# L'USURA SOPRAVVENUTA DI FRONTE ALLE SEZIONI UNITE.

**Di Federico Pistelli**



***SOMMARIO:** 1. Le sopravvenienze usurarie alle Sezioni Unite. - 1.1. (…) limiti e confini di una fattispecie. - 2. L'usura prima delle Sezioni Unite: una morfologia dei rimedi. - 3. L'usura dopo le Sezioni Unite: la pretesa abusiva e la buona fede. - 3.1. (…) Uso del diritto: la regola. - 3.2. (…) Abuso del diritto: l'eccezione. - 4. Le pretese usurarie abusive: un'ipotesi di sopravvivenza della fattispecie? - 4.1. Ipotesi di pretese usurarie abusive; 5. Pretese usurarie abusive ed oneri eventuali. - 5.1. (…) I caratteri di una categoria. - 5.2. (…) Una proposta risolutiva.*

*ABSTRACT. Il saggio analizza la fattispecie dell'usura sopravvenuta alla luce delle conclusioni raggiunte dalla sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Dopo una breve ricostruzione del dibattito in dottrina e in giurisprudenza, vengono raccolti gli spunti offerti dalla decisione per definire alcune ipotesi di pretese usurarie abusive come possibile sopravvivenza del fenomeno. In conclusione viene ipotizzata una nuova categoria di sopravvenienza, definibile "usura sopravvenuta pattizia" e ne viene delineato un possibile trattamento giuridico in relazione alle regole e dei principi del sistema.*

*The essay analyzes the impact of the decision of Italian Court of Cassation about the problem of the "usura sopravvenuta" (usury during the contract's fulfilling). After a brief recall of the debate in literature and jurisprudence, the argumentation on which the decision in based, will be the starting point to define possible hypothesis of an abusive claim of usury rate. In conclusion the aim is to introduce and regulate a new category of supervening in contract, that we can define as "usura sopravvenuta pattizia" (supervening usury in the frame of contract), due to the rules and principles of the Italian legal system.*

## 1. Le sopravvenienze usurarie alle Sezioni unite.

Il tema dell'usura, specie nella sua connotazione di *sopravvenienza* di cui tanto si è dibattuto[1], riesce a coniugare dentro di sé il retaggio storico di un problema millenario[2], con il continuo mutare delle modalità operative con cui la fattispecie si realizza, ponendosi costantemente al centro dell'attualità. Il progressivo ramificarsi delle relazioni di mercato, l'interdipendenza fra attori economici e la complessità dei criteri contrattuali per l'esatta identificazione del costo del credito, impongono però di guardare oggi ad una figura profondamente mutata rispetto al passato. All'evidenza del disvalore della condotta predatoria del mercante che richiede un "*pound of flesh*" in ottemperanza dell'obbligo inadempiuto, si sostituiscono i carichi economici calcolati dagli algoritmi delle procedure informatiche; alla passiva – ma consapevole - accettazione da parte dell'usurato delle condizioni capestro del prestito, si sostituisce l'ignoranza dell'effettivo peso economico del finanziamento ricevuto. Non è dunque un caso che lo sforzo della giurisprudenza e della letteratura giuridica si sia concentrato, negli ultimi anni, nel mettere in luce i due profili maggiormente controversi di questa figura: l'emersione delle componenti di costo rilevanti ed il peso che le stesse esercitano nel corso di svolgimento del rapporto. È dunque in una dimensione *dinamica* della fattispecie che si proietta l'attenzione attuale degli interpreti, allo scopo di valutare la rispondenza del costo del finanziamento ai valori limite del mercato: non solo però rispetto al momento in cui sorge il rapporto contrattuale, ma anche per tutto il periodo in cui lo stesso esplichi i suoi effetti[3].

Il quesito circa il rilievo giuridico e le eventuali conseguenze dell'*usura sopravvenuta*, è finalmente stato oggetto di esame presso le Sezioni Unite[4]. Il quesito pone al centro la dimensione applicativa del meccanismo antiusura previsto dalla ben nota legge 108/1996[5]: il tasso fotografato nelle rilevazioni di

[1] Senza alcuna pretesa di esaustività rispetto all'ampia letteratura sul tema, v., MORERA U., *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso «soglia» e ... usurario sopravvenuto*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1998, 2, pag. 517 ss.; LANDOLFI G., *Brevi note in tema di interessi usurari "sopravvenuti" ai sensi della lg. n. 108 del 1996*, in *Diritto Fallimentare*, 1999, II, 916; ZORZOLI R., *Interessi usurari e mutui stipulati anteriormente alla legge 108/96*, in *Contratti*, 1999, pag. 595. GAZZONI F., *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Rivista del notariato*, VI, 2000, pag. 1447; DI MARZIO F., *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, in *Giustizia Civile*, 12, 2000, pag. 3099; VETTORI G., *Squilibrio e usura nei contratti,* Padova, 2002; *GHISALBERTI* M., *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*, 3, 2015, pag. 388; SCAGLIOTTI R., *Ancora sul problema dell'usurarietà sopravvenuta: il rapporto con l'esercizio dello* ius variandi, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 3, 2015, pag. 339; PASSAGNOLI G., *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Persona e Mercato*, 4, 2015, pag. 105; SALANITRO U., *Usura ed interessi moratori:* ratio legis *e disapplicazione del tasso soglia*, nel volume *Gli interessi usurari: quattro voci su un tema complesso*, a cura di D'amico, Torino, 2016, pag. 88.

[2] I primi riferimenti al fenomeno dell'usura sono riscontrabili fin nel Codice di Hammurabi (1754 a.C.): "*Se il mercante ha spinto il suo interesse al di à di 100.000 sila per un gur d'orzo o al di là di 1/6 di siclo e sei grani per un siclo d'argento e lo ha riscosso, perderà tutto quello che ha dato in prestito*". È interessante altresì notare come la sanzione prevista a fronte della previsione di un tasso di interesse eccessivo fosse, già nell'ordinamento commerciale del mondo mesopotamico, quello della gratuità dell'operazione. Il riferimento è contenuto in D'AGOSTINO F., *L'economia dell'antica Mesopotamia (III-I millennio a.C.). Per un dialogo interdisciplinare*, Roma, 2013.

[3] Vale la pena ricordare che i *software* di rilevazione e controllo del TEG, in uso presso tutti gli intermediari, seguono le modalità di calcolo dettate dalle Istruzioni di Banca d'Italia del luglio 2016, reperibili nella sezione "Archivio norme" nella pagina web di Banca d'Italia (www.bancaditalia.it). L'autorità di vigilanza distingue, a monte, fra operazioni a) *ad utilizzo flessibile*, per le quali il controllo del rispetto del limite di soglia è mantenuto durante tutto il corso del rapporto e b) *con piano di ammortamento predefinito*, dove il controllo si arresta al momento della pattuizione del contratto, non rilevando il mancato adeguamento del tasso pattuito alla soglia dei singoli trimestri.
A fronte di ciò, per i rapporti come aperture di credito e conti correnti, l'operazione di riduzione del tasso viene effettuata direttamente dal sistema informatico (cd. *rettifica sulle competenze calcolate*), che provvede a ridurre il TEG in misura corrispondente all'eventuale diminuzione della soglia; con riferimento invece ai rapporti di mutuo, il sistema effettua un controllo limitato esclusivamente al TEG pattizio.

[4] Questo ed i prossimi riferimenti nel testo vanno a Cass., SS.UU., 19 ottobre 2017, n. 22972 (De Chiara), pubbl. in *il foro italiano*, 11, 2017, c. 3274, con nota di PALMIERI A.; la Suprema Corte è stata invocata dall'ordinanza di rimessione della Sez. I, 31 gennaio 2017, n. 2484 (Rel. Acierno). Per i primi commenti sulla pronuncia, si veda, PAGLIANTINI S., *L'usurarietà sopravvenuta e il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, in *Corriere Giuridico*, 12, 2017, pagg. 1484 – 1487; GUIZZI G., *Le Sezioni Unite e il De Profundis per l'usura sopravvenuta*, in *Corriere Giuridico*, 12, 2017, pagg. 1495 ss; LA ROCCA G., *Usura sopravvenuta e «sana e prudente gestione» della banca: le sezioni unite impongono di rimeditare la legge sull'usura a venti anni dal-l'entrata in vigore*, in *Il foro italiano*, 11, 2017, c. 3286 ss.; CARRIERO G., *Usura sopravvenuta. C'era una volta?*, in *Il foro* italiano, 11, 2017, c.3282 ss.; DOLMETTA A.A., *L'usura sopravvenuta in Cassazione*, in *Questione Giustizia*, 3, 2017, pag. 143 ss.

[5] La materia è disciplinata dagli artt. 1815, comma 2 c.c. e 644 c.p., nonché dalle disposizioni della Lg. 7 marzo 1996, n. 108 e dal successivo intervento di chiarificazione della Lg. 28 febbraio 2001, n. 24 di conversione del D.l. 29 dicembre 2000 n. 394. La fattispecie penalmente e civilisticamente rilevante di *usura oggettiva* si verifica al superamento del limite stabilito dalla legge, oltre il quale gli interessi si presumono usurari. La legge ha configurato un meccanismo "mobile", affidando a decreti del MEF, sulla base delle rilevazioni condotte da Banca d'Italia sui prezzi medi praticati per le diverse tipologie di fi-

Banca d'Italia e pubblicato all'interno dei decreti trimestrali del MEF costituisce un parametro di validità anche per i rapporti sorti precedentemente a quel trimestre, ma ancora in corso di esecuzione? Assumendo di dare una risposta positiva, quale categoria rimediale meglio si adatta a regolare questa forma di controllo, in assenza di una precisa indicazione normativa? È su questo sfondo che la Corte, nella sua composizione più autorevole, è oggi stata chiamata ad un complesso tentativo di *reductio ad unitatem* di un fenomeno talmente variegato che sarebbe preferibile che procedesse, invece, per mezzo di un'adeguata distinzione fra fattispecie e problemi diversi. Tanto ché, il miraggio della definizione di un "sistema" unitario delle sopravvenienze usurarie accentua il rischio di oltrepassare l'obiettivo della semplificazione, sfociando in semplicismo ed esponendo al rischio di costruzione di rimedi ineffettivi[6], perché insufficienti o sproporzionati (cd. *overshooting*).

In questo saggio, il proposito non sarà comunque quello di porre in discussione la decisione o, almeno, non direttamente. Vi è invece la necessità di dar concretezza alla categoria della pretesa usuraria abusiva invocata dalla Corte di Cassazione e della quale si darà conto nel prosieguo, individuando alcune situazioni di fatto che, a mio avviso, rientrano all'interno di questa fattispecie.

### 1.1. (…) limiti e confini di una fattispecie.

In dettaglio, la questione nasce dalla contestazione di invalidità di un mutuo decennale a tasso fisso del 7,75 %, acceso da una società finanziaria nel gennaio del 1990. Il rapporto, per quanto è possibile ricostruire dalle pagine della sentenza, risulta pienamente rispettoso dei limiti di soglia introdotti con la prima rilevazione condotta[7]. Il primo sforamento registrato risulta difatti essere avvenuto nel II° trimestre 2003 (TEGM al 4,79%, TSU al 7,18%), a seguito del quale il rapporto si pone sistematicamente al di sopra delle soglie correntemente vigenti. Il Tribunale di primo grado ha ritenuto che il costo del finanziamento non dovesse rimanere insensibile al mutato quadro di riferimento normativo introdotto dalla legge antiusura e che si dovesse, pertanto, provvedere al rimborso degli interessi per la parte in cui, in ciascun singolo trimestre, avessero ecceduto la soglia. La decisione di primo grado viene però impugnata e riformata in appello; secondo la Corte, al rapporto in esame deve essere applicata la normativa sul credito fondiario (d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7), risultando pertanto legittima la determinazione del tasso di interesse per come convenuta fra le parti. Approdata dunque la questione alla Prima Sezione della Corte di Cassazione, i giudici di legittimità rilevano un contrasto di giurisprudenza sull'incidenza "*del sistema normativo antiusura* […] *sui contratti stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore, anche alla luce della norma di interpretazione autentica*" e decidono di rimetterne la soluzione alle Sezioni Unite.

Per meglio circoscrivere i confini dell'indagine, è opportuno porre a mente che la fattispecie dell'usura sopravvenuta si sostanzia in una duplice configurazione. In una prima accezione si fa riferimento alla generale problematica del *diritto intertemporale*, ovvero degli effetti prodotti su rapporti in corso di esecuzione da parte di una norma sopravvenuta (cd. *ius superveniens*)[8]: come regolare, in mancanza di un'apposita indicazione normativa, un fenomeno in virtù del quale un negozio giuridico a condizioni precedentemente convenute tra le parti si trovi, da un giorno ad un altro, in contrasto con

nanziamento, il compito di stabilire trimestralmente quali siano i tassi soglia per ciascuna operazione di credito.

[6] Sul tema della effettività della tutela nella costruzione del *giusto* rimedio: Di Majo A., *Tutela (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360; Proto Pisani A., *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 828; Pagni I., *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa,* Milano, 2004; Oriani R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; Vettori G., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53, ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 224 ss.; Scalisi V., *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 337 ss.; Perlingieri P., *Il 'giusto rimedio' nel diritto civile*, in *Il giusto proc. civ.,* 2011, p. 1; Dalfino D., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907; Pagliantini S., *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, 4, p. 112; Imbruglia D., *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 961; Vettori G., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 787; Id., *Effettività delle tutele (diritto civile)* (voce), in *Enc. dir., Ann.* X, Milano, 2017, p. 381.

[7] II° trimestre 1997, per la categoria "Mutui ipotecari a tasso fisso e variabile" - TEGM al 10,6%, TSU al 15,90 %.

[8] La vicenda delle fideiussioni ha poi conosciuto un punto (relativamente) solido di approdo a seguito dell'intervento della Consulta (v., Corte Costituzionale, 27 giugno 1997, n. 204, pubblicata in *Corriere Giuridico*, 1, 1998, 31 ss., con nota di Lombardi.) con la quale, se da un lato si sottolineava il carattere innovativo (dunque non retroattivo) della riforma sul limite massimo garantito, allo stesso tempo si escludeva il carattere ultrattivo della disciplina previgente. *Nulla quaestio* dunque sulla insindacabilità delle obbligazioni sorte sotto la vigenza della precedente normati-va, inefficacia di quelle successive, ancorché per rapporti nati precedentemente all'intervento della legge 154/1992. Per una panoramica, v., Mariconda V., *Fideiussioni omnibus: la Cassazione applica retroattivamente il nuovo art. 1938 c.c.* (nota a Cass., Sez. III, 9 agosto 2001, n.10981), in *Corriere Giuridico*, 10, 2001, pag. 1288.

disposizione imperative? La materia bancaria in modo particolare presta il fianco al fenomeno della sopravvenienza normativa, in ragione di due sue peculiari caratteristiche: (a) l'indiscutibile fluvialità nel susseguirsi di regolamentazioni normative[9] che si coniuga con (b) la fisiologica lunga durata dei rapporti di credito. Già nei primi anni del nuovo millennio, si riconobbe nella ben nota vicenda del limite massimo garantito nelle fideiussioni *omnibus* la "cartina di tornasole" delle evidenti difficoltà poste dal diritto transitorio nell'ambito della contrattazione di durata. Non si può non riscontrare un parallelismo, stanti comunque certe peculiarità del caso[10], tra il percorso appena descritto e quello della normativa antiusura: vero è però che una marcata divergenza si palesa nel fatto che il legislatore, con riferimento a quest'ultima fattispecie, è intervenuto per fornire un'indicazione ulteriore di chiarimento sulla questione specifica del diritto intertemporale[11].

Se la finalità è evidente, la sua formulazione lo è un po' meno; ne è testimone la circostanza per cui, a sedici anni di distanza, è stato richiesto alle Sezioni Unite di comporre il contrasto interpretativo sorto in conseguenza di questa[12]. Qualche attento autore aveva già allora sottolineato come centrale fosse la questione del «*trattamento del contratto con riguardo alle condotte poste in essere e ai contratti stipulati in precedenza ma ancora in corso di esecuzione al momento della loro entrata in vigore*»[13]: l'intento del legislatore deve però essere contestualizzato, giustificandolo in ragione della pronuncia con la quale, pochi mesi prima, la Suprema Corte[14] aveva esteso la rilevanza della sanzione civilistica dell'art. 1815, comma 2 c.c. anche al momento del pagamento degli interessi, non solo a quello della regolamentazione iniziale. È in ragione di ciò che si spiega l'arresto imposto dal legislatore, che si è affrettato a precisare (nel timore di forti ripercussioni nel mercato del credito) il principio esattamente opposto a quello affermato dai giudici di legittimità: le sanzioni previste negli artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c. operano esclusivamente con riferimento a tassi originariamente usurari. A ben vedere dunque, la norma di chiarificazione non offre alcuna delucidazione sulla dimensione del diritto transitorio, limitandosi a circoscrivere la portata delle "sanzioni rafforzate" (responsabilità penale e conversione del finanziamento in negozio gratuito) ai casi che manifestano il maggior disvalore, ovverosia quello delle pattuizioni iniziali consapevolmente superiori ai limiti di soglia previsti dalla legge. Questo «*netto*

[9] In tema di commissioni, solo dal 2009 al 2012 si possono contare ben sei diversi interventi del legislatore; per una breve panoramica sul problema, sia consentito un richiamo ad un mio breve scritto, PISTELLI F., *Commissione di massimo scoperto e usura*, in *Persona e Mercato*, 3, 2016, pag. 69 ss.
Sul punto, a ben vedere, si può ritenere certamente valido anche per la materia bancaria quanto un attento giudice ha scritto con riferimento all'instabilità normativa: "*regole di varia fonte e di diverso livello, ora sovranazionali, ora dettate dai legislatori dei singoli Stati, talvolta promananti da organismi o da autorità amministrative a ciò delegate, altre volte frutto di autoregolamentazione più o meno vigilata da quelle medesime autorità*" le quali variano con una velocità "*davvero eccessiva*", testimonianza di "*una qualche intrinseca difficoltà che i legislatori incontrano nel disciplinare realtà per molti versi sfuggenti, dinamiche e rischiose al tempo stesso, rispetto alle quali risulta assai problematico definire il giusto punto di equilibrio tra la preoccupazione di non incepparne gli intrinseci meccanismi di sviluppo e l'esigenza di tutelare il risparmio impedendo che se ne abusi*" (RORDORF R., *Contratti del mercato finanziario*, in Libro dell'anno del Diritto 2012, *http://www.treccani.it*)

[10] Non si può difatti evitare di sottolineare le linee di discontinuità rispetto all'esperienza delle fideiussioni *omnibus* prive del limite massimo garantito. Se difatti la Corte di Cassazione ha inteso estendere la "retroattività" della disposizione ai contratti entrati in vigore prima di essa, la sanzione dell'inefficacia è comunque prevista esclusivamente per le *nuove* obbligazioni, anch'esse sorte successivamente all'intervento normativo. Valide ed efficaci rimangono pertanto le garanzie, anche prive del limite, per obbligazioni precedenti. In questo senso anche GAZZONI F., *op cit.*, pag. 1452.
Un'altra vicenda che ha coinvolto il tema dell'inefficacia delle pattuizioni contrattuali in conseguenza dello *ius superveniens* è quella riguardante le clausole con determinazione dell'interesse per richiamo all'uso piazza, divenute nulle a seguito della legge sulla trasparenza bancaria del 17 febbraio 1992, n. 154. La previsione della nullità delle clausole di questo tipo non travolge la validità di quelle già convenute in rapporti validamente sorti, ma impedisce che "*possano produrre per l'avvenire ulteriori effetti nei rapporti ancora in corso*", cfr. Cass., Sez. I, 18 settembre 2003, n. 13739, in *Contratti*, 2004, pag. 156, con nota di CARNEVALE C..

[11] L'art. 1 del d.l. 29 settembre 2000, n. 394 (convertito nella Lg. 28 febbraio 2001, n. 24) afferma che "*ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, comma 2, c.c., 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, indi-pendentemente dal momento del loro pagamento*".

[12] Fin dal principio, erano comunque ravvisabili indizi per presuppore che la convivenza fra disciplina normativa e indirizzo giurisprudenziale non si sarebbe prospettava del tutto pacifica. In premessa all'intervento legislativo di chiarificazione si manifestano le ragioni di "*straordinaria necessità ed urgenza di emanare 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*".

[13] DI MARZIO F., *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, in *Giustizia Civile*, 12, 2000, pag. 3099 ss.; per altra letteratura di quegli anni, si veda GRASSI U., *Il nuovo reato d'usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, in *Rivista di Diritto Privato*, 1998, pag. 283; MORERA U., *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso «soglia» e ... usurario sopravvenuto*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1998, 2, pag. 517 ss.; ZORZOLI R., *Interessi usurari e mutui stipulati anteriormente alla legge 108/96*, in *Contratti*, 1999, pag. 595.

[14] Cass., Sez. 1, 17 novembre 2000, n. 14899, in *Il foro.it*, 2001, I, c. 80, con nota di PALMIERI A., nonché in *I Contratti*, 2001, pag. 151, con nota di MANIACI A.

*contrasto*»[15] è difatti il punto di arrivo di un dibattito che, pur protraendosi ormai da una ventina d'anni, se non altro ha un vantaggio non indifferente nell'essere destinato a venir comunque meno nel momento in cui si esauriranno i rapporti sorti sotto la precedente disciplina.

Nella seconda accezione, ad essere impegnato è il tema generale del rilievo delle sopravvenienze sul contratto, calato nella specificità del meccanismo sanzionatorio dell'usura**.** L'espressione "usura sopravvenuta" assume un carattere inevitabilmente *polisemico*[16] investendo fattori di varia natura e causa, aventi come presupposto comune la "mobilità" del tasso soglia usura nel corso del tempo: un rapporto originariamente rispettoso – benché prossimo al limite - delle soglie può ben trovarsi a superarle in determinati trimestri di ribasso della media di mercato. L'esempio più ricorrente è quello dei mutui a tasso fisso che, a seguito degli effetti dalla crisi economia della prima decade del duemila e della discesa dell'EURIBOR a valori negativi, sono risultati del tutto fuori mercato rispetto a quelli di nuova formazione[17]. Diversa è l'ipotesi in cui lo sforamento sia avvenuto a seguito del moltiplicarsi delle spese e degli altri oneri nel contratto (artt. 117 bis e 120 TUB), come anche della previsione di *collar* che limitino fortemente le possibili oscillazioni di un tasso variabile. Diverso ancora è il caso di sforamento dovuto all'esercizio da parte dell'istituto di credito dello *ius variandi* (art. 118 TUB)[18]. È su questo terreno che si misurano le criticità di un sistema che si muove a tentoni nella ricerca di un difficile compromesso fra i poli estremi dell'irrilevanza delle sopravvenienze e dell'applicazione della sanzione "rinforzata" dell'art. 1815 c.2 c.c., peraltro esplicitamente esclusa dalla legge di interpretazione autentica (Lg. 24/2001) e dalla successiva conferma della Corte Costituzionale (29/2002).

## 2. L'usura prima delle Sezioni Unite: una morfologia dei rimedi.

Il tema dei rimedi è stato al centro della lunga elaborazione giuridica della figura dell'usura sopravvenuta, preparando di fatto il terreno per il recente *revirment* attuato dalla Suprema Corte di Cassazione. Tre, a ben vedere, gli indirizzi approdati negli orientamenti della Corte di legittimità e dei quali le Sezioni Unite danno apertamente conto.

Un primo gruppo di decisioni fa propria l'idea della impermeabilità del rapporto alla sopravvenuta usurarietà degli interessi, negando in sostanza l'assunto per cui un interesse sopra soglia sarebbe comunque non dovuto. Questo orientamento fa leva sulla lettura più fedele al testo dell'intervento di interpretazione autentica, nella misura in cui associa la qualificazione dell'*usurarietà* del tasso ai soli presupposti dell'art. 644 c.p. e art. 1815 c.c., la cui applicabilità è riferibile esclusivamente al momento della *pattuizione* del tasso[19]. A lungo questa impostazione del problema è prevalsa, in ragione delle importanti voci che si erano schierate a favore dell'inequivocabilità del dato legislativo, in aggiunta alle controindicazioni (in termini di "politica del credito") derivanti dalla legittimazione di un intervento manutentivo del giudice su un preciso assetto di interessi regolato dalle parti[20].

---

[15] Cass., Sez. 1, ordinanza di rimessione, 31 gennaio 2017, n. 2484 (Rel. Acierno M.), pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 6, pag. 795 ss., con nota di SALVI G., *L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni Unite tra negazionismo e correzione del contratto.*

[16] V., SERRAO D'AQUINO P., *L'usura sopravvenuta: una polisemìa irrisolta?*, in *Rivista di diritto bancario*, dirittobancario.it, 32, 2017.

[17] Di rinegoziazione dei mutui si inizio già a parlare nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge 108/1996. Con l'intervento di chiarificazione (Lg. 24/2001) fu previsto un meccanismo di rinegoziazione obbligatoria, in ragione della caduta eccezionale dei tassi per il biennio 1998-1999, ad un tasso sostitutivo particolarmente vantaggioso per i mutuatari.

[18] Quest'ultima ipotesi, trattandosi di una modifica unilaterale fondata su di un giustificato motivo e corredata da un corrispondente diritto di recesso dell'altro contraente, dà luogo, ad un'ipotesi di nuova pattuizione con conseguente ricaduta nell'apparato sanzionatorio dell'art. 1815, comma 2 c.c. per la parte di rapporto coinvolta v., PAGLIANTINI S., *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, cit. pag. 1494. Chiaro, in quest'ottica, l'orientamento della giurisprudenza di merito, secondo cui "*quando il tasso applicato venga a superare il tasso soglia in seguito a modificazioni unilaterali della banca o anche a pattuizioni concluse successivamente all'entrata in vigore della legge 108/96 la sanzione non potrà che essere quella del comma 2 dell'art. 1815 c.c., con la conseguenza che nessun interesse sarà dovuto. Diversamente opinando non solo la norma si presterebbe a facili elusioni – basterebbe pattuire un tasso non usurario e il giorno dopo modificarlo, ma si finirebbe per premiare e trattare diversamente modifiche unilaterali ugualmente contrastanti con il dettato normativo*" (cfr. Trib. Torino, Sez. VI, 31 ottobre 2014, pubbl. su *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 11626 - pubb. 17/11/2014).

[19] Tale percorso argomentativo era già stato intrapreso da una precedente pronuncia (Cass., Sez. 1, 19 gennaio 2016, n. 801), dove si afferma che "*la norma interpretativa in esame, che attribuisce rilevanza, ai fini della qualificazione usuraria dei tassi, al momento della loro pattuizione piuttosto che al momento del pagamento degli interessi, comporta l'inapplicabilità del meccanismo dei tassi soglia alle pattuizioni di interessi stipulate in data precedente all'entrata in vigore della Lg. n.108, ancorchè riferite a rapporti perduranti anche dopo tale data*". Per altre conformi, cfr. Cass. 22204/2013, Cass. 26499/2009, Cass. 6514/2007, Cass. 17813/2002.

[20] A sostegno di questo orientamento, FERRO-LUZZI P., *Lezioni di diritto bancario. Volume II: Parte speciale. I singoli contratti*, Torino, 2004, pag. 16; nonché GENTILI A., *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 353 ss.; GUIZZI G., *Congruità dello scambio e contratti di credito*, in

Di diverso avviso è invece un secondo gruppo di decisioni, favorevoli a riconoscere l'applicabilità della legge 108/1996 alla fattispecie di usura sopravvenuta, ma divergenti fra loro in termini di incidenza sul contratto della pattuizione sopra soglia: un rimedio alternativamente modulato a secondo dall'aggettivo che si accompagni al termine "interesse" (illecito, illegittimo, immeritevole, non pretensibile, etc.). In altre parole, una volta risolto positivamente l'*impasse* sulla rilevanza giuridica della sopravvenienza usuraria, occorre domandarsi quale siano gli strumenti a disposizione del cliente a fronte della pretesa divenuta solo *in executivis* ultra soglia[21].

La Cassazione ha, a più riprese[22] parlato esplicitamente di *nullità* per *sopravvenuto contrasto con norme imperative*, a rilevabilità d'ufficio, dando dimostrazione di un affidamento piuttosto frequente[23] ad una figura che, sul piano dogmatico, lascia spazio a più di qualche dubbio[24]; lo fa, inoltre, servendosi di affermazioni di principio – quasi assiomatiche – che appaiono «*quantomeno inappaganti sul piano della completezza motivazionale*»[25]. Nel disegno solo sommariamente tratteggiato dai giudici di legittimità viene a configurarsi una figura di nullità ad intermittenza – di carattere esclusivamente parziale (art. 1419 c.c.)[26] - con automatica integrazione eteronoma della clausola contrattuale invalida (art. 1339 c.c.) con il tasso soglia usura vigente nel relativo trimestre. La soluzione avrebbe il pregio di mediare fra un'insostenibile lettura (perché contraria al dato normativo della legge di interpretazione autentica) estensiva delle sanzioni aggravate, ed una forzosa tolleranza nei confronti di una pretesa oltre i limiti consentiti dalla legge. A ben vedere, la soluzione sconta due limiti evidenti. Il primo è da leggersi nell'inquadramento della fattispecie della sopravvenienza all'interno di una categoria rimediale – quella della nullità – "piegata" ad uno scopo diverso da quello che le sarebbe proprio. Se è pur vero che la figura della invalidità negoziale ha visto progressivamente mutata la sua morfologia e la sua funzione caratteristica[27], per connaturarsi di un molteplice spettro di scopi, è altrettanto dirimente la considerazione per cui si è in presenza di un vizio che colpisce la struttura genetica del rapporto, non i suoi effetti o l'interazione con fattori esterni come, per l'appunto, le sopravvenienze. Anche ipotizzando l'esistenza di una figura di invalidità successiva del negozio, questa andrebbe comunque ad incidere quale vicenda di carattere risolutivo, perché da collocarsi in un momento diverso e successivo al perfezionamento e alla produzione di effetti del negozio[28].

---

Vettori G., Squilibrio e usura nei contratti, Cedam, 2002, 437 ss.. Più di recente, GUIZZI G., *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta*, in *Corriere Giuridico*, 5, 2017, pag. 599 ss.

[21] Da tenere a mente è la presa di posizione da parte della Corte Costituzionale (sentenza del 25 febbraio 2002, n.29), pubblicata su *IlForo.it*, 2002, I, 934, con nota di PALMIERI A., *Interessi usurari: una nuova partenza*, nