007), sia alla libera prestazione di servizi disciplinata dall'art. 49 TCE (ora art. 56 TFUE).

Stabilire a quale dei due principi vada ricondotta l'attività finanziaria non è irrilevante, in quanto i principi di libera circolazione delle merci e libera prestazione dei servizi riguardano situazioni tra loro diverse: l'ultimo, in particolare, contrariamente al principio di libera circolazione dei capitali, è destinato esclusivamente a favore dei cittadini degli Stati membri.

Secondo i giudici della Corte di giustizia, dalla formulazione degli artt. 49 TCE e 56 TCE, dalla loro collocazione in due diversi capi del titolo III del Trattato, e dall'art. 51, n. 2, TCE (ora art. 58, n. 2, TFUE), che distingue i servizi delle banche e delle assicurazioni, che sono "collegati" ai movimenti di capitale, dalla libera circolazione di capitali, si evince che « tali disposizioni sono destinate a disciplinare situazioni diverse e che hanno ciascuna un ambito di applicazione diverso » (punto 28).

In particolare, come rilevano i giudici comunitari al punto 39 della richiamata sentenza 3-10-2002, causa C-452/04, secondo giurisprudenza costante (31), l'attività di concessione di crediti è da intendersi quale servizio ai sensi dell'articolo 49 TCE (ora art. 56 TFUE).

Diversamente, quindi, da quanto sostenuto dalla dottrina che ritiene applicabile la disciplina sui ritardi nei pagamenti commerciali anche ai contratti di finanziamento, l'attività creditizia sarebbe sì riconducibile a detta normativa, almeno in astratto, e ciò non perché il denaro sarebbe assimilabile alla "merce", ma in quanto attività che configura "prestazione di servizi".

Sebbene l'argomento non sia dirimente, non fosse altro per le peculiarità della disciplina sull'Iva, introdotta con d.p.r. 26-10-1972 n.

pale o una succursale su tale territorio, pregiudica in modo preponderante la libera prestazione dei servizi ai sensi degli artt. 49 e seguenti. Una società con sede in uno Stato terzo non è legittimata a valersi di tali disposizioni ». La controversia, sorta di fronte alla giurisdizione tedesca, ha visto contrapposti l'Ufficio federale di controllo dei servizi finanziari della Germania (la *Bundesanstalt*) e una società svizzera (la *Fidium Finanz AG*) che, non avendo sede sul territorio tedesco — così come, invece, richiesto dalla normativa tedesca per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio di attività finanziarie — concedeva crediti ad imprese e/o a persone con sede o residenza abituale in Germania. Secondo il giudice comunitario, gli ostacoli imposti dalla legge tedesca alla libera prestazione dei servizi si giustificano nella finalità per cui la stessa normativa è stata adottata, e cioè nello « scopo di controllare la prestazione di tali servizi e di autorizzare quest'ultima soltanto ad imprese che garantiscano l'esecuzione regolare delle operazioni ».

(31) In tal senso, Corte eur. giust. 14-11-1995, C-484/93, *Svensson e Gustavsson*, Raccolta della Giurisprudenza della Corte, I, 3955, punto 11, e Corte eur. giust. 9-7-1997, C-222/95, *Parodi*, Raccolta della Giurisprudenza della Corte, I, 3899, punto 17.

633, occorre segnalare come anche per la detta normativa l'attività creditizia rientri nell'ambito delle prestazioni di servizi, di cui all'art. 3 del decreto.

In particolare, secondo l'Amministrazione finanziaria (32), la nozione di "prestazione di servizio" ha carattere residuale, in quanto per essere rilevante ai fini dell'Iva « non è necessario che la » prestazione « sia posta in essere in dipendenza di un contratto di appalto o d'opera o comunque di un contratto espressamente disciplinato dal codice civile, ma è sufficiente che sia eseguita anche in ottemperanza di "una obbligazione di fare, di non fare e di permettere qualunque ne sia la fonte", come prevede esplicitamente l'art. 3, primo comma, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni ».

La rilevanza ai fini Iva non riguarda il mero trasferimento di denaro, che è un'operazione fuori campo Iva, ai sensi dell'art. 2, co. 3, lett. a), d.p.r. 633/1972, ma il relativo corrispettivo e, cioè, per i prestiti, gli interessi applicati, anche se in regime di esenzione *ex art.* 10, n. 1), d.p.r. 633/1972.

È riconducibile nell'ambito delle prestazioni di servizi, di cui all'art. 3, co. 2, n. 1), del d.p.r. 633/1972, il contratto di *leasing* (33), definito « schema contrattuale "atipico" che presenta molteplici varianti in grado di caratterizzarlo, la cui causa giuridica è individuabile nell'interazione tra differenti schemi contrattuali (ad esempio, funzione di scambio o di fornitura e di finanziamento) » (34).

Anche i giudici della Corte di giustizia dell'Unione Europea (35) hanno affermato che il *leasing* di autoveicoli deve essere qualificato, in linea di principio, come prestazione di servizi, ai sensi dell'art. 24, par. 1, della dir. 112/2006.

4. La determinazione convenzionale del saggio degli interessi moratori in misura superiore o pari al saggio legale di mora di cui alla disciplina sui pagamenti commerciali implica la verifica della compatibilità o meno di quest'ultima con la normativa antiusura.

Secondo una prima impostazione, tra le due discipline non vi sarebbe incompatibilità in quanto la normativa sui ritardi nei pagamenti riguarda esclusivamente interessi legali mentre quella sull'usura concerne interessi « promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo », cioè interessi convenzionali.

Il diverso ambito di applicazione risulterebbe dal dato testuale delle due normative, e segnatamente da quello contenuto all'art. 1 della legge 28 febbraio 2001, n. 24, secondo cui ai fini dell'applica-

(32) Ris. min. 24-2-1982 n. 332663, Banca dati Big, Ipsoa.

(33) Cfr. ris. min. 7-4-1997 n. 57/E, Il Fisco, 1997, 4720.

(34) Agenzia delle Entrate, ris. 4-7-2008 n. 278/E, <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/nsilib/nsi/documentazione>.

(35) Cfr. Corte eur. giust. 16-2-2012, C-118/2011, in R. Portale, *IVA - Imposta su Valore Aggiunto 2015* (Milano 2015), 38.

zione della disciplina sull'usura « si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento »(36).

