

L'USURA SOPRAVVENUTA TRA INVALIDITÀ ED INEFFICACIA

Di Federico Pistelli

| 35

SOMMARIO: 1. Usura sopravvenuta e discesa dei tassi: un legale ricorrente. – 2. Il lascito della decisione 77/2014, usura e buona fede. – 3. Invalidità ed inefficacia nell'esperienza applicativa: quali i margini per una loro distinzione? – 4. I rimedi civilistici nel rispetto del principio di omogeneità: una proposta risolutiva. – 5. Considerazioni di fondo nell'ottica di una tutela del prestatore.

ABSTRACT. Il presente lavoro trae spunto dal proposito di offrire una rilettura sul tema dell'usura sopravvenuta nelle diverse tipologie di rapporti di finanziamento in ambito dei contratti bancari; alla luce delle più recenti decisioni sul tema da parte della Cassazione e dell'ABF, è tornato nuovamente di grande attualità il problema della distinzione fra le categorie civilistiche della nullità e dell'inefficacia contrattuale e delle conseguenze prodotte sul piano concreto.

Dopo aver brevemente ripercorso i momenti cruciali che hanno segnato il dibattito attuale, si è cercato di incentrare una proposta risolutiva attorno ai due principi cardine più volte evocati nelle pronunce della giurisprudenza. Da un lato il principio di omogeneità, quale canone per la costruzione di un rimedio che segua le medesime regole con le quali il MEF, di concerto con Banca d'Italia, ha provveduto alla rilevazione del tasso medio e alla determinazione della soglia usuraria. Dall'altro l'esigenza di tutela del mutuatario, posta dalla stessa Corte Costituzionale a fondamento di quegli «ulteriori istituti e strumenti» previsti nella disciplina codicistica dei rapporti contrattuali.

This work originated from the specific aim to offer a new focus on the topic “usura sopravvenuta” (usury during the execution of the contract) and his own forcefulness on each different type of bank contracts. This juridical issue has become even more actual after the decisions, made by the Court of Cassation and “Arbitro bancario e finanziario” (arbitration in banking and finance), especially about the differences between the invalidity and ineffectiveness in Civil Law and the consequences of this distinction.

A possible solution, based on the two most important principles, is suggested after a brief recall of the debate's main point. First of all, the principle of homogeneity as a model to build an equal remedy, that follows the criteria made by the MEF (ministry of economy and finance) and Banca d'Italia (central Bank of Italy) in the interest rate threshold's survey. Then, the necessity of a particular protection of the customer, that has been remarked even by the Italian Corte Costituzionale (constitutional court) as a requirement among «the other remedies» in Contract Law.



1. Usura sopravvenuta e discesa dei tassi: un legame ricorrente.

| 36

La costante presenza, all'interno delle aule dei Tribunali, delle tematiche inerenti l'usurarietà dei tassi e la grande attualità del dibattito che vi fa da sfondo, forniscono una valida spiegazione dell'elevato numero di apporti di cui la dottrina si è resa protagonista negli ultimi anni, nel tentativo di fornire un'adeguata risposta al problema. Un dato, su tutti, sorregge il peso di questa affermazione: la più recente edizione della "Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario"¹ riporta il vertiginoso aumento dei ricorsi in materia di usura², dai soli 37 presentati nel 2011, fino agli 846 del 2014, con una evidente impennata (+525,9%) nel passaggio fra 2012 (58) e 2013 (363), difficilmente non attribuibile al *revirement* che la Cassazione ha portato avanti nei primi mesi di quell'anno³. L'elemento che ha contraddistinto il lungo e travagliato percorso della disciplina antiusura è stato la ricerca di un difficile equilibrio fra le diverse esigenze che vi sono alla base, mediante un confronto continuo fra le interpretazioni fornite dai soggetti preposti alla sua applicazione. Il presente apporto trae spunto dall'analisi critica di un nutrito gruppo di pronunce⁴ che hanno fatto proprio l'indirizzo, in precedenza sostenuto dal Collegio di Coordinamento⁵, sull'annosa questione relativa alla

rilevanza dell'usura sopravvenuta e dei rimedi predisposti in contrasto a essa.

La problematica è ben nota agli operatori del settore, tanto da non richiedere un eccessivo dilungarsi sulle ragioni del suo insorgere; dopo le tribolate vicende vissute negli anni immediatamente seguenti l'introduzione della Lg.108/1996, l'intervento del Decreto Legge 392/2000 (convertito nella Lg.24/2001, di interpretazione autentica della disciplina sull'usura), non estraneo alle "pressioni"⁶ esercitate dagli esponenti del ceto bancario⁷, sembrava aver posto la parola "fine" sulle questioni attinenti al momento rilevante per la valutazione sull'usurarietà del rapporto: il «momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento»⁸. Tale presa di posizione viene inoltre avvalorata da una pronuncia della Corte Costituzionale (n.29 del 25 febbraio 2002), la quale garantisce la legittimità dell'intervento normativo di chiarificazione⁹, sulla base dell'«obiettivo dubbio ermeneutico sul significato delle espressioni "si fa dare [...] interessi [...] usurari" e "facendo dare [...] un compenso usurario" di cui all'art. 644 cod. pen., in rapporto al tenore dell'art. 1815, secondo comma, cod. civ. ("se sono convenuti interessi usurari") ed agli effetti correlativi sul rapporto di mutuo»; pertanto, la Consulta certifica la piena compatibilità della soluzione con il tenore e la *ratio* della suddetta legge, ma anche con il generale principio di

¹ Il documento è facilmente reperibile all'interno della Web Page dell'Arbitro Bancario e Finanziario (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/>); nella sezione "Pubblicazioni" sono, inoltre, presenti le "Relazioni" sull'attività compiuta negli ultimi cinque anni, con relative descrizioni delle soluzioni in diritto per ciascun argomento trattato.

² I dati relativi al numero dei ricorsi sono presentati a pag. 54 della Relazione annuale dell'anno 2014 (<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/pubblicazioni/relazioni/relazione-2014.pdf>).

³ Il riferimento va alle pronunce: Cass. Civ., sez.I, n.350, 9 gennaio 2013, con nota DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.5, 2013, pag. 501; Cass. Civ., sez.I, n.602-603, 11 gennaio 2013, con nota VALERIO, *Zero limiti alla negoziabilità degli interessi nei rapporti anteriori alla legge antiusura*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.0, 2013, pag. 39.

⁴ Fra le più recenti sul tema, possono essere annoverate: Decisione n.8074, 21 ottobre 2015, Collegio di Napoli; Decisione n.6903, 10 settembre 2015, Collegio di Napoli; Decisione 6185, 26 agosto 2015, Collegio di Napoli. L'orientamento opposto è stato, invece, sostenuto con la Decisione 4767, 11 giugno 2015, Collegio di Milano, la quale ha escluso la rilevanza della problematica di usurarietà sopravvenuta nelle ipotesi di finanziamenti con piani di ammortamento prestabiliti (nella fattispecie, un contratto di finanziamento con cessione del quinto).

⁵ Si veda, Decisione n.77, 10 gennaio 2014, Collegio di Coordinamento.

⁶ Il Decreto Legge riporta, infatti, fra le sue premesse: «Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di tassi d'interesse usurari, anche in considerazione degli effetti che la sentenza della Corte di Cassazione n. 14899/2000 può determinare in ordine alla stabilità del sistema creditizio nazionale».

⁷ In SERRAO D'AQUINO, *Interessi moratori ed usura*, in *Rivista di Diritto Bancario*, estratto dal n.11/2014, viene riportato uno scambio di missive fra il Ministero del Tesoro e l'allora Governatore della Banca d'Italia, all'interno delle quali quest'ultimo sottolineava il "peso economico" che gli istituti avrebbero dovuto sostenere a causa delle pronunce della Suprema Corte (N.1126/2000; N.5286/2000; N.14899/2000) che avevano ammesso l'applicabilità dei limiti alla pattuizione di interessi anche ai rapporti sorti anteriormente alla Lg.108. Il costo di tale interpretazione era stato quantificato in 15.000 miliardi di lire (nell'ipotesi di sostituzione con il TSU) o di 50.000 miliardi di lire (nell'ipotesi di applicabilità dell'art.1815, comma 2 c.c.).

⁸ Art. 1 comma 1 D.Lg. 394/2000.

⁹ Sostiene la Corte, in conformità ad un suo consolidato indirizzo giurisprudenziale, che il legislatore sia libero di precisare il significato da attribuirsi ad una precedente disposizione, non esclusivamente nelle ipotesi di dato normativo oscuro, ma in tutti i casi in cui tali interpretazioni non contrastino con principi costituzionali o con il generale principio di ragionevolezza. Per approfondimenti, si veda RIVERA, *La legge di interpretazione autentica tra Costituzione e Cedu*, I Tomo, a cura del Servizio Studi della Corte Costituzionale (Risorsa Online), 2014.

ragionevolezza. Il Decreto contiene comunque alcune misure speciali¹⁰, frutto della necessità di mediare fra le esigenze generali del mercato del credito e la tutela di coloro che avevano avuto accesso a finanziamenti ad un tasso che, in relazione ad un'eccezionale e strutturale discesa avvenuta nel biennio 1998-1999¹¹, li aveva posti fuori mercato rispetto a quelli di nuova stipulazione. Al di fuori di questa specifica previsione, la regola generale rimane quella dell'inapplicabilità della disciplina dell'Art.1815 comma 2 c.c. e dell'Art.644 c.p., per i rapporti il cui tasso abbia superato il limite di soglia soltanto nel corso di svolgimento del rapporto.

I dieci anni successivi saranno contraddistinti da un periodo di apparente "quiete", in attesa della "tempesta" che verrà scatenata dalle celebri pronunce della Corte di Cassazione¹²; nell'arco di soli tre giorni, la Suprema Corte opererà un completo stravolgimento dell'indirizzo precedentemente consolidatosi in materia, reintroducendo la fattispecie di usura sopravvenuta «quasi senza accorgersene»¹³, con delle affermazioni di principio che appaiono quantomeno «inappaganti sul piano della completezza motivazionale»¹⁴. Nell'impianto argomentativo delle decisioni, il superamento del tasso soglia nel corso di esecuzione del rapporto non solo è rilevante pure in presenza di pattuizioni originariamente lecite, ma dà altresì luogo all'applicazione del rimedio della nullità parziale¹⁵

della clausola (Art.1419 c.c.) mediante sostituzione, per ciascun periodo nel quale sia avvenuto lo sfioramento, con il TSU del relativo trimestre¹⁶ (Art.1339 c.c.). Fa da sfondo a questa netta presa di posizione da parte della Suprema Corte uno scenario che ha conosciuto, nell'arco degli ultimi anni, una «drastica e duratura diminuzione dei tassi di interesse»¹⁷, dovuta al periodo di congiuntura economica di fine anni 2000 che, al pari dell'esperienza che aveva già interessato i finanziamenti a tasso fisso stipulati nel periodo precedente al biennio 1998-1999, rende nuovamente «fuori mercato» talune categorie di rapporti¹⁸. L'attenzione torna dunque a concentrarsi su di un problema solo momentaneamente accantonato, stante l'incompletezza delle risposte che erano state fornite qualche anno prima, per assumere stavolta un connotato di più ampio respiro. Dove infatti in precedenza si era preferito intervenire con un provvedimento *ad hoc*, assumendo una posizione relativa esclusivamente ad un numero ristretto di rapporti¹⁹, il *revirement* operato dalla Cassazione pone una regola capace di estendere la rilevanza della fattispecie dell'usurarietà sopravvenuta a qualunque contratto di finanziamento il cui tasso abbia superato, nel corso dell'esecuzione, il limite di soglia usuraria. Una diretta conseguenza di questa nuova lettura è che l'estensione del momento di rilevanza del confronto oltre la mera fase genetica del rapporto²⁰, unitamente alla stabile

parti, un perturbamento più o meno grave del programma predisposto dall'autonomia privata».

¹⁶ Con riferimento a contratti affetti da questo tipo di patologia non si discute circa la sussistenza di un interesse alla conservazione del rapporto, pur se minato nella sua complessiva integrità. I più recenti apporti della giurisprudenza sul tema (Cass., 21 maggio 2007, n. 11673; in senso conforme anche Cass., 21 aprile 2009, n.9475) sottolineano il rilievo del criterio oggettivo nel giudizio di essenzialità, ossia la «perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti».

¹⁷ Nelle parole di PASSAGNOLI, *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Persona e Mercato* (Risorsa Online), IV, 2015, pag. 103.

¹⁸ Anche in questa circostanza, il confronto con i dati concreti può essere utile a comprendere l'esatta dimensione del fenomeno. Prendendo a riferimento la categoria dei «Mutui ipotecari a tasso fisso» (la cui rilevazione è stata separata, dal 1 gennaio 2004, da quella effettuata per i rapporti con tasso variabile), nel IV trimestre del 2008 si registra un tasso medio del 6,3% (TSU 9,4%), con una decrescita di quasi un punto percentuale nei primi due trimestri del successivo anno (I trimestre 2009 – TEGM 5,3%, TSU 8,08; II trimestre 2009 – TEGM 4,4%, TSU 6,6).

¹⁹ Si veda Nota N.10.

²⁰ Con una efficace espressione, DOLMETTA (*La Cassazione n.602/2013 e l'usurarietà sopravvenuta*, in *IlCaso.it*, gennaio 2013, Risorsa Online) sostiene che la limitazione della rilevanza del superamento della soglia al solo momento genetico del rapporto, equivarrebbe a «preoccuparsi di un graffio, trascurando l'infezione». Se da un lato la dottrina è

¹⁰ L'Art.1 comma 2-3 prevede un obbligo di rinegoziazione in capo agli istituti bancari, per una serie di rapporti di finanziamento non agevolato, aventi la forma di mutuo a tasso fisso stipulati precedentemente al biennio nel quale si è verificata la vertiginosa discesa dei tassi.

¹¹ Prendendo ad esempio come riferimento la categoria dei «Mutui a tasso fisso e variabile», riportata nelle serie storiche dell'andamento del TEGM, se nel II Trimestre 1997 il tasso medio si assesta sul 10,6%, già nel II Trimestre del 1998 scende fino all' 8,29%, con il picco di minima nel IV Trimestre del 1999 ad un tasso del 4,9%. I dati sulle serie storiche possono essere reperiti all'interno della pagina web ufficiale della Banca d'Italia, <https://www.bancaditalia.it>.

¹² Si veda la Nota N.3.

¹³ L'espressione è impiegata da MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, fasc. 4, 2014, pag. 438.

¹⁴ Queste le parole adottate dalla decisione n.1796 del 3 aprile 2013 (ABF Collegio di Napoli), in merito alla soluzione della Cassazione sul problema dell'usurarietà sopravvenuta dei tassi.

¹⁵ In riferimento a questa figura rimediale, si veda DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, nella collana Nuova Enciclopedia diretta da Paolo Cendon, pag. 710. L'Autore sottolinea come la nullità parziale significa che «un "elemento" o un "punto" o un "aspetto" della struttura contrattuale [...] risulta viziato». Dal punto di vista degli interessi sottesi al rapporto «alla nullità parziale corrisponde un incompleto e difettoso realizzarsi dell'operazione economica perseguita dalle



discesa dei tassi medi sul mercato, sono stati causa di una rimessa in discussione di una moltitudine di rapporti; questi, in parte per la variabilità delle condizioni del mercato, in altra parte per le modifiche intervenute circa la rilevanza di certe componenti nel costo del finanziamento, risultano dar luogo ad un «andamento antigiusuriero per così dire “altalenante” o “pendolare”»²¹.

Le affermazioni in punto di diritto, esposte dalle sopra richiamate sentenze, potrebbero suscitare dubbi nei termini di un contrasto con il precedente intervento normativo di chiarificazione²². A leggere bene, non può sfuggire come il Decreto 394/2000 risolva la questione del momento rilevante per la verifica dell'usuraietà esclusivamente in relazione all'applicazione degli Artt.644 c.p. e 1815 comma II c.c.²³, lasciando il via libera ad ulteriori e diversi spunti interpretativi; dettaglio, non a caso, immediatamente colto dalla pronuncia della Corte Costituzionale (29/2002), la quale ha cura di sottolineare come restino

concorde nell'escludere l'applicabilità, per questa fattispecie, di una sanzione tanto grave quanto quella della totale non debenza di interessi (ai sensi dell'art.1815 c.II c.c.), allo stesso modo risulta comunque inadeguato un sistema che garantisca che il confronto avvenga esclusivamente con il tasso soglia vigente al momento di stipulazione del contratto. In tal senso si legga, MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari, tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, IV, 2014, pag. 438 e DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari: Regole*, Bologna, giugno 2013.

²¹ Cfr. SELLAROLI, *Il tasso di usura prefissato: una pericolosa illusione?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo I, 1997, pag.212. L'Autore, già a pochi mesi dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni, sottolinea la problematica derivante dal fatto che «mentre sotto la vigenza dell'originario art. 644 c.p., la natura usuraria dell'interesse, anche se priva di precisazione legislativa, era pur sempre determinabile con riferimento al momento dell'assunzione dell'obbligo della controprestazione, nella nuova struttura dell'illecito, invece, la detta qualifica è diventata rigida, siccome prefissata, ma al tempo stesso è stata resa fluttuante, in quanto influenzata dagli esiti della rilevazione trimestrale disciplinata dall'art. 2 della legge. Potremo cioè assistere al fenomeno per cui le connotazioni di illiceità e di liceità possono avvicinarsi, dando luogo a più momenti di antigiusurietà intervallati da periodi di liceità, pur essendo il fatto rapportabile ad un'unica pattuizione».

²² In tal senso si legga GHISALBERTI, *Sulla sopravvenuta violazione del tasso soglia antiusura nello svolgimento del rapporto negoziale e l'applicazione del principio della buona fede quale possibile correttivo*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, fasc. 3, 2015, pag.388, dove si afferma che, qualora si intervenisse mediante l'applicazione del rimedio della nullità parziale con automatica sostituzione della clausola, «ciò contrasterebbe con la legge 24/2001 di interpretazione autentica della disciplina antiusura, (che impone di indagare l'usura al momento della pattuizione degli interessi)».

²³ Inequivocabile in questo senso il testo dell'Art. 1 comma 1, il quale lega la nozione di interesse usurario al momento in cui esso viene promesso o comunque convenuto, esclusivamente «ai fini dell'applicazione dell'Art. 644 c.p. e dell'Art.1815 comma II, c.c.».

«evidentemente estranei all'ambito di applicazione della norma impugnata gli ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuatario, secondo la generale disciplina codicistica dei rapporti contrattuali»²⁴.

2. Il lascito della decisione 77/2014, usura e buona fede

Esiste dunque un punto di incontro verso il quale sono confluiti gli indirizzi dei diversi organi giudicanti²⁵, costituito dalla rilevanza giuridica del fenomeno dell'usuraietà sopravvenuta²⁶. L'ordinamento non può mostrarsi indifferente rispetto alle vicende che interessino il rapporto nel corso del suo svolgimento, essendo chiamato a “reagire” nei confronti dello scontrarsi degli interessi sottesi al rapporto contrattuale con elementi esterni²⁷, intervenuti in un momento

²⁴ Di conseguenza, ferma la inapplicabilità delle disposizioni degli Artt.1815 comma II c.c. e Art.644 c.p., «l'eccedenza sopravvenuta dell'interesse pattuito rispetto al tasso soglia» ben potrebbe rilevare «ad altri “fini”» (Cfr. PASSAGNOLI, *Ancora su regole e principi: l'usuraietà sopravvenuta*, in *Persona e Mercato*, IV, 2015, pag. 104). La logica di un trattamento contraddistinto da una minor carica sanzionatoria sul piano civile e della esclusione della responsabilità penale per questa fattispecie si giustifica «alla luce della diversa carica offensiva in essa riscontrabile» (Cfr. SEMERARO, *Usura originaria, usura sopravvenuta e interessi moratori*, in *Rivista di Diritto Bancario*, Estratto dal n.6/2015, pag.12).

²⁵ Il riferimento è inteso alle pronunce della Corte Costituzionale (29/2002), della Corte di Cassazione (Cfr. Cass. 2 aprile 2000, n.5286, con nota di DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, II, 2000, pag. 620 ss.; Cass. 17 novembre 2000, n.14899) e dell'ABF (Collegio di Roma, 29 febbraio 2012, n.620; Collegio di Napoli, 3 aprile 2013, n.17969). In senso contrario, si legga invece Collegio Milano, 18 ottobre 2011, n. 2183, «gli interessi, che al tempo della stipula del contratto non sono usurari, non lo possono in alcun modo diventare in un tempo successivo»; Appello Napoli, 1 ottobre 2010, pubblicata in *Diritto Fallimentare*, 2011, II, pag. 237, con nota di FASCIANO.

²⁶ In proposito, vi è chi sostiene «Così stando le cose, direi che, a questo punto, l'usura sopravvenuta può tranquillamente stimarsi come figura riconosciuta in pianta stabile dal nostro diritto vivente», Cfr. DOLMETTA, *Sugli effetti civilistici dell'usura sopravvenuta*, in *IL Caso.it* (Risorsa Online), 9 febbraio 2014, pag. 3.

²⁷ Il novero degli elementi esterni che possano inficiare l'esigibilità della prestazione dedotta in contratto, costituisce un problema di delimitazione della fattispecie di usuraietà sopravvenuta. Di sicura rilevanza, quantomeno per l'applicazione che ne è stata fatta in giurisprudenza (si veda, a titolo esemplificativo, la vicenda che ha interessato i rapporti di fideiussione *omnibus* non esauriti, privi dell'importo massimo garantito; BRIOLINI, *Fideiussioni omnibus “non esaurite” e legge sulla trasparenza bancaria*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, fasc. 1, 1996, pag. 685 ss.), la questione di diritto intertemporale del limite anche a rapporti nati precedentemente all'entrata in vigore della legge 108 ed ancora in corso di

successivo alla sua conclusione; il modo attraverso il quale si esprime questa “reazione”, costituisce l’oggetto principale del presente apporto. In un panorama normativo che non fornisce adeguate coordinate di orientamento per la risoluzione del problema, occorre porsi una serie di interrogativi, in modo tale da affrontare l’entità della questione non solo e non tanto da un punto di vista di mera dogmatica giuridica²⁸, quanto alla luce degli interessi reali che sono sottesi all’una o all’altra delle soluzioni adottate, in modo tale da realizzare quell’esigenza di equilibrio²⁹ che sembra costituire la *ratio* fondante delle disposizioni antiusura.

In questa sede è opportuno concentrarsi sulla “ricetta” fornita dall’Arbitro Bancario e Finanziario, in special modo sulle motivazioni per le quali si sia ritenuto opportuno procedere per una strada che, nelle intenzioni, avrebbe dovuto porsi come alternativa a quella percorsa poco prima dalla Corte di Cassazione. Il caso più recente sottoposto alla decisione del Collegio Sud³⁰ non si caratterizza tanto per l’originalità dei fatti dal quale trae origine (il rapporto dedotto in giudizio è un finanziamento con rimborso mediante cessione di quote dello stipendio³¹), quanto per il suo collocarsi all’interno

di un nutrito gruppo di pronunce³² che hanno progressivamente tratteggiato i contorni della soluzione fatta propria dal Collegio di Coordinamento in tema di usurarietà sopravvenuta. La tesi accolta ha attribuito rilievo alla buona fede quale rimedio avente un ruolo centrale «nella moralizzazione dei rapporti contrattuali ovvero nel dotare tali rapporti della flessibilità necessaria ad incorporare i valori etici dell’ordinamento giuridico»³³. Il ragionamento del Collegio parte, per così dire, “a monte”, dall’analisi dei limiti che la legge riconosce alla tutela dell’interesse del mutuante, per concludere in ordine alla sussistenza di un rischio di rilievo assai concreto, insito nella soluzione proposta dalla Suprema Corte: quello del prodursi di «effetti perversi»³⁴. In sostanza, l’applicazione del rimedio della nullità parziale con sostituzione automatica del tasso produce un’incidenza differente per le varie tipologie di rapporto in quanto, tendenzialmente³⁵, i finanziamenti a tasso fisso risulterebbero quelli maggiormente colpiti dalla portata sanzionatoria della norma. Ciò è da ascrivere al fatto che tali rapporti individuano il loro elemento caratterizzante (e, di conseguenza, la *ratio* per la quale i contraenti si affidano a questa tipologia negoziale) nella stabilità garantita dall’individuazione dell’esatta

esecuzione. Rientrano nella fattispecie di cui si discute all’interno del presente scritto, i superamenti avvenuti a causa della fisiologica variabilità dei tassi di mercato, quelli dovuti a modifiche normative (si pensi alla modifica dei criteri di computo del TSU operata dal “Decreto Tremonti per lo sviluppo”, D.L. 13 maggio 2011 n.70, convertito Lg. 106/2011) e regolamentari (in principal modo gli interventi di Banca d’Italia, in ordine all’introduzione di nuovi elementi nell’ambito delle rilevazioni, come nel caso delle “Istruzioni di Vigilanza” del 25 ottobre 2009, che per la prima volta includono la C.M.S nel calcolo del TEG. Maggiormente problematica, sotto questo punto di vista, appare la relazione tra usurarietà sopravvenuta ed esercizio da parte dell’istituto di credito dello *ius variandi* (si veda SCAGLIOTTI, *Ancora sul problema dell’usura sopravvenuta: il rapporto con l’esercizio dello ius variandi*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, fasc. 3, 2015, pag. 339).

²⁸ O delle “categorie concettuali” come saranno più

correttamente denominate nel prosieguo della trattazione.

²⁹ Tale esigenza non si risolve nell’ottica di un equilibrio realizzato mediante imposizione di un calmierato sul prezzo del credito (alcuni Autori sottolineano come l’effetto calmierante «non corrisponde alla *ratio* della disciplina dell’usura, che affida a parametri fondati sul libero mercato la determinazione delle soglie usuarie, evitando di ricorrere a integrazioni eteronome», Cfr. SALANITRO, *Usura e interessi moratori: Ratio Legis e disapplicazione del tasso soglia*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, fasc. VI, 2015, pag. 754.; MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi moratori tra Cassazione, ABF e Banca d’Italia*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, fasc. I, 2014, pag. 438.), quanto nella ricerca di un meccanismo di contemperamento fra certezza nella determinazione dei criteri di calcolo del tasso usurario e flessibilità nella predisposizione di rimedi adeguati.

³⁰ Collegio Sud, decisione n.7596, 28 settembre 2015.

³¹ Trattasi di rapporti che non di rado suscitano dei contenziosi nell’ambito della contrattazione bancaria; il tasso mediamente

praticato per questa tipologia di operazioni è, in media, piuttosto elevato (fino a 5000€, TEGM 12,20%, TSU 19,25 %; oltre 5000€, TEGM 10,99, TSU 17,73; i dati risultano dall’ultima rilevazione operata da Banca d’Italia, per il Trimestre dal 1 gennaio 2016 al 31 marzo 2016) rispetto ad altre categorie di credito. Ciò è dovuto prevalentemente al fatto che, nonostante si tratti di un prestito garantito (è prevista la stipulazione di una polizza assicurativa obbligatoria per i casi di morte e perdita del lavoro), gli istituti bancari godono di una maggiore flessibilità nella sua concessione, anche a soggetti che presentino una storia creditizia che non consentirebbe loro di avere accesso a categorie alternative di finanziamento. Cfr. MALVAGNA e DOLMETTA, *Vicinanza della prova e prodotti d’impresa del comparto finanziario*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, fasc. VI, 2014, pag. 659.

³² Si vedano, in proposito: Collegio Sud, 10 settembre 2015, n.6903; Collegio Sud, 26 agosto 2015, n.6185; Collegio Sud, 20 luglio 2015, n.5714; Collegio Nord, 29 maggio 2015, n.4407; Collegio Sud, 13 maggio 2015, n.3805.

³³ Nelle parole del Collegio di Coordinamento, 10 gennaio 2014, n.77.

³⁴ Nelle parole del Collegio: «Ciò implica che non pare adeguato il rimedio civilistico di cui all’art. 1419 c.c. che contempla in sostanza la eliminazione del tasso pattuito che risulti pro tempore superiore alla soglia rilevata e la sua sostituzione automatica con il tasso soglia. Simile rimedio, infatti, romperebbe la simmetria suddetta senza ragionevole giustificazione aprendo le porte al rischio di effetti perversi».

³⁵ L’uso di questo avverbio è reso necessario dalla considerazione secondo la quale anche i rapporti a tasso variabile, pur seguendo l’andamento ed il mutare del mercato, possono essere coinvolti dalle problematiche di superamento del tasso soglia, specialmente nelle ipotesi in cui sia stata pattuita una clausola *floor* molto vicina alla misura del TSU.

entità delle reciproche prestazioni, sottratta in tal modo alla naturale variabilità delle condizioni di mercato e all'influenza che potrebbe esercitare sull'esecuzione degli obblighi contrattuali³⁶. Quanto appena esposto conduce ad una rilevante conseguenza indiretta. Il cliente mutuatario sarà il solo a poter profittare dell'aumento generalizzato dei tassi; al contrario, una loro discesa non può in alcun modo giovare alla banca mutuante, perché costantemente gravata dall'incombenza della "spada di Damocle" della nullità degli interessi sopra soglia. Secondo questa ricostruzione, verrebbero alterate le prospettive di «rischio»³⁷, circoscritte ad una sola delle parti contrattuali. Pare tuttavia non pregnante il richiamo alle prospettive di rischio, dovendosi più opportunamente parlare di alterazione nella simmetria delle prospettive di beneficio: nel momento in cui viene concluso un rapporto con interesse a tasso fisso, risulta evidente che ciascuna parte debba misurarsi con l'incognita per cui la "convenienza" dell'operazione economica possa essere vanificata da una successiva diminuzione (per il mutuatario) o da un aumento (per il mutuante) generalizzato del costo dei finanziamenti. Dove si manifesta la disparità delle posizioni è, invece, sul piano dei benefici, in quanto l'aumento dei tassi praticati sul mercato renderebbe più conveniente l'operazione per il prenditore; al contempo, una loro diminuzione non risulterebbe di alcun vantaggio per l'intermediario bancario, perché la corrispondente diminuzione del TSU determinerebbe l'automatica diminuzione del tasso pattuito nel relativo periodo³⁸. Quale vantaggio

trarrebbero dunque gli istituti bancari dalla stipulazione di finanziamenti poliennali a tasso fisso? In questo modo, l'effetto indesiderato (o «perverso», per usare l'espressione impiegata dal Collegio) di portata più drastica sarebbe quello di un tendenziale disincentivo all'impiego di questa tipologia contrattuale.

È solo con riferimento a questa specifica conseguenza che può essere valutato il metodo con il quale l'ABF calibra l'applicazione di un differente rimedio: quello della buona fede. Il ruolo che la buona fede riveste attualmente nella dinamica dei rapporti contrattuali³⁹ è quello di un assoluto protagonista; l'analisi della giurisprudenza civilistica più recente mostra un crescente impiego di questa clausola generale nella veste di meccanismo in grado di garantire la permeabilità del contratto ad interessi che, pur essendo esterni ad esso, siano ugualmente idonei a determinare precise incidenze sulle sorti del rapporto⁴⁰. Non si può mancare comunque di porre l'accento sulle critiche⁴¹ riservate al diffondersi di un eccessivo impiego di tale strumento. Se però è vero quanto sopra riportato, l'adozione di questo rimedio non può che destare, quantomeno, qualche sospetto, in

pattuito sul mercato. I tassi ricominciano poi a salire, stabilizzandosi dal 2012/2013 intorno al 10%, tornando, di conseguenza, favorevoli al mutuatario. L'effetto, alla fine dei conti, è quello per cui, mentre i rischi gravano su entrambi in maniera equivalente, solo il prenditore di denaro può beneficiare della situazione di mercato a lui favorevole.

³⁹ Si legga in proposito: VETTORI, *Contratto e rimedi effettivi*, 2015, Firenze, pag. 219 ss.; CHINÈ - ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, nella collana I Manuali Superiori diretti da ALPA - GAROFOLI, 2015, Roma, pagg. 748 ss. Favorevoli, inoltre, alla teoria della buona fede come regola di condotta (non di validità), DI MAIO, *Le nullità*, vol. XXX, tomo VII, in Trattato di diritto privato, a cura di BESSONE, Torino, pag. 88 ss. La dottrina favorevole al rilievo della buona fede sul piano della validità del rapporto, ha il proprio esponente di spicco in GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e Impresa*, 1997, pag. 423.

⁴⁰ Cfr. SCALISI, *Il contratto in trasformazione: invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Messina, nella collana Università Messina - Centro Eurodip, 2011, pag. 120; l'Autore sostiene che la categoria dell'inefficacia si manifesta attraverso «l'interferenza di un interesse esterno ed incompatibile nella fase di realizzazione dell'interesse programmato», all'interno di un rapporto nel quale sia venuta meno l'originaria idoneità alla produzione di effetti, a causa dell'incidenza sopravvenuta di un diverso interesse, al quale la normativa riconosce una qualche prevalenza su quello realizzato dalle parti.

⁴¹ Cfr. PASSAGNOLI, *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Persona e Mercato*, IV, 2015, pag. 105: «Qui, come altrove, la giurisprudenza pratica asseconda la propria precomprensione [...] grazie al ricorso alla coppia *solidarietà - buona fede*, che sembra (ma non è) buona a far tutto. Anzi, la rottura di ogni argine al dilagare di quella coppia di istituti è, a mio modo di vedere, altamente sintomatica della insufficiente plausibilità di un loro così vasto impiego».

³⁶ Cfr. TATARANO, *Il mutuo bancario tra sistema e prassi*, Napoli, nella collana Quaderni della Rivista Impresa, Ambiente e Management, 2012.

³⁷ «I finanziamenti a tasso fisso sono invece quelli esposti alla possibilità di usura sopravvenuta, proprio perché sono contratti in cui il prenditore assume il rischio dei tassi decrescenti ed il prestatore assume il rischio dei tassi crescenti. È evidente che applicando il rimedio di cui all'art.1419 c.c. si frantumerebbe detto equilibrio».

³⁸ Un esempio può aiutare a chiarire il ragionamento che sta dietro a questa affermazione; ipotizziamo che il 1° luglio 2006 venga stipulato un mutuo a tasso fisso con un TEG pari al 6,70% (TSU del relativo trimestre pari al 7,95%). Nei trimestri successivi si verifica un fenomeno di complessivo aumento del tasso medio e, di conseguenza, della soglia usura (1° ottobre 2006, TSU 8,56%; 1° gennaio 2007, TSU 8,98%; 1° ottobre 2007, TSU 9,09%; 1° gennaio 2008, TSU 9,12%), tale da permettere al prenditore di denaro di beneficiare dell'immunità del suo finanziamento a questo tipo di variazioni, mantenendo un costo minore della media. Dal 1° gennaio 2009 però gli effetti della recessione investono il mercato del credito, comportando una costante diminuzione dei tassi fino al raggiungimento del picco minimo (1° gennaio 2011, TSU 6,20%); al contrario di ciò che era avvenuto per il cliente, l'intermediario bancario non può beneficiare degli effetti della diminuzione dei tassi, perché lo sfioramento della soglia impone una riduzione del costo del mutuo fino all'importo in media



termini di incoerenza con l'assetto⁴² che si è voluto creare con la legge di riforma della disciplina antiusura.

È opportuno approfondire questo punto: la normativa 108/1996 nasce con lo scopo di modificare due disposizioni specifiche (art. 644 c.p. e art. 1815 comma II c.c.) che affidavano la verifica dell'usurarietà del rapporto ad un eccessivamente ampio e, per ciò stesso, inefficace potere discrezionale del giudice, per integrarle con un meccanismo certo di individuazione delle pattuizioni illegittime che non dipendesse dalla diversa sensibilità di ciascun organo giudicante. Un nuovo rilievo dunque attribuito ad un principio quale quello della buona fede privo, per sua natura, di una fattispecie applicativa precisa, rischierebbe di costituire il tramite per un ritorno ad un indesiderato margine discrezionale nella determinazione dell'usurarietà dell'interesse. Tale meccanismo tuttavia, come sottolineato in precedenza, non coinvolge l'applicazione di quelle norme che erano state al centro della riforma antiusura, quanto degli «ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuatario, secondo la generale disciplina codicistica dei rapporti contrattuali» cui aveva fatto riferimento la Corte Costituzionale nel 2002. Fatto salvo l'impianto sanzionatorio di base per la fattispecie di usurarietà originaria, quella della buona fede oggettiva, in combinazione con l'art.2 Cost.⁴³, si configurerebbe come un rimedio che vada

a colmare la carenza della disciplina legale⁴⁴ nella risoluzione a monte del problema della sorte degli interessi divenuti ultra soglia nell'esecuzione di un contratto originariamente lecito e valido.

3. Invalidità e inefficacia nell'esperienza applicativa: quali i margini per una distinzione?

Inesigibilità dell'interesse, da un lato, nullità parziale della clausola, dall'altro. Se andiamo ad analizzare il confronto sul campo fra questi diversi orientamenti, si può notare come il centro del dibattito sembri occupato in principal modo dalle conseguenze pratiche derivanti dal riconoscimento della rilevanza della fattispecie di usura sopravvenuta⁴⁵. La dottrina sembra, al contrario, aver voluto concentrare la propria attenzione sulle problematiche attinenti alle categorie concettuali della patologia del negozio e sui suoi effetti. L'affermazione sarà presto spiegata: è corretto mettere in luce il perdurare della distinzione fra vizi che colpiscono l'atto di autonomia rendendolo difforme dal suo schema legale (minandone, in sostanza, le fondamenta della validità) e vizi che, invece, si manifestano esclusivamente «per l'esistenza *ab externo* di interessi giuridici di rango *potiore*, incompatibili con l'interesse negoziale»⁴⁶. Nel primo caso ci si deve difatti confrontare con un giudizio di conformità/difformità del contratto, inteso come atto giuridico, alle disposizioni normative che ne determinano lo schema legale; alla seconda categoria è propria, invece, una valutazione che attiene alla dimensione del rapporto e all'impossibilità del prodursi di effetti, in virtù del

⁴² Si legga in proposito: MANNA, *La nuova legge sull'usura*, Torino, 1997.

⁴³ Il rilievo di questa norma nel quadro dei poteri di intervento giudiziale sul contratto è stato sottolineato in modo determinante con la celebre ordinanza del 2 aprile 2014, n.77, Rel. Morelli, della Corte Costituzionale, sul tema della caparra confirmatoria. Nel rigettare la questione di incostituzionalità dell'art.1385 c.II c.c., per contrasto con l'Art.3 Cost., la Corte motiva la sua decisione sottolineando il potere officioso del giudice di dichiarare la nullità ex art.1418 c.c., per contrasto con l'Art.2 Cost. in combinato disposto con il principio generale di buona fede, «a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte». Critico nei confronti di questo orientamento D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *I Contratti*, X, 2014, pag.933, «Se i "principi" costituzionali (e le clausole generali) sono direttamente idonei a conformare il potere di autonomia privata, viene "relativizzata" d'un solo colpo qualsiasi regolamentazione legale dell'esercizio di tale potere, perché qualsiasi limite potrà (più o meno agevolmente) ricondursi ad un principio costituzionale (o ad una clausola generale), sicché la sua esplicita previsione da parte del legislatore non aggiungerebbe nulla che non sia già immanente nel "sistema" e, per converso, la mancata previsione espressa non impedirebbe affatto di affermare comunque l'esistenza del limite (ricavandolo da principi e clausole generali)». Concorde su questo piano è anche PARDOLESI, *Un nuovo Super-potere Giudiziario: La Buona Fede Adeguatrice e Demolitiva*, in *Il*

Foro Italiano, I, 2014, pag. 2039-2042, il quale definisce questo meccanismo un «apricatole giuridico» del contratto.

⁴⁴ In tal senso si legga: GHISALBERTI, *Sulla sopravvenuta violazione del tasso soglia antiusura nello svolgimento del rapporto negoziale e l'applicazione del principio di buona fede quale possibile correttivo*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, III, 2015, pag. 388. Per un'interpretazione della clausola di buona fede quale fonte di un obbligo di rinegoziazione legale, si legga SEMERARO, *Usura originaria, usura sopravvenuta e interessi moratori*, in *Rivista di Diritto Bancario: dottrina e giurisprudenza commentata*, Estratto dal n. 6/2015.

⁴⁵ Tanto è vero che, a livello di giurisprudenza di merito, una volta attestatisi sulla rilevanza degli sconfinamenti della soglia in corso del rapporto, molti tribunali si limitano a riconoscere un obbligo «di adeguamento» o di «riduzione» del tasso entro i limiti usurari, senza assumere una specifica posizione in ordine al rimedio cui si è fatto ricorso per giungere a tale conclusione (Cfr. Tribunale di Lanciano, 9 ottobre 2015, n.394; Tribunale di Mantova, 2 luglio 2015, n.677).

⁴⁶ La definizione è quella contenuta all'interno della decisione 12 febbraio 2008, n. 490 del Consiglio di Stato, sez. V, in materia di annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, successiva alla stipula di un contratto d'appalto.

contrasto con determinate situazioni esterne considerate dall'ordinamento come prevalenti sull'autonoma volontà delle parti⁴⁷. Come ben sottolineato da qualche Autore⁴⁸, può apparire fuorviante improntare la distinzione fra tali categorie sul concetto stesso di inefficacia, in quanto anche i vizi attinenti alla sfera dell'invalidità dell'atto producono le loro conseguenze a livello di inibizione degli effetti giuridici⁴⁹; ciò è dovuto fondamentalmente all'emergere di una concezione più moderna della categoria di nullità, «più leggera, più contenuta, meno distruttiva delle invalidità di diritto comune»⁵⁰, che ha reso più sottile la linea di demarcazione fra queste categorie. A livello di categorie concettuali, il margine per una loro più precisa separazione è ravvisabile con maggior evidenza in riferimento ai contratti di durata, dove la stipulazione dell'atto si configura come il momento valutativo per il giudizio di conformità allo schema legale, rispetto a quello successivo della dinamica degli effetti, i quali possono essere investiti dalla portata di una nuova norma imperativa senza che, per ciò stesso, venga meno la validità dell'atto originario⁵¹.

⁴⁷ Una trattazione esauriente della teoria generale sull'inefficacia e sugli effetti del contratto è contenuta in FALZEA, *Efficacia giuridica*, voce in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, 1965.

⁴⁸ Si veda, ad esempio, RUSCICA, *Il Contratto: invalidità e nullità*, in *Altalex.com* (Risorsa Online), pubblicato il 26 maggio 2008.

⁴⁹ Emblematica, sotto questo aspetto, la vicenda delle clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto. Il testo dell'art. 1341 comma 2 c.c. (in tema di requisiti del contratto per l'accordo fra le parti) recita espressamente che le clausole vessatorie «non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto»; la conseguenza è che, la clausola che rientri fra le tipologie contemplate e non sia stata oggetto di specifica approvazione, risulterà affetta da *inefficacia*, precludendo alla parte a favore della quale è disposta, di far valere i relativi diritti e obblighi. Se, però, si prende in considerazione la corrispondente norma della disciplina a tutela del consumatore (Art. 36, D.Lg. 206/2005), si legge che le clausole qualificate come vessatorie «sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto» e che «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore». Sul piano degli effetti, queste disposizioni conducono alle medesime conseguenze impedendo, con una finalità di chiaro intento protettivo nei confronti del consumatore o di chi abbia approvato un contratto per condizioni generali o redatto secondo moduli o formulari, al contraente a favore del quale sono predisposte, di far valere i diritti o gli obblighi in esse contemplati.

⁵⁰ La citazione è di GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I Contratti*, 2003, pag. 202.

⁵¹ Quello di una precisa separazione delle categorie delle patologie negoziali è un indirizzo sostenuto da autorevole e solida dottrina. Oggetto dei dibattiti e delle critiche è, sotto questo aspetto, la categoria «ibrida» della «nullità sopravvenuta», specialmente in relazione ai confini con quella dell'«inefficacia successiva». Cfr. DI MAIO, *L'invalidità del contratto*, 2002, VII volume del Trattato di Diritto Privato

Se, dunque, a livello di categorie concettuali è doveroso rimarcare la netta distinzione fra invalidità e inefficacia, sul piano pratico (e per quanto più interessa ai nostri fini) l'accoglimento dell'una o dell'altra tesi, se non con alcune dovute precisazioni, rischia di non dar luogo ad alcuna differenza di rilievo, dal momento che l'inefficacia risulta priva di una disciplina autonoma all'interno del codice e, pertanto, vede applicata quella tratta dalle regole sulla nullità⁵². Se all'applicazione di ciascuno di questi rimedi consegue sempre il medesimo risultato, quello della riduzione del tasso nei limiti della soglia del relativo periodo nel quale si sia avuto lo sfioramento, quale utilità pratica può essere ricondotta alla scelta di un percorso argomentativo, rispetto all'altro? Se il rischio derivante da una pronuncia di nullità parziale della clausola è quello del prodursi di «effetti perversi», in cosa differirebbe l'applicazione di un rimedio, quale quello della buona fede, che comunque condurrebbe l'interprete ad effetti identici?

A questo *impasse* si è giunti, a mio parere, attraverso l'apporto delle più recenti decisioni dell'ABF sul tema⁵³ le quali, pur collocandosi in scia con la linea interpretativa dettata dal Collegio di Coordinamento, hanno attribuito al rimedio di buona fede una fisionomia tale da riproporre i medesimi «effetti perversi» che avevano spinto a mettere da parte il richiamo alla nullità. Tale evidenza emerge dalle parole stesse dell'Arbitro⁵⁴: «Atteso che la successiva rideterminazione del tasso soglia non consente l'applicazione della disciplina di cui all'art.1815 c.c. [...] ne consegue, in conformità con gli orientamenti già assunti da questo Arbitro Bancario Finanziario [...] la necessità di provvedere al ricalcolo degli interessi convenzionalmente pattuiti, in modo da ricondurli *sempre* all'interno della soglia antiusura via via vigente nel corso del rapporto, non essendo comunque ammissibile che il cliente sia tenuto a versare interessi in una misura che, al momento in cui devono essere corrisposti, è comunque considerata in termini di anti giuridicità

diretto da Mario Bessone, Torino, pag. 456: «Anche la nullità, come tanti fenomeni giuridici, è collocata nel tempo. [...] Se essa infatti è vizio della fattispecie, non può che porsi tale vizio che al momento in cui la fattispecie è posta in essere. La nullità dunque è originaria e non può che essere tale. Il concetto di invalidità successiva e/o di nullità sopravvenuta sarebbe intrinsecamente contraddittorio poiché, dovendo l'invalidità essere riportata al negozio e/o al contratto, e avendo questo nel frattempo prodotto effetti, si avrebbe un negozio che è valido e invalido allo stesso tempo».

⁵² In tal senso, si legga DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999.

⁵³ Vedi Nota 32.

⁵⁴ Collegio di Napoli, 28 settembre 2015, n. 7596, Rel. Maimeri.



dall'ordinamento». Letta ed interpretata secondo la peculiare direzione che il Collegio Sud ha inteso imprimere alla pronuncia del Collegio di Coordinamento, il rimedio di buona fede applicato alle ipotesi di usurarietà sopravvenuta andrebbe ad identificarsi, nella sostanza, sia con i presupposti⁵⁵ che con le conseguenze sanzionatorie della nullità parziale con sostituzione della clausola. Un relativo margine di distinzione residuerebbe in ordine alla rilevanza d'ufficio della nullità, a meno di non attribuire alla fattispecie di usurarietà sopravvenuta i caratteri della nullità di protezione⁵⁶, categoria alla quale consegue una rilevanza limitata all'istanza di parte⁵⁷. Come però già in parte sottolineato durante la trattazione, la decisione del Collegio di Coordinamento n.77/2014 fonda il proprio impianto argomentativo sul problema concreto delle differenze fra rapporti di finanziamento e sul contestuale rischio di «effetti perversi», per adottare una posizione che escluda la totale irrilevanza degli sconfinamenti, ma che non comporti allo stesso tempo un disincentivo alla stipulazione di rapporti di finanziamento a tasso fisso. Tanto è vero che, nel sottolineare il comportamento in mala fede da parte dell'istituto bancario, il Collegio non si limita a considerare il mero fatto del superamento del tasso non accompagnato da automatica rideterminazione, ma il preciso contesto in cui «i tassi concordati erano prossimi alla soglia del tempo» senza che fosse «percepibile un incremento del rischio individuale, non essendo contestato alcun ritardo nei pagamenti del prestatore».

L'indirizzo assunto da parte del Collegio di Coordinamento non può dunque venire riduttivamente circoscritto ad un meccanismo automatico di “decurtazione” del tasso entro i limiti di soglia da applicarsi *de plano* a tutte le ipotesi di sconfinamento, mascherato dietro lo schermo della “semplificazione argomentativa” di un generico

riferimento ad un obbligo di buona fede⁵⁸. Qualora si intenda infatti risolvere la problematica dell'usurarietà sopravvenuta passando attraverso il principio della buona fede *in executis*, l'antigiuridicità della condotta derivante, giova ripeterlo, dalla mancata partecipazione della controparte al vantaggio economico conseguente dalla discesa dei tassi, non può essere dimostrata mediante un semplice confronto fra tasso pattuito e tasso soglia di singoli periodi. Ciò è vero non solo in virtù del fatto che è lo stesso Collegio di Coordinamento a riferirsi ad attributi ulteriori⁵⁹ che questa discesa dei tassi di mercato deve presentare, affinché si possa far leva sui rimedi civilistici menzionati dalla Corte Costituzionale; ma specialmente perché non è possibile stabilire, a priori, un legame diretto fra la discesa dei tassi di mercato (specialmente quella che si realizzi entro breve periodo) ed il maggior vantaggio economico realizzato dagli istituti di credito. Le stesse banche devono difatti far fronte alla necessità di procurarsi le risorse per l'esborso di finanziamenti e altre operazioni, impegnandosi nei confronti di altri soggetti (la Banca Centrale Europea, gli obbligazionisti etc.), con modalità di prestito che nella maggior parte dei casi non consentono loro di profittare della discesa dei tassi di mercato sul breve periodo⁶⁰ o che comunque andrebbero a ripianare i maggiori oneri sopportati in altri periodi di ascesa del tasso.

4. I rimedi civilistici nel rispetto del principio di omogeneità: una proposta risolutiva

⁵⁸ Particolarmente critico nei confronti di un uso scriteriato della clausola di buona fede è PASSAGNOLI, *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Persona e Mercato*, fasc. IV, 2015, pag. 103: «Per questa via non è difficile convincersi del fatto che quel rinvio alla buona fede costituisca una motivazione tanto errata quanto, in definitiva, soltanto apparente: insomma, come è stato detto niente più che una “parola magica”, incapace di fondare razionalmente la decisione.

⁵⁹ Dopo aver, infatti, sostenuto che l'applicazione del rimedio dell'art.1419 c.c. andrebbe a frantumare la simmetria fra tasso rilevato, il pattuito e il dovuto, il Collegio afferma espressamente che questa considerazione non implichi che, «in caso di marcata e duratura discesa dei tassi di mercato», il mutuatario in un rapporto stipulato a tasso fisso sia del tutto sprovvisto di tutela giuridica.

⁶⁰ Come sottolinea TICOZZI, *Usura Sopravvenuta*, in *avvocatoticozzi.it* (risorsa online), pubblicata in agosto 2015, «una banca che voglia evitare rischi eccessivi cercherà di procurarsi il denaro con tempi di restituzione analoghi a quelli che pratica ai clienti, ovviamente con un tasso inferiore il cui margine rappresenta il suo guadagno: se non facesse così si esporrebbe a maggiori rischi, che potrebbero giovarle o nuocerle».

⁵⁵ Ossia in automatico, in conseguenza del mero superamento del tasso soglia nel corso del rapporto, senza alcun tipo valutazione sull'esercizio effettivo di una condotta in mala fede da parte dell'istituto di credito.

⁵⁶ In tal senso, si veda DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giustizia Civile*, 2000, pag. pag. 465 ss.; GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze di mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Il Corriere Giuridico*, 1999, pag. 600 ss.; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, 1995, Milano, pag. 173 ss. Di contro ad una qualificazione come nullità di protezione si veda, DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008, pag. 62 ss.

⁵⁷ Conformemente al recente orientamento fatto proprio dalla Corte di Cassazione: S.U., 4 settembre 2012, n. 14828, con conferma successiva da parte delle pronunce S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243.



Non deve essere certo ignorato il rischio per cui, le argomentazioni appena esposte, possano condurre verso un'ulteriore complicazione di un fenomeno che già è causa di forti divergenze in ambito dottrinario e giurisdizionale; va difatti sempre tenuto a mente che lo scopo perseguito dalla disciplina di contrasto all'usura è quello di garantire un impianto di certezza nella determinazione del tasso usurario, coniugato alla flessibilità di una sua continua variazione in relazione al mutare delle condizioni del mercato⁶¹. Il punto di separazione con la disciplina antecedente l'intervento normativo di riforma è costituito proprio dalla - seppur non totale eliminazione - messa in secondo piano della componente di discrezionalità del giudice nel contesto dell'accertamento sulla natura usuraria dell'interesse, confinata all'interno della fattispecie "residuale" dell'«usura in concreto» prevista dal comma III dell'art. 644 c.p.⁶². La domanda che però è opportuno porsi è se, in definitiva, il ricorso al rimedio di buona fede possa costituire un valido ed efficace strumento di contrasto ad un fenomeno che, pur non godendo di specifica considerazione a livello normativo⁶³, negli ultimi anni sembra aver

canalizzato l'attenzione di gran parte degli operatori del settore. Procediamo con ordine.

In primo luogo, per quanto esposto nel corso della trattazione, sembra logico escludere un'applicazione del rimedio di buona fede quale "scorciatoia argomentativa", volta ad una rideterminazione automatica del tasso sempre entro i limiti di soglia; ciò mediante una qualificazione della condotta dell'intermediario che non abbia provveduto ad una sua riduzione come oggettivamente⁶⁴ in mala fede. Un impiego siffatto finirebbe per andare ad identificare, sul piano sanzionatorio, l'applicazione del rimedio di buona fede con quello di nullità parziale, con un risultato ben definito: il ripresentarsi proprio di quegli «effetti perversi» temuti da parte del Collegio di Coordinamento. Se si vuol far uso di questo strumento occorre fondarlo su di un impianto argomentativo forte che consenta al giudice di integrare il giudizio sul contegno dei privati attraverso il ricorso ad un principio che legittima un ampliamento - non certo una semplificazione - del contesto valutativo, in modo da tenere conto dell'assetto complessivo e di tutte le circostanze dell'affare⁶⁵; in caso contrario, si andrebbe ad indetificare effettivamente il ricorso alla coppia buona fede/principio di solidarietà come strumento «buono a far tutto»⁶⁶, potendo il giudice intervenire liberamente sulla vincolatività del contratto, a prescindere dai limiti imposti dal codice civile. Vi è una conseguenza pratica di tale doverosa precisazione. Il giudice, per poter intervenire sulle pattuizioni contrattuali mediante il ricorso a tale clausola generale, non potrà limitare i margini della sua valutazione sull'integrazione della condotta di mala fede al solo superamento del tasso soglia in singoli momenti dell'esecuzione; il giudizio dovrà altresì estendersi alla sussistenza di elementi tali⁶⁷ da confermare la sussistenza di un vantaggio economico al quale non sia stato chiamato a

⁶¹ Per l'inquadramento generale degli scopi della normativa antiusura si veda, COLAVINCENZO, *Nullità e rescissione dei contratti usurari*, Napoli, 2011; MANTOVANI, *Diritto Penale: parte speciale, i delitti contro il patrimonio*, Firenze, 2011 e MANZIONE, *L'usura: sanzioni, prevenzione e tutela delle vittime*, Milano, 2013.

⁶² Quella dell'«usura in concreto» o «usura monetaria soggettiva» costituisce una delle fattispecie di più complessa attuazione nel quadro normativo di contrasto a tale fenomeno, anche se taluni (Cfr. CARBONE - PARODI, *Il reato di usura bancaria*, nella collana *Officina del Diritto*, Bologna, maggio 2015) ritengono che il ricorso a questa figura sia destinato a prendere il sopravvento, nell'esperienza pratica, sulle altre fattispecie. La norma dell'Art.644 c.III sanziona la «percezione o dazione di interessi inferiori al tasso soglia, ma ugualmente usurari perché sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o altra utilità, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizione di difficoltà economica e finanziaria». Per l'interpretazione degli elementi che compongono tale fattispecie, si vedano le pronunce della Cassazione: Cass., 12 settembre 2014, n. 19282 e Cass., 31 agosto 2011, n. 17882.

⁶³ La fattispecie di usura sopravvenuta viene direttamente presa in considerazione all'interno delle disposizioni della legge 24/2001 solo per quanto concerne la problematica di «diritto intertemporale» (comune a gran parte dei rapporti giuridici di durata) della sottoponibilità dei rapporti conclusi precedentemente all'entrata in vigore delle disposizioni antiusura all'impianto sanzionatorio di questa. Come già sottolineato in precedenza, la portata della fattispecie di usura sopravvenuta investe anche un piano del tutto peculiare, derivante dal meccanismo di variazione trimestrale del tasso soglia e dalla possibilità che il tasso pattuito risulti legittimo solo se confrontato con il tasso soglia vigente nel momento della conclusione del contratto, ma non anche con quelli applicabili nei momenti successivi nel contesto dell'esecuzione del rapporto.

⁶⁴ Qui inteso nel senso di accertamento che non richieda la prova del maggior vantaggio economico da parte dell'istituto di credito realizzato mediante la condotta in mala fede, in quanto lo ritenga implicito nel superamento della soglia da parte del tasso pattuito.

⁶⁵ VETTORI, *Contratto e rimedi*, Firenze, 2009, nella collana *Persona e Mercato – testi per la formazione*, a cura di Giuseppe Vettori.

⁶⁶ PASSAGNOLI, *Ult. Op. Cit.*, pag. 105.

⁶⁷ L'esatta delimitazione di questa verifica non può essere oggetto di un approfondimento specifico in questo apporto; è lo stesso Collegio di Coordinamento (decisione 77/2014) però, a sottolineare come le condotte rilevanti nei termini di mala fede siano, ad esempio, quella dell'istituto bancario che abbia pattuito un tasso fisso già molto a ridosso della soglia usuraria o che abbia condizionato il rischio di un eccessivo abbassamento del tasso variabile mediante convenzione di una clausola floor particolarmente elevata.

partecipare il prenditore di denaro⁶⁸. Viene perciò da chiedersi se sia davvero una strada che valga la pena di essere percorsa.

Prima di proseguire nel ragionamento è opportuno compiere, per un momento, un passo indietro. A livello normativo, l'unica certezza sulla quale si può basare l'interprete è che l'applicazione dell'art.1815 comma II c.c. sia limitata esclusivamente al confronto del tasso del rapporto con il limite usurario al momento in cui questi siano «promessi o comunque convenuti»⁶⁹; ciò detto, la giurisprudenza ha certificato l'ammissibilità di ulteriori e diversi rimedi per far fronte alla problematica dell'eccessività dei tassi. Stando così le cose, diviene opportuno domandarsi quale sia il legame sussistente fra tali strumenti rimediali e la disciplina di determinazione del tasso usurario in quanto, se l'applicazione di queste tecniche presuppone comunque un confronto con il tasso rilevato tramite il procedimento istituito dalla legge 108⁷⁰, allora anch'essa dovrà necessariamente sottostare al principio di perfetta omogeneità⁷¹ fra i criteri di calcolo. Diviene allora d'obbligo, anche in ipotesi di applicazione di tali rimedi, il rispetto delle regole in base alle quali gli istituti di credito provvedono ad effettuare le segnalazioni affinché Banca d'Italia, in concerto con il MEF, provveda a indicare quale sia il limite del tasso usurario per le singole operazioni di credito. In una delle sue Note⁷² più recenti (certo non passata inosservata in

dottrina⁷³), Banca d'Italia introduce una distinzione che è opportuno tenere presente, in quanto definisce il meccanismo in base al quale gli istituti di credito sono tenuti alla verifica del superamento del tasso soglia: rispetto ai «rapporti ad utilizzo flessibile»⁷⁴, vengono rilevati i TEG per singolo trimestre, di conseguenza è data indicazione alle banche di condurre una verifica trimestrale⁷⁵ sul rispetto delle soglie vigenti in ciascun periodo. La seconda categoria, quella dei «finanziamenti con piano di ammortamento predefinito»⁷⁶, prevede una rilevazione fondata sui nuovi contratti stipulati nel trimestre, con la conseguenza che la verifica sul rispetto delle soglie è compiuta solo al momento della stipula del contratto, quando è stabilita la misura degli interessi. Vi è chi ha criticato la distinzione fatta propria da Banca d'Italia⁷⁷, nella misura in cui garantirebbe una «patente d'immunità» a rapporti che, più di altri (in proposito si cita il mutuo per l'acquisto della prima casa), «coinvolgono diritti dotati, nella legalità costituzionale, di rilevanza fondamentale, manifestando per sé l'esigenza di una più profonda funzionalizzazione dell'autonomia privata rispetto a tali fini». L'argomentazione pare, tuttavia, non cogliere il punto fondamentale del discorso; al di là infatti della scelta di merito, è doveroso richiamarsi nuovamente al principio di omogeneità e alla circostanza, peraltro sottolineata dalla Cassazione stessa⁷⁸, per cui la normativa di riforma non ha fornito una definizione precisa di «tasso usurario» ma ha istituito un procedimento per poterlo determinare. Tale meccanismo funziona solo se tutti gli ingranaggi sono al loro posto e operano in armonia fra loro; se invece si va a scomporlo, per cogliere solo alcuni degli elementi che ne facciano parte, non si potrà sperare in un risultato giuridicamente soddisfacente.

Tale affermazione costituisce la base per analizzare non solo il problema dell'inclusione o

⁶⁸ Il caso che ha recentemente visto protagonista la cd. fattispecie del «cumulo usurario» rende ben chiaro come la strumentalizzazione e l'estremizzazione di certe linee interpretative possa provocare effetti fortemente nocivi per il sistema. Cfr. MARCELLI, *La mora e l'usura: criteri di verifica*, in *Magistra Banca e Finanza*, www.tidona.com, pubblicato il 17 giugno 2014.

⁶⁹ Cfr. Art. 1 comma 1 lg.24/2001.

⁷⁰ È questo il caso dei due diversi rimedi presi in esame all'interno di questo apporto, la nullità parziale e l'inefficacia derivante da violazione di una regola di buona fede, entrambi i quali presuppongono un confronto del tasso pattuito con il TSU.

⁷¹ Cfr. Collegio di Coordinamento ABF, decisione n.1875, 28 marzo 2014; Collegio di Milano, decisione n.4445, 1 giugno 2015; Tribunale di Monza, sentenza 2 dicembre 2015, dott. Albanese; Tribunale Milano, decisione n.10966, 1 ottobre 2015, dott. Brat. Nel senso della preminenza assunta da questo principio nell'assetto sanzionatorio della disciplina antiusura si legga: MARCELLI, *L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità. La rilevazione statistica e la verifica dell'art. 644 c.c.: finalità accostate ma non identiche.*, in *Rivista di diritto bancario*, dirittobancario.it, 3, 2015.

⁷² Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura, nota del 3 luglio 2013. Consultabile all'indirizzo web (<http://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2013/legge-antiusura/>).

⁷³ Cfr. MALVAGNA, *A commento della comunicazione Banca d'Italia 3 luglio 2013: sull'usura sopravvenuta*, in *ILCASO.it*, pubblicata l'8 luglio 2013; su un diverso aspetto della medesima comunicazione anche DOLMETTA, *A commento della comunicazione Banca d'Italia 3 luglio 2013: usura e interessi moratori*, in *ILCASO.it*, pubblicata l'8 luglio 2013.

⁷⁴ Es. aperture di credito in conto corrente, anticipi su crediti e sconto di portafoglio commerciale, factoring, credito revolving.

⁷⁵ Tale operazione di verifica è condotta direttamente attraverso i sistemi informatici degli istituti bancari che, per queste tipologie di rapporti, prevedono un meccanismo di adeguamento nel caso in cui venga superata la soglia per il trimestre.

⁷⁶ Es. credito personale, credito finalizzato, leasing, mutui, prestiti contro cessione del quinto o della pensione.

⁷⁷ Cfr. MALVAGNA, *Ult. Op. cit.*

⁷⁸ Cass., Sez. II, 19 febbraio 2010, n. 12028.



meno degli interessi di mora nel calcolo del TEG⁷⁹, ma anche la questione dell'usura sopravvenuta, al centro del presente apporto. Facendo leva infatti sul risultato che emerge dalla rilevazione (il TSU, per intendersi) non è possibile mettere da parte l'impianto di regole che hanno concorso a formarlo e provvedere a ricostruire tale confronto secondo criteri differenti. Per uscire dalla dimensione astratta e calarci nuovamente sul piano dell'applicazione pratica, se si intende far uso di quegli «ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuuario» di cui fa menzione la Corte Costituzionale, che si tratti di nullità parziale o inefficacia della clausola per condotta in mala fede, non potrà venire impiegato il tasso soglia come riferimento, a meno di non ricostruire il confronto fra i tassi secondo le *stesse regole* che sono valse per la sua rilevazione. Se dunque nei finanziamenti con piano di ammortamento predefinito la rilevazione avviene esclusivamente con riferimento a rapporti di nuova formazione, il confronto del tasso pattuito originariamente con le soglie successivamente rilevate costituisce un'operazione tanto erronea quanto quella di chi pretendeva di confrontare il tasso comprensivo della maggiorazione a titolo di mora o della CMS con la soglia usura la quale, invece, non ne teneva conto⁸⁰.

Una tale impostazione del problema, a mio modo di vedere, avrebbe il pregio di assicurare la dovuta prevalenza del principio di omogeneità quale cardine fondamentale del meccanismo creato con la riforma antiusura, nonché di semplificare notevolmente il contesto caotico sorto con l'applicazione delle diverse tecniche rimediali, operando una distinzione che non pare certo priva di fondamento logico. Da un lato, per i rapporti «ad utilizzo flessibile» verrebbe mantenuto un controllo

sul rispetto del limite del tasso durante tutto il corso dell'evoluzione del rapporto. Diverso sarebbe, invece, il regime applicabile ai finanziamenti con «piano di ammortamento predefinito», nei confronti dei quali il controllo opererebbe esclusivamente al momento della pattuizione del contratto, in virtù della irrilevanza di una condotta, quella del mancato adeguamento del tasso pattuito alla soglia dei singoli trimestri, che non è resa obbligatoria da parte delle Istruzioni di Banca d'Italia né, d'altra parte, sembrerebbe pretensibile alla luce di come è costruito il meccanismo di rilevazione. *De iure condito*, non si può che sottolineare come il tasso soglia rilevato per questi rapporti *non rappresenti* il limite massimo *in ogni momento* del rapporto, ma esclusivamente quello nel quale abbia luogo l'accordo. Verso questa direzione sembrano essersi già mosse alcune delle più recenti pronunce da parte dell'Arbitro Bancario Finanziario⁸¹, riconoscendo tale limitazione nella verifica sull'usurarietà in questa tipologia di rapporti.

5. Considerazioni di fondo nell'ottica di una tutela del prestatore

Quanto detto assolve alla funzione di garantire il rispetto del principio di omogeneità in tutti i casi nei quali ci si debba confrontare con un parametro, come quello del TSU, formato secondo regole precise sulla sua rilevazione. Occorre tuttavia, per completezza del discorso, chiarire quale spazio residuerebbe, nel far propria la distinzione sopra richiamata, per gli «ulteriori rimedi» dei quali si è discusso nel corso della trattazione; nel far ciò, è infatti necessario tenere a mente come la Corte Costituzionale abbia inteso legarne l'applicazione ad un'esigenza primaria di «tutela del mutuuario». È, di conseguenza, sulla base di questo elemento che deve essere valutata la correttezza della distinzione fra «rapporti con piano di ammortamento predefinito» e «ad utilizzo flessibile». In altre parole: può questa soluzione dar adito ad un impoverimento della tutela riconosciuta al mutuuario? È, quella di buona fede e di inesigibilità degli interessi sopra soglia, una strada che meglio garantisce una protezione alla «parte debole» del rapporto? Vediamolo in dettaglio.

Per i rapporti ad utilizzo flessibile non risulta necessario, né tantomeno proficuo, scomodare il generico riferimento al dovere di solidarietà; sono le stesse regole sulla rilevazione del TSU che già prevedono come si debba tener conto delle

⁷⁹ Cfr. Corte di Cassazione, n.350, 9 gennaio 2013; Collegio di Coordinamento ABF, decisione 1875, 28 marzo 2014.

⁸⁰ Cfr. Tribunale di Modena, n.250, 3 febbraio 2016; Tribunale di Padova, 13 gennaio 2016, dott. Bertola; Collegio di Milano ABF, decisione n.4445, 1 giugno 2015; Tribunale di Monza, sentenza pubblicata il 2 dicembre 2015, dott. Albanese. A titolo puramente riassuntivo del più recente orientamento sul tema si riporta il testo di quest'ultima pronuncia: «Ai fini della verifica dell'usura oggettiva, la perfetta identità dei termini riportati negli artt. 1 e 2 della Legge n. 108/96, comporta, quale ovvio corollario, che debbano coincidere sia il criterio con cui sono rilevati i tassi soglia sia quello con cui viene calcolato l'eventuale tasso usurario, dovendosi necessariamente presupporre (a) che la formula da utilizzare per determinare il tasso praticato per un singolo rapporto coincida con quella utilizzata per determinare il tasso medio e (b) che ai termini che compaiono in tali formule sia attribuito, sia ex ante sia ex post, lo stesso significato. Invero, valutare un eventuale superamento del tasso soglia confrontando due numeri ottenuti con metodologie di calcolo diverse da quelle esposte ai punti a) e b) comporta inevitabilmente una violazione dell'omogeneità delle indicazioni contenute negli artt. 1 e 2 della legge antiusura».

⁸¹ Cfr. Collegio di Milano, decisione n.4407, 29 maggio 2015; Collegio di Milano, decisione n.4767, 11 giugno 2015.



variazioni del tasso nel corso del tempo, imponendo agli istituti bancari di provvedere ad un controllo per ciascun trimestre dei tassi praticati e, se necessario, ad un ricalcolo di questi⁸². La fattispecie dell'usura sopravvenuta trova dunque piena e pacifica rilevanza, risolvendosi nella illegittimità del tasso praticato sopra soglia nei singoli trimestri per contrasto all'art.2 della legge 108/1996⁸³. Il bisogno di tutela del mutuatario viene dunque pienamente soddisfatto già alla luce del quadro normativo esistente.

Diverso è il discorso da farsi per i rapporti con piano d'ammortamento predefinito, dove l'ammettere l'irrelevanza della fattispecie di usura sopravvenuta potrebbe suscitare dubbi nei termini di una diminuita protezione di chi acceda al finanziamento. È opportuno però tenere conto di una distinzione ulteriore; ciò al fine di individuare con precisione l'interesse bisognoso di tutela e, allo stesso tempo, il rimedio che meglio possa adattarsi a questo scopo. Nei finanziamenti a tasso fisso sta infatti alla base un accordo sull'esatta entità del tasso, frutto di un'attenta ponderazione fra rischi e benefici dell'operazione, direttamente raffrontabile con quello in media praticato per i rapporti di nuova

formazione⁸⁴. Lo scopo comune alle parti è di cristallizzare la situazione, rendendola insensibile ad un suo coinvolgimento in eventuali variazioni successive del mercato; la messa al riparo da quest'*alea* contrattuale è per ciò stesso un vantaggio per entrambe le parti, meritevole di una piena e duratura garanzia. Vengono, di conseguenza, chiusi gli spazi di intervento di un rimedio come quello di buona fede, per il tramite del quale si consentirebbe di travolgere il presidio alla stabilità del rapporto, pregiudicando di fatto l'interesse che accomuna entrambi i contraenti. Il motivo è facilmente intuibile: trattandosi di uno strumento di carattere *non* "unidirezionale", così come l'istituto bancario è tenuto a rendere il prenditore partecipe dei vantaggi derivanti dalla discesa dei tassi, non si vedono ragioni per cui si debba escludere che anche il mutuatario sia a sua volta tenuto, in ipotesi di aumento, ad altrettanto impegno nei confronti della controparte.

Possono sussistere ulteriori argomentazioni per ritenere tali interessi non dovuti? In che termini dovranno essere qualificati gli interessi (nel mutuo a tasso fisso) che nell'arco dell'evoluzione del rapporto abbiano superato il limite in un dato trimestre?

Escluderei che si possa parlare di *antigiuridicità*. Dalla lettura delle direttive fornite da Banca d'Italia agli istituti in ordine alle tecniche di rilevazione si legge come, nei mutui a tasso fisso, i dati riportati nei decreti rispecchino segnalazioni limitate al solo momento della pattuizione. In poche parole: la soglia nei relativi trimestri riguarda *esclusivamente* i rapporti di nuova formazione, non è un dato confrontabile con il tasso pattuito per quelli in corso di esecuzione.

Escluderei altresì una qualificazione in termini di *eccessiva onerosità* in virtù del fatto che il parametro di riferimento per tale valutazione è costituito esclusivamente dai rapporti di analoga natura, pattuiti nel medesimo periodo. Se l'esigenza comune delle parti nei rapporti con tasso fisso è quella di mettersi al riparo da eventuali variazioni successive del mercato, tale considerazione varrebbe esclusivamente per il mutuatario, in quanto il mutuante misurerebbe costantemente la propria prestazione in parallelo all'andamento del mercato del credito.

Per citare un noto aforisma di Nietzsche, «Il rimedio è stato peggiore del male»; l'irrelevanza della fattispecie di usurarietà sopravvenuta, oltre

⁸² Né ciò è impedito dalla lettera dell'Art. 118 TUB, la quale consente che, nei rapporti a tempo indeterminato, possa essere convenuta una clausola che consenta agli istituti di credito di modificare unilateralmente il tasso, qualora sussista un giustificato motivo. La necessità di rispettare un obbligo di legge rientra pienamente nell'ambito del giustificato motivo e secondo alcuni non necessita neppure di un'apposita comunicazione al cliente; cfr. TIDONA, *Le comunicazioni da parte della banca delle modifiche peggiorative delle condizioni contrattuali applicate alla clientela*, in *Magistra, Banca e Finanza*, www.magistra.it, ISSN 2039 – 7410, 2013.

⁸³ Tale ipotesi può venire avvalorata dalla qualificazione della disposizione dell'art.2 quale norma costituente un limite dell'*ordine pubblico economico*. L'autonomia contrattuale delle parti, infatti, in special modo in settori sensibili come quelli attinenti alle politiche di regolazione del mercato del credito, deve trovare una propria espressione nel rispetto dell'insieme di regole e valori che lo Stato qualifichi come essenziali e caratterizzanti dell'ordinamento, in un dato periodo storico. Sulla base di questa premessa, sarebbe nulla la pretesa di interessi superiori al limite previsto nelle soglie usura per contrasto con le norme della legge 108, in qualità di intervento di ordine pubblico economico. Il settore bancario non è, peraltro, estraneo ad interventi di questo tipo (si veda, a titolo esemplificativo, Cassazione 1567/1997, in tema di richiesta al fideiussore di erogazione del credito al terzo che versi in una cattiva posizione patrimoniale). Per l'inquadramento generale della clausola di ordine pubblico, si veda, FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, in *Digesto discipline civilistiche*, XIII, Torino, 1995; FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in *Illiceità, immeritevolezza e nullità*, a cura di DI MARZIO, Napoli, 2004.

⁸⁴ Il TEGM dei rapporti con piano d'ammortamento predefinito, pubblicato all'interno dei Decreti Ministeriali, tiene conto esclusivamente del tasso praticato nei finanziamenti di nuova erogazione, conformemente alle Istruzioni emanate da Banca d'Italia.



che a risultare conforme al principio di omogeneità, meglio tutela l'interesse delle parti rispetto all'impiego del correttivo di buona fede.

Dove invece il problema della tutela si manifesta con maggior evidenza è nel contesto dei finanziamenti convenuti a tasso variabile.

Trattandosi di operazioni appartenenti alla categoria dei rapporti con piano di ammortamento predefinito, la rilevazione viene condotta esclusivamente al momento iniziale, senza tener conto degli sconfinamenti intervenuti nel corso di esecuzione; ciò che caratterizza, nello specifico, tale categoria di rapporti è il rischio che ciascuna parte assume su di sé in ordine all'influenza che le variazioni di mercato possono esercitare sulla misura del tasso convenuto. Secondo l'opinione del Collegio di Coordinamento ABF⁸⁵, «i contratti di finanziamento a tasso variabile sono normalmente immuni dal rischio di usura sopravvenuta», «salvo che si tratti di contratti a tasso variabile spuri, i quali prevedano un floor prossimo alla misura del tasso concordato». In sostanza, il superamento della soglia può verificarsi quando la banca cerchi di condizionare l'*alea* attraverso la pattuizione di specifiche clausole che limitino il rischio di eccessive flessioni del tasso Euribor, imponendo una soglia al di sotto della quale gli interessi dovuti non potranno mai scendere. Andando ad analizzare a fondo la questione, si può però constatare come la tutela del mutuatario passi da una strada alterativa a quella dei rimedi contro l'usura; taluni hanno infatti tentato di contrastare tale pratica attraverso la disciplina delle clausole vessatorie (Art. 33 D.Lgs 206/2005) o la contestazione su di una presunta mancanza di causa⁸⁶. A prescindere da come si intenda porla, la questione di tutela del mutuatario non sembra passare attraverso una dilatazione dei confini applicativi della disciplina antiusura; il punto critico è costituito semmai dalla illegittimità della condotta dell'intermediario bancario che abbia pattuito una clausola che vada a gravare esclusivamente il cliente dei rischi delle variazioni del tasso. Per venire incontro alla tutela del prestatore di denaro occorrerà, dunque, operare attraverso meccanismi di riequilibrio della bilateralità del rischio e di potenziamento dei requisiti informativi per l'uso di queste clausole, in special modo per l'incidenza del loro contenuto sul

contratto. Ambiti, tuttavia, estranei al giudizio sull'usurarietà degli interessi.

Il quadro prospettato, oltre a rendere il confronto fra tassi nelle diverse tipologie di rapporti rispettoso del principio di omogeneità, ha il merito di evitare il proliferare di strumenti che possano minare alla stabilità dei rapporti contrattuali, senza al contempo privare il prestatore di denaro di correttivi adeguati alle corrispondenti esigenze di tutela.

⁸⁵ Decisione n. 77, 10 gennaio 2014.

⁸⁶ L'ABF, più volte chiamata a pronunciarsi sulla questione, ha escluso la qualificazione di vessatorietà e l'assenza di causa; *ex multis*, Collegio di Roma 8605/2014, Collegio di Napoli 2735/2014, Collegio di Milano 668/2011. Per una panoramica generale sulla natura e le problematiche di tali clausole, si veda CIVALE, *Euribor negativo, interessi e clausole floor: prime riflessioni*, in *Diritto Bancario*, approfondimenti, aprile 2015.