Inoltre, gli interessi moratori pattuiti in misura superiore al saggio legale non potrebbero essere considerati usurari, non rientrando le transazioni commerciali tra le categorie omogenee di operazioni classificate ai sensi dell'art. 2, co. 2, della l. 108/1996 sull'usura (37).

In questo modo, però, si identifica la transazione commerciale in un autonomo tipo negoziale, mentre così non è: almeno astrattamente, qualunque schema negoziale può essere qualificato transazione commerciale, « purché sia intercorso tra i soggetti qualificati indicati dalla legge, nell'esercizio della loro attività economica » (38).

Aggiungendosi la qualificazione di transazione commerciale a quella del contratto in concreto adoperato dalle parti, è a quest'ultimo che dovrà aversi riguardo ai fini della riconduzione ad una delle categorie previste dalla normativa antiusura.

Non sarebbe poi ipotizzabile una interpretazione analogica dei tassi soglia, applicandoli così al di fuori delle rispettive categorie omogenee di operazioni classificate.

Trattandosi di norma penale, non è, infatti, ammissibile il ricorso all'analogia, ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile.

Poiché ad oggi non sono mai stati rilevati i tassi effettivi globali medi per gli interessi di mora, individuando in ciò una lacuna rispetto alle intenzioni del legislatore, si è ritenuto di poter applicare la disciplina transitoria di cui all'art. 3 della l. 108/996, escludendosi così un'incompatibilità tra le diverse discipline (39).

Secondo un diverso orientamento, gli interessi moratori previsti convenzionalmente con un saggio superiore a quello legale di cui al d.lgs. 231/2002 « possono essere considerati usurari, *iusuris et de iure*,

(36) Così, A. Riccio, *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, Contr. impr., 2004, 557, per il quale « le norme sull'usura sanzionano non già interessi legali, bensì gli interessi ultralegali che le parti hanno convenuto in misura appunto superiore a quella prevista dalla l. 108 del 1996. Ne deriva che il nuovo saggio legale degli interessi moratori previsto dall'art. 5, d.lgs. n. 231 del 2002, sfugge con tutta evidenza dall'ambito di applicazione della normativa sull'usura ». Così, anche, A.G.S. - Parere del 20-9-2010, prot. 301334, Rass. Avv. Stato, 2010, 167-168.

(37) Riccio, *Gli interessi moratori* cit., 559 e 560.

(38) Russo, *Le transazioni commerciali* cit., 294, secondo cui, giustamente, « la disciplina che viene introdotta è disciplina di una obbligazione, e non disciplina del contratto ».

(39) N. Vascellari, *Interessi di mora e usura: la normativa attuale alla luce della nuova disciplina contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Studium Iuris, 2004, 166 s., spec. 174.

quando la loro misura sia superiore al tasso soglia previsto per la categoria omogenea cui appartiene il concreto contratto qualificabile come transazione commerciale » (40).

Ricorrerà, inoltre, la fattispecie di usura c.d. in concreto, di cui all'art. 644, co. 3, c.p., qualora gli interessi moratori, anche se inferiori al tasso soglia « avendo riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di danaro o di altra utilità, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica e finanziaria ».

La "sproporzione" a cui fa riferimento l'art. 644, co. 3, c.p., andrebbe valutata alla stregua delle circostanze di cui all'art. 7 del d.lgs. 231/2002.

In realtà, quest'ultima ricostruzione presuppone che il saggio legale degli interessi moratori, di cui al d.lgs. 231/2002, sia inferiore al tasso soglia antiusura, così come in effetti in questi anni è più volte accaduto.

In tale situazione, è possibile ipotizzare tre scenari: *a)* il caso in cui gli interessi moratori siano pattuiti ad un saggio inferiore al tasso legale di cui all'art. 5 del d.lgs. 231/2002, che saranno per ciò solo anche al di sotto del tasso soglia e che, ricorrendo le circostanze considerate nell'art. 7 del predetto decreto, potranno essere dichiarati inefficaci dal giudice, perché gravemente iniqui in danno del creditore, trovando così applicazione il saggio legale degli interessi moratori; *b)* il caso di interessi moratori convenzionalmente stabiliti in misura superiore al tasso legale di cui all'art. 5 della disciplina sui ritardi nei pagamenti, che siano anche previsti ad un saggio superiore alla tasso soglia calcolato per la rispettiva categoria omogenea, che saranno considerati usurari; *c)* quello, infine, di interessi moratori che, sebbene pattuiti in misura inferiore al tasso soglia, per la loro sproporzione rispetto ai tassi medi praticati per operazioni similari quando chi li ha dati o promessi si trovi in condizioni di difficoltà economica e finanziaria, risultino comunque in concreto usurari, con la conseguenza che non saranno dovuti (*ex art. 1815, co. 2, c.c.*).

Nulla è detto, però, per il caso in cui gli interessi moratori siano pattuiti in misura inferiore o uguale al tasso di mora legale che risulti essere superiore al tasso soglia.

In questa eventualità si rientrerebbe nella fattispecie di cui sopra alla lettera *a)*, e ciò appare, peraltro, difficilmente sostenibile, salvo voler ritenere, come chi implicitamente avanza la ricostruzione sopra prospettata, che qualora il tasso soglia risulti inferiore al saggio di mora legale, la disciplina di cui al d.lgs. 231/2002 non trovi applicazione per i contratti di credito, tornando, invece, ad applicarsi nei periodi cui il tasso soglia sia maggiore di quello previsto dalla legge

(40) Russo, *Le transazioni commerciali* cit., 296.

per gli interessi nei ritardi dei pagamenti relativi a transazioni commerciali.

Secondo questa prospettiva, per il creditore risulterebbe allora conveniente non pattuire alcunché in ordine al saggio di mora, al fine di giovare della disciplina legale, per lui più favorevole nel caso in cui, appunto, il tasso soglia risulti essere inferiore al tasso di mora legale.

Occorre allora verificare, per poter beneficiare del saggio legale previsto dal d.lgs. 231/2002 per gli interessi moratori — tasso che si ipotizza maggiore del tasso soglia — se nelle operazioni di credito il creditore possa effettivamente omettere ogni indicazione sulla misura degli interessi dovuti per il ritardo nell'adempimento.

Qualora ciò non gli sia consentito, più che di abrogazione della normativa antiusura per incompatibilità con la “nuova disciplina” introdotta dal d.lgs. 231/2002, come è stato prospettato, si dovrà discorrere di “disapplicazione” della “nuova normativa” tutte le volte in cui il tasso soglia sia inferiore al saggio previsto dalla legge per la mora dei pagamenti nelle transazioni commerciali. Soluzione, quest'ultima, che non può non apparire da subito come poco convincente, laddove si consideri che nelle dir. 2000/35/CE del 29 giugno 2000 e 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 non vi è alcun riferimento al rapporto tra saggio legale e tasso soglia quale condizione di efficacia della normativa.

5. Il d.l. 12-9-2014 n. 132, convertito con modificazioni dalla l. 10-11-2014 n. 162, al suo art. 17, ha modificato l'art. 1284 c.c., introducendo, al quarto comma, il nuovo tasso d'interesse legale di mora per i crediti “litigiosi” (41).

L'art. 1284 c.c., al comma 4 dispone che « se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda

(41) Sulla nuova normativa, cfr. C. Consolo, *Un d.l. processuale in bianco e nero sullo equivoco della “degiurisdizionalizzazione”*, Corr. giur., 2014, 1181-1182, per il quale si tratta di una previsione destinata a far sorgere non pochi problemi, come, ad esempio, l'applicabilità degli interessi esclusivamente per il giudizio di cognizione oppure anche nel corso del processo esecutivo; A. Finocchiaro, *Saggio interessi a tutti i rapporti credito-debito*, Guida al dir., 2014, 40, XXXV, secondo cui l'aspetto innovativo della disciplina riguarda l'applicabilità del tasso legale per gli interessi moratori « anche a obbligazioni che discendono non da “transazioni commerciali” », per le quali il tasso legale era evidentemente già applicabile, « ma da qualsiasi titolo, anche non contrattuale (responsabilità aquiliana, negozi unilaterali, successioni, obbligazioni *ex lege* ...): il giudice, ogni qualvolta è chiamato a pronunciare condanna al pagamento di una somma di denaro, deve applicare il saggio d'interesse legale moratorio » (ivi, XXXVII); S. Magra, *D.l. 132/2014: novità sugli interessi legali. Considerazioni intorno alla perimetrazione del saggio degli interessi legali in base alla normativa sulle transazioni commerciali*, Nuova proc. civ., 2014, 5, 75, per il quale l'intervento normativo può considerarsi espressione della progressiva commercializzazione del diritto civile; A. Romano-G. Fuschino, *L'aumento del saggio di interesse moratorio e i suoi effetti sul tasso di litigiosità*, Foro it., 2015, V, c. 70 ss., in cui gli autori effettuano un'analisi economica dell'art. 17 della l. 162/2014.

giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; e, al comma 5, che « la disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale » (42).

La predetta disciplina non si applica ai giudizi già in corso, ma solo ai procedimenti che verranno instaurati dal giorno 11 dicembre 2014, e cioè dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione.

La *ratio* dell'introduzione di un saggio di interesse, maggiore di quello previsto dai primi due commi dell'art. 1284 c.c., relativamente ai crediti oggetto di controversia giudiziale, è « quella di incentivare la risoluzione stragiudiziale delle controversie o, comunque, una celere definizione della lite pendente, che non deve più costituire una patologica modalità di finanziamento ad un tasso inferiore rispetto a quello praticato dagli istituti finanziari » (43).

Asimmetria valutativa delle parti in lite e incertezza dell'esito del giudizio (44), da un lato, e diversità tra esigenza di protezione del mercato e quella per cui si penalizza chi resiste in giudizio senza avere

(42) Sulla natura dispositiva dell'art. 1284, co. 4 e 5, c.c., v. F. Piraino, *I ritardi di pagamento e la novella dell'art. 1284 c.c.*, I ritardi nei pagamenti, a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini (Milano 2015), 148-149. Sulle tre diverse categorie di interessi (corrispettivi, compensativi e moratori), v. B. Inzitari, *Art. 1277-1284. Obbligazioni pecuniarie*, in Comm. Scialoja-Branca (Bologna-Roma 2011), 268 s., in cui l'autore ritiene ancora possibile una distinzione funzionale tra i cosiddetti interessi corrispettivi e moratori, sebbene l'automatismo introdotto dal codice civile del 1942 per la messa in mora del debitore pecuniario, e, quindi, della decorrenza degli interessi moratori, abbia « significativamente contribuito alla riduzione della distanza e delle differenze tra le due fattispecie »: si pensi al caso di un'obbligazione pecuniaria definita *querable* pattizientemente, per la quale alla scadenza e in assenza di una richiesta del creditore saranno dovuti interessi corrispettivi e non moratori. Da ciò l'autore rinviene « un sistema di decorrenza degli interessi che si potrebbe descrivere geometricamente come formata da cerchi concentrici, uno più ampio, rappresentato dall'art. 1282 e uno più ristretto, rappresentato dall'art. 1224. I presupposti di applicazione di quest'ultimo valgono, infatti, anche per il primo, mentre in alcuni casi i presupposti del primo non valgono per il secondo » (293-294; impostazione quest'ultima riproposta dall'autore nella recente pubblicazione della voce *Interessi*, Dig. civ., Agg., X (Torino 2016), 359-360).

(43) Parere del CSM 18-9-2014, prot. N. 46733/2014, consultabile su http://www.csm.it/PDFDinamici/141009_6.pdf, par. 3.16, in cui, tuttavia, « si riservano forti dubbi sulla reale utilità della norma a mutare la condotta delle Pubbliche Amministrazioni, troppo spesso convenute in ragione delle loro difficoltà finanziarie, le quali, verosimilmente, si accresceranno per effetto del maggior tasso di interesse ».

(44) R. Pardolesi-B. Sassani, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162), Foro it., 2015, V, c. 67, per i quali « la logica del perdente non aiuta, perché ex ante, quando cioè maturano le decisioni essenziali, le parti ignorano se saranno sul lato buono della forza o su quello della disfatta. In questo quadro, scoraggiare il giudizio

plausibili ragioni per farlo (45), dall'altro, limitano in concreto l'effettività della norma, tanto da poter prospettare il dubbio della sua incostituzionalità (46).

Secondo una certa impostazione, con la riforma dell'art. 1284 c.c., il legislatore avrebbe introdotto una disciplina con cui non si sarebbe posto il problema di un coordinamento con la disciplina antiusura, in quanto la natura risarcitoria degli interessi di mora ne giustificerebbe l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'usura (47).

Diversamente, si manifesterebbe un paradosso insolubile, « non potendo gli stessi interessi » moratori « essere oggetto di una duplice valutazione, a seconda che il legislatore abbia inteso guardare al creditore nella sua posizione “debole” », come accade con la disciplina sui ritardi nei pagamenti relativi a transazioni commerciali, « o “forte” », come si verifica con la normativa sull'usura (48).

Per tale ricostruzione, dall'analisi delle soglie vigenti al momento dell'entrata in vigore della l. 162/2014, da cui emerge che per ben quattro categorie di operazioni (49) il tasso legale di mora (50) risulta superiore al tasso soglia (51) rilevato secondo la disciplina sull'usura, si desumerebbe l'inapplicabilità della normativa antiusura agli interessi legali moratori.

Se così fosse, però, non troverebbe adeguata giustificazione la circostanza che un contratto, ad esempio, di *factoring*, con interessi moratori superiori al tasso soglia possa integrare una fattispecie usuraria; e laddove, invece, il creditore non abbia pattuito alcunché per il ritardo possa, invece, conseguire lecitamente, ai sensi dell'art. 1284, co. 4, c.c., interessi usurari in sede giudiziale (52).

opera, già in prima approssimazione, alla cieca, non manda alle parti segnali rilevanti » (c. 68).

(45) S. Pagliantini, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, Nuove leggi civ. comm., 2015, 4, 843, e in Aa.Vv., *I ritardi nei pagamenti cit.*, 76, secondo cui, « in termini di cifre rimediali, dilazioni processuali abusive ed approfittamenti gravemente iniqui in danno del creditore fornitore, non designano affatto situazioni simmetriche ».

(46) A. Proto Pisani, *Premesse generali (e una proposta)*, Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162), cit., c. 3.

(47) A. De Simone - M. L. Ienco, *Disciplina antiusura e nuovi tassi legali di mora: usura “legale”?*, Gazz. for., 6, 2014, 48.

(48) De Simone - Ienco, *Disciplina antiusura cit.*, 49.

(49) E, precisamente, per quelle del *factoring* (oltre 50.000 euro), del *leasing* immobiliare (a tasso variabile), dei mutui con garanzia ipotecaria a tasso fisso e dei mutui con garanzia ipotecaria a tasso variabile.

(50) Saggio pari al 10,15%.

(51) Tasso soglia che per le quattro categorie richiamate alla nt. 49 risulta essere, rispettivamente, pari al 9,7750%, al 9,7875%, al 10,0625% e all'8,5750%.

(52) De Simone - Ienco, *Disciplina antiusura cit.*, 48.

L'inapplicabilità agli interessi moratori della normativa antiusura troverebbe tuttavia conferma dalla possibilità per il creditore che non abbia pattuito la loro misura di agire per il risarcimento della maggior danno in virtù del disposto di cui all'art. 1224, co. 2, c.c.

Il presupposto da cui muovono gli autori che hanno avanzato siffatta ricostruzione è la possibilità che le parti, nei contratti con prestazioni corrispettive aventi ad oggetto obbligazioni pecuniarie, possano in ogni caso non stabilire alcunché in ordine al ritardo e, quindi, omettano di pattuire la misura degli interessi moratori. Prima di verificare se tale assunto sia o meno immune da possibili censure, occorre premettere che il problema del coordinamento tra discipline non riguarda le prestazioni professionali e il mercato immobiliare.

Il rispetto della libertà professionale e di mercato, infatti, inducono ad escludere che le attività svolte da liberi professionisti ovvero i contratti di locazione o compravendita di immobili possano essere ricomprese nell'ambito dell'usura c.d. presunta di cui all'art. 644, co. 1, c.p., avendo l'espressione "altra utilità" utilizzata dal legislatore con tale norma la finalità meramente strumentale di colpire quelle fattispecie di usura che si celano dietro contratti in apparenza leciti (53).

Si è, giustamente, rilevato come il sistema di repressione dell'usura c.d. oggettiva si basi « sull'assunto che, in un mercato concorrenziale, trasparente e regolamentato, i tassi medi praticati sul mercato rispondono a criteri di equilibrio e che, proprio per tale ragione, si possa rilevare lo squilibrio usurario valorizzando l'eccessivo scostamento da tali tassi medi e nei casi di superamento del c.d. tasso soglia » (54).

Con la normativa sull'usura, in altri termini, si persegue un reato che arreca pregiudizio al corretto esercizio del credito e, quindi, alla stessa economia nazionale. Da ciò, la sempre più diffusa opinione secondo cui l'interesse tutelato con la disciplina antiusura sia il corretto funzionamento del mercato finanziario e creditizio.

6. La prospettiva di carattere economico, che rappresenta lo scopo dell'intervento legislativo dell'UE, orienta l'indagine alla ricerca della corrispondenza di una certa interpretazione ad una ricostru-

(53) Per tale impostazione, secondo la quale l'usura c.d. presunta o oggettiva riguarderebbe esclusivamente il prestito di denaro o di altra cosa fungibile accompagnato dall'obbligo assunto dall'*accipiens* di restituire il *tantundem* maggiorato da interessi o vantaggi sproporzionati, cfr. G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*⁶, II (Bologna 2014), 236; S. Prosdocimi, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, Studium Juris, 1996, 775; A. Melchionda, *Le nuove fattispecie di usura*, Riv. trim. dir. econ., 1997, 511.

(54) F. Civale, *Il contenzioso bancario e finanziario* (Roma 2014), 35, 36, secondo cui « in un mercato concorrenziale, trasparente e regolamentato, sono tanto i creditori (banche e gli intermediari finanziari) quanto i debitori (prenditori dei finanziamenti), pur con pesi negoziali diversi, a determinare, con le loro scelte, i tassi medi praticati e, per tale via, i tassi soglia ».

zione proposta mediante l'analisi economica del diritto (55). E ciò nella convinzione che, sebbene la massimizzazione del benessere complessivo non sia l'unico strumento che si debba utilizzare nella interpretazione delle leggi vigenti, attività quest'ultima sempre più « orientata alle conseguenze » (56), l'efficienza del mercato, intesa quale idoneità a produrre prezzi che riflettano le informazioni disponibili, riguarda certamente anche il mercato del credito.

Nonostante tutte le debolezze ed i limiti dei fondamenti teorici dell'*Eal*, quali la separazione dei profili distributivi da quelli allocativi, la immutabilità dell'unità di misura rappresentata dal denaro, la arbitrarietà delle aggregazioni di benessere e, soprattutto, la presunta supremazia dell'efficienza rispetto all'equità, l'analisi economica del diritto « si presenta come una raffinata elaborazione a livello microeconomico e giuridico dell'ideologia neoliberale, e in questa veste offre una chiave di lettura utile alla comprensione delle recenti tendenze evolutive di parti cospicue dell'ordinamento » (57).

L'interpretazione non dovrà tener conto solo delle regole desunte dall'ordinamento in generale ma anche di quelle che, in particolare disciplinando il settore del credito, delineano un ben preciso tipo di mercato: una lettura, cioè, sia secondo diritto sia secondo l'analisi economica del diritto.

In questa prospettiva, occorre innanzitutto rilevare come, con la normativa sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali, si tenda ad assicurare che il valore tra due beni, denaro e merce o servizi, non venga alterato da una esecuzione non contestuale delle due prestazioni; si vuole, in altri termini, tutelare la corrispettività intesa non solo in chiave economica, e cioè come relazione tra due

(55) Sul movimento di pensiero che va sotto il nome di *Economic Analysis of Law* — meglio noto con l'acronimo inglese *Eal* — o di *Law and Economics*, strumento di osservazione dei fenomeni classificabili come economici che si suole indicare con la locuzione italiana « analisi economica del diritto », cfr. Aa.Vv., *Diritti, regole, mercato. Economia pubblica ed analisi economica del diritto*, a cura di M. Bernasconi e M. Marrelli (Milano 2004); R. Cooter, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I, *Fondamenti* (Bologna 2006); Aa.Vv., *Analisi economica del diritto privato*, a cura di P. G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà e F. Romani, *Analisi economica del diritto privato* (Milano 1998); F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche* (Milano 2002); M. Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, con postfazione di Pardolesi (Roma 1992); S. Shavell, *Analisi economica del diritto* (Torino 2004); A. Chiancone e D. Porrini, *Lezioni di analisi economica del diritto* (Torino 1998); G. Napolitano-M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico* (Bologna 2009); S. Shavell, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, ed. italiana a cura di Porrini (Torino 2004); R. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, ed. italiana a cura di Grill (Bologna 2006).

(56) Espressione dal titolo del celebre saggio di L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1994, 1 s.

(57) F. Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, *Ars interpretandi*, 2013, 52-53.

valori che spinge le parti all'accordo, seppure nell'ambito dell'operazione economica cui accedono, ma anche in senso normativo, come assetto contrattuale allocativo di obblighi, diritti, responsabilità, oneri e rischi.

L'equilibrio normativo, tuttavia, non è da contrapporre a quello economico, ma in funzione di una qualche sintesi che dovrebbe essere fatta dall'interprete, e cioè in funzione dell'equità del contratto, intesa quale "aderenza" del contratto al mercato (58), finalità del resto non nuova per il nostro ordinamento, in cui è già perseguita da altre regole.

Si pensi, ad esempio, all'art. 1498 c.c., secondo cui il pagamento del prezzo deve avvenire *al momento della consegna e nel luogo, dove questa si esegue*.

Con tale generale previsione, sganciata da ogni riferimento al momento del trasferimento del diritto, si « tende chiaramente a stabilire una sinergia tra il pagamento del prezzo ed il conseguimento delle utilità che la disponibilità materiale del bene è in grado di procurare. La contestualità del pagamento con la consegna è cioè disposta, non già in relazione ad entità formali (l'effetto traslativo), ma in riferimento ad entità reali (cosa e prezzo) e perciò in relazione alle utilità che nello specifico rapporto tali entità procurano » (59).

La rilevanza della relazione tra utilità che dalle cose si possono trarre, ovvero tra beni che costituiscono l'oggetto delle prestazioni corrispettive, è presente anche nella disciplina della vendita internazionale di beni mobili, in cui si prevede espressamente che l'acquirente è tenuto ad eseguire il pagamento quando il venditore pone le merci, ovvero i documenti che ne permettono la disponibilità (analogamente a quanto già prevede l'art. 1528 c.c.), *at the buyer's disposal* (60).

In assenza di un accordo circa il ritardato pagamento, ovvero in presenza di clausole gravemente inique, pena il pagamento di interessi moratori nella misura prevista dal d.lgs. 231/2002, la disciplina sui pagamenti commerciali riduce la cesura tra il momento del pagamento e quello della consegna, mercé la previsione di predefiniti termini di pagamento e cospicui interessi moratori, proprio al fine di salvaguardare l'equilibrio "economico" dello scambio mediante la possibilità per entrambe le parti di conseguire le utilità che dalle cose si possono trarre.

L'eventuale intervento del giudice, in questo ambito, mirava esclusivamente con il precedente testo a ricondurre il contratto ad

(58) R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*³, I (Torino rist. 2005), 26, secondo cui la giustizia contrattuale è, invece, l'"adeguatezza" del contratto al mercato.

(59) Bocchini, *La vendita di cose mobili* cit., 103.

(60) Art. 58, co. 1 e 2, l. 11-12-1985 n. 765, *Ratifica ed esecuzione della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci, adottata a Vienna l'11 aprile 1980*.

equità, qui intesa quale mera aderenza al fine perseguito dalle parti con la regolamentazione pattizia (61).

In questa prospettiva, dalla normativa sui pagamenti commerciali non è possibile rinvenire il segnale normativo di un atteggiamento etico del legislatore, e nella transazione commerciale lo strumento attraverso il quale realizzare una giustizia sostanziale: si vuole esclusivamente evitare che le posizioni di vantaggio acquisite da una parte, per ciò che attiene alle modalità di pagamento, non siano giustificate dall'economia e dalla logica del contratto; e, quindi, dal mercato, senza che da ciò possa desumersi una tendenza del sistema verso la moralizzazione degli scambi.

La detta funzione coercitiva e sanzionatoria, che si è accennato essere quella svolta dagli interessi moratori previsti dal d.lgs. 231/2002, non la si rinviene anche per gli interessi dovuti per il ritardo nella restituzione di una somma di denaro presa a prestito.

In realtà, l'impostazione secondo cui il debitore che non rimborsa al creditore nei termini pattuiti la rata del finanziamento, legittimamente può essere costretto al pagamento di interessi moratori ad un saggio superiore al tasso soglia, previsto per la corrispondente operazione di credito, in quanto inadempiente e pertanto non meritevole di protezione, traslascia di considerare la "finalità" economico-giuridica perseguita con i contratti di credito.

Se il prezzo del denaro — e quello, più in generale, delle cose — dipende dal bisogno che ne abbiamo (62), oltre che dal tempo in cui e per il quale ci occorre (63), e se, in considerazione del "costo" che il mercato indica come adeguato, la legge determina il valore massimo che di detto prezzo si può ricavare in un rapporto creditizio di durata, sembra alquanto bizzarro ritenere che si possa derogare a questo prezzo massimo proprio nel momento in cui il debitore, non adempiendo nei termini, dimostra di aver maggior bisogno nell'ambito del medesimo rapporto creditizio, che, nonostante il ritardo, è ancora in corso. È allora necessario il riferimento ad un valore massimo del denaro anche per il caso del ritardo, quale desumibile dal mercato del credito in un determinato momento, valore che, sebbene più alto di quello individuato per gli interessi corrispettivi, deve essere determinato periodicamente non in una percentuale fissa — come se fosse,

(61) G.B. Ferri, *L'“invisibile” presenza della causa del contratto*, in questa *Rivista.*, 2002, 897.

(62) Già nel sedicesimo secolo il celebre gesuita Ludovico Molina affermava che « il denaro, là dove è più abbondante, varrà di meno per comprare beni e confrontare cose diverse dal denaro », aggiungendo che il suo valore di scambio non è determinato dalla sua utilità, quanto piuttosto dalla scarsità: cfr. *De iustitia et de iure* (Madrid 1981), disp. 406, coll. 704-705.

(63) Poiché il potere di acquisto del denaro per essere attuale richiede la effettiva disponibilità della "cosa" moneta, il fattore tempo risulta costantemente immanente nella determinazione del denaro: v. P. Ferro-Luzzi, *Lezioni di diritto bancario*, I (Torino 2012), 264.

invece, qualificabile quale sanzione e non costo — ma in ragione di ciò che esprime il mercato, dovendo prevalere la funzione retributiva su quella sanzionatoria, e ciò analogamente a quanto avviene per l'attuale regime di determinazione degli interessi legali (64), sia pure con le dovute differenze procedurali.

Non si comprende perché, al fine di tutelare soprattutto la regolarità del settore del credito, con la disciplina dell'usura si sia posto un freno al prezzo da richiedere per soddisfare il bisogno di denaro, sanzionando la pattuizione di interessi sproporzionati rispetto a determinati parametri desumibili dal mercato, salvo ritenere poi che non vi sarebbe alcun rischio per la corretta esecuzione dei contratti nel preciso momento in cui il bisogno di denaro è più grande.

Inoltre, l'incidenza del costo da ritardo è da porre anche a carico di chi è in grado di tutelarsi contro di esso (65).

Ne consegue che nel mercato del credito il rischio dell'inadempimento deve essere addossato agli istituti di credito, che da un lato ben possono assicurarsi contro un simile rischio ovvero autoassicurarsi mediante la predisposizione di un apposito fondo e dall'altro possiedono gli strumenti necessari per verificare se concedere o meno credito attraverso la corretta valutazione del c.d. merito creditizio del richiedente.

Nelle transazioni commerciali non creditizie, invece, l'impresa creditrice non è disposta ad assicurarsi ovvero non ha la possibilità di tutelarsi contro il ritardo nei pagamenti a condizioni altrettanto economiche di quelle offerte alle banche e non è neppure in possesso, diversamente da queste ultime, almeno generalmente, delle informazioni necessarie per poter valutare adeguatamente il rischio del contrarre con le imprese con cui intende operare.

7. Per il nostro ordinamento lo svolgimento delle attività finanziarie indicate nell'art. 106 del t.u.b. costituisce attività riservata, se svolte nei confronti del pubblico (secondo i criteri di recente precisati dal Decreto MEF 53/2015 e dalla Circolare della Banca d'Italia 288/2015), a favore di intermediari finanziari, il cui oggetto sociale deve prevedere esclusivamente l'esercizio di dette attività, iscritti in un apposito elenco (Albo unico introdotto dalla riforma della regolamentazione degli intermediari finanziari di cui al d.lgs. 141/2010 che ha soppresso l'elenco generale di cui all'art. 106 t.u.b. e quello speciale di cui all'art. 107 t.u.b.) tenuto inizialmente dall'Ufficio italiano cambi e attualmente, dopo la soppressione di questo ente, dalla Banca d'Italia che esercita attività di vigilanza anche di carattere prudenziale.

(64) Sulla natura retributiva dell'interesse legale, secondo quanto stabilito dal novellato art. 1284 c.c., v. Inzitari, *Interessi cit.*, 387.

(65) Sempre attuali sull'argomento risultano le osservazioni di P. Trimarchi, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1970, 512 s.

Dal contesto normativo, si desume che l'attività finanziaria può essere esercitata da società (che possono essere definite "intermediari finanziari" veri e propri) che, svolgendo in via esclusiva nei confronti del pubblico le attività di cui all'art. 106 t.u.b., sono soggette alla specifica disciplina di cui al titolo V t.u.b.; da soggetti (società finanziarie "private") che, non rivolgendosi al pubblico, possono svolgere tale attività anche "in via prevalente" e per le quali si applica la normativa di cui all'art. 117 e ss. t.u.b.; e, anche, da qualsiasi società commerciale, se tali attività non sono svolte nei confronti del pubblico e non hanno carattere prevalente, purché previste nell'atto costitutivo dell'ente tra le attività strumentali.

In particolare, le operazioni di locazione finanziaria, che rientrano tra le "attività di finanziamento sotto qualsiasi forma" di cui all'art. 2 del d.m. del Tesoro del 6 luglio 1994, come specificato dalla predetta normativa, possono essere effettuate in qualità di concedente esclusivamente da banche, iscritte nell'Albo previsto dall'art. 13 t.u.b.; da intermediari finanziari iscritti nell'Albo unico di cui all'art. 106 t.u.b.; e da società finanziarie ammesse al mutuo riconoscimento ai sensi dell'art. 18 t.u.b.

La locazione finanziaria, in quanto ricompresa tra le attività ammesse al mutuo riconoscimento, è attività che qualsiasi banca comunitaria, dopo aver effettuato le comunicazioni richieste, può liberamente esercitare in un altro paese dell'Unione Europea in virtù della autorizzazione conseguita nello Stato d'origine.

Inoltre, trattandosi di operazione finanziaria conclusa con la clientela, la società concedente, anche se con sede in un altro paese comunitario, è tenuta all'adempimento degli obblighi di forma, pubblicità e contenuto contrattuale stabiliti dal Capo I del Titolo VI t.u.b., specificati dalla delibera del C.I.C.R. del 4 marzo 2003 e dalle istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia del 25 luglio 2003.

Al *leasing*, dunque, si applica la disciplina del codice civile e quella specifica relativa alla trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari bancari e finanziari (non bancari) di cui al Titolo VI t.u.b.

Ai sensi dell'art. 115 t.u.b., le norme contenute nel capo I del titolo VI sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti « si applicano alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari » e, quindi, anche « alle filiali italiane di banche estere ma non alle filiali estere di banche italiane » (66).

Il successivo art. 117 t.u.b., al comma 4, dispone che « i contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso

(66) M. De Poli, *La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti*, Riv. dir. civ., 1994, II, 525.

di mora » (67); e, al comma 6, che « sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati ».

Dal collegamento tra le due disposizioni, « si desume che le clausole da riportare nell'accordo sono quelle che hanno formato oggetto di pubblicità a norma dell'art. 116, oppure che, rispetto a queste, accordano al cliente un trattamento più favorevole » (68).

Poiché nulla vieta alle parti di escludere espressamente (e per iscritto) l'applicazione di (tassi e) interessi, anche se regolarmente pubblicizzati *ex art. 116 t.u.b.*, la norma sul contenuto minimo indefettibile costituisce un "onere" per gli intermediari, che qualora non si attengano alle prescrizioni in essa riportate subiranno l'applicazione dei meccanismi sostitutivi di cui al comma 7, disposizione quest'ultima che configura un'ipotesi di integrazione automatica del contratto (69).

Con l'art. 117, dunque, si è costituito un meccanismo di chiusura del sistema, avente carattere sanzionatorio, volto ad assicurare il rispetto delle regole in materia di forma, che deve essere quella scritta, pena la nullità totale del contratto, e di contenuto del regolamento negoziale, applicandosi, in difetto solo di queste ultime prescrizioni, i predetti meccanismi di integrazione.

Per i contratti aventi ad oggetto prestazione di servizi ed operazioni bancarie e, più in generale, "finanziarie", non è, pertanto, possibile « alcun rinvio extratestuale in ordine all'intero dispositivo, all'oggetto, alla configurazione causale del rapporto, mentre non vi è

(67) L'art. 117 t.u.b., che al primo comma prevede il requisito della forma scritta in ambito "bancario" (*i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti*), contiene « due diverse tipologie di prescrizioni, concettualmente distinte anche se tra loro connesse, attinenti rispettivamente a requisiti formali del contratto e al suo contenuto minimo obbligatorio »: così A. Mirone, sub *Art. 117*, Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di C. Costa (Torino 2013), 1309.

(68) A. Spina, sub *Art. 117*, Testo unico bancario. Commentario, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina e V. Santoro (Milano 2010), 976.

(69) L'art. 117 t.u.b., al co. 7 modificato dal d.lgs. 141/2010, dispone che « in caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6 » — e, cioè, nei casi di clausole contrattuali che si considerano non apposte in quanto di rinvio agli usi nella determinazione dei tassi e delle condizioni economiche praticate ovvero perché prevedono condizioni tassi più sfavorevoli per i clienti rispetto a quelli pubblicizzati — « si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto ».

motivo di negarlo nel procedimento di determinazione del « prezzo » dei servizi e/o dell'operazione » (70).

Le disposizioni in materia di pubblicità (art. 116) e di contenuto minimo obbligatorio (art. 117) dei contratti conclusi nel territorio italiano dalle banche e dagli intermediari finanziari, « presuppongono — e sono funzionali ad — un sistema di libera concorrenza nella determinazione dei prezzi e in genere dei corrispettivi del rapporto, che dovrebbero essere lasciati in linea di principio all'autonomia delle parti, e pertanto in ultimo all'offerta contrattuale delle banche » (71).

Sulla libertà di concorrenza in materia creditizia risulta di fondamentale importanza, prima ancora della seconda dir. 5-12-1989 n. 646, recepita dal nostro legislatore con d.lgs. 14-12-1992, n. 481 — in cui si è definitivamente confermata la libertà di stabilimento e prestazione di servizi per il sistema bancario — la sentenza della Corte eur. giust. 14-7-1981, Züchner (72), con la quale si è affermata la inapplicabilità alle banche delle deroghe alla disciplina *antitrust* contenute dal Trattato CE, e la conseguente nullità degli accordi interbancari sulle condizioni economiche.

Successivamente all'entrata in vigore del testo unico bancario, la materia bancaria è stata interessata da interventi normativi che hanno fortemente inciso sulla libertà di conformazione dell'offerta delle società di credito, al punto che ci si è interrogati sugli effetti di questo processo, sui rischi che ciò possa determinare sui meccanismi di mercato, e sulla sussistenza o meno per le dette limitazioni di una adeguata giustificazione.

Ad ogni modo, « l'opportunità di un sistema "forzoso" di trasparenza in ambito bancario non può essere messa seriamente in discussione », laddove si consideri che nella comunicazione del 31 gennaio 2007 la Commissione UE, a seguito di una approfondita indagine del mercato bancario, ha evidenziato la necessità di accrescere il livello di trasparenza in un mercato, come quello bancario, « caratterizzato da una compartimentazione assai atipica dei mercati nazionali, e cioè: per un verso, dalla uniformità dei prezzi e delle condizioni contrattuali rilevanti all'interno di ogni mercato nazionale; e per altro verso, dalla grande disomogeneità dei medesimi parametri nel confronto fra i vari Stati nazionali » (73).

Tra i limiti di vario genere introdotti all'autonomia delle banche, spesso frammentari e settoriali, aventi per ciò « carattere propriamente eccezionale » (74), e segnatamente tra quelli che riguardano la

(70) G. Fauceglia, *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari*, Riv. dir. comm., 1994, I, 427, 428.

(71) Mirone, sub Art. 117 cit., 1317.

(72) In *Racc.*, 1981, I, 2021.

(73) A. Mirone, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, Banca borsa e tit. cred., 2009, 298-299.

(74) Mirone, sub Art. 117 cit., 1318.

determinazione di tetti all'ammontare dei corrispettivi dovuti, rientra la l. 7-3-1996, n. 108, in materia di usura che, sebbene in teoria applicabile anche al di fuori del sistema creditizio, è ad esso principalmente indirizzata, così introducendo « una disciplina tesa al controllo dei tassi bancari ed alla razionalizzazione del sistema del credito » (75).

Dagli artt. 116 e 117 t.u.b. si desume che per l'efficienza del mercato del credito, intesa quale idoneità a produrre prezzi che oltre a riflettere le informazioni disponibili siano in grado di massimizzare il benessere complessivo, non vi sia alcun limite per gli istituti di credito che intendano applicare tassi, anche di mora, minimi, purché giustificati da una adeguata previsione in termini di rischio, essendo quella bancaria attività riservata che viene esercitata in regime di oligopolio; viceversa, il corretto svolgimento della libera concorrenza, in un settore per l'offerta ristretto a pochi soggetti autorizzati, richiede esclusivamente la previsione di tetti massimi per finalità di controllo del mercato del credito mediante parametri valutativi che consentano di ravvisare una sproporzione tra apporti patrimoniali al di sopra della quale non è lecito spingersi.

Con la normativa antiusura, che vieta (art. 2, co. 4, l. 108/1996) nei contratti di mutuo l'utilizzo di un saggio di interesse che ecceda il c.d. tasso soglia, pena la nullità della relativa clausola negoziale *ex* art. 1815, co. 2, c.c., non si vuole assicurare l'equilibrio economico tra due utilità aventi differente natura (76); si mira, invece, ad impedire che il bisogno di denaro, particolare o anche generale, perché congiunturale, costringa il debitore ad una attribuzione ritenuta eccessiva in quanto sproporzionata, in un preciso momento, per quel mercato. Tale disciplina riguarda, pertanto, anche gli interessi moratori.

8. Ai sensi dell'art. 5, co. 1, d.lgs. 231/2002 come sostituito dall'art. 1, co. 1, lett. e), d.lgs. 192/2012, gli interessi per il ritardato pagamento sono determinati nella misura degli "interessi legali di mora" se le parti, nei limiti previsti dal successivo art. 7, non li abbiano espressamente concordati.

Nei contratti di credito, però, in forza del disposto dell'art. 117, co. 4, t.u.b., le parti non possono tralasciare la determinazione del

(75) C. Brescia, Morra - U. Morera, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato, diretto da Perlingieri (Napoli 2006), 361.

(76) Diversamente da quanto, invece, accade in ambito finanziario, in cui la "corrispettività" del bene rispetto ai flussi di cassa viene valutata al momento della richiesta del prodotto e garantita per l'intera durata del rapporto: qualora, infatti, il *collateral* risultasse non adeguato, si procede ad una *margin call*, cioè ad una richiesta di reintegrazione al fine di mantenere la "corrispettività" iniziale.

saggio degli interessi di mora, pena l'applicazione del meccanismo integrativo di cui al successivo comma 7; e quindi non troverà mai applicazione il saggio legale di mora previsto per i ritardi nei pagamenti commerciali, pari al tasso di riferimento applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali maggiorato di otto punti percentuali (77).

Si potrebbe ritenere che, almeno astrattamente, la clausola sul tasso di mora che le parti del rapporto creditizio devono necessariamente concordare e indicare per iscritto possa essere considerata nulla, *ex art. 7 d.lgs. 231/2002*, in quanto gravemente iniqua in danno del creditore (78).

Tuttavia, anche a non voler considerare che per le difficoltà di carattere esegetico derivanti dalla formulazione forse troppo generica dell'art. 7, co. 2, della disciplina sui ritardi di pagamento (79), in letteratura si è ancora lontani da una soluzione condivisa, occorre rilevare come il consentire al giudice domestico un sindacato sulla misura degli interessi, anche di mora, confligga con il sistema di libera concorrenza nella determinazione dei prezzi che si è visto operare nel settore creditizio, in cui ben possono le banche e gli intermediari finanziari finanche escludere convenzionalmente, purché in forma scritta, l'applicazione di tassi, commissioni e interessi, regolarmente pubblicizzati ai sensi dell'art. 116 t.u.b. (80), ovvero concordare per iscritto condizioni più favorevoli per il cliente rispetto a quelle oggetto di pubblicità.

Escluso, quindi, che nel settore "bancario" per il creditore mutuante possa avere un qualche rilievo l'equilibrio "economico", inteso come relazione tra utilità, non vi può essere altra conclusione se non quella secondo cui la normativa sui ritardi nei pagamenti non trovi applicazione per i contratti di credito, sebbene questi ultimi possano, almeno in via di principio, essere ricondotti alla nozione di transazione commerciale.

Non vi è, dunque, la necessità di coordinare la disciplina antiusura con la normativa di cui al d.lgs. 231/2002 essendo diversa la "tipologia" di mercato che con esse s'intende regolamentare.

(77) Art. 2, lett. e) ed f), d.lgs. 231/2002.

(78) Si ricorda che, ai sensi dell'art. 7, co. 3, d.lgs. 231/2002 « si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora » senza che sia possibile fornire la prova contraria.

(79) Secondo cui « il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grande 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 ».

(80) M. De Poli, *Sub art. 117, Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria (Padova 2010), 1419.

In conclusione, la clausola adoperata dalla società di *leasing* (“TASSO DI MORA: Tasso di cui all’art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 231 del 9-10-2002”), lungi dal richiamare un saggio d’interesse previsto dalla legge per i pagamenti nelle transazioni commerciali, introduce una previsione di natura pattizia che, in quanto tale, nel caso in cui determini l’oggettivo superamento del tasso soglia, esporrà la società concedente a tutte le conseguenze previste dalla legge.

Paolo De Martinis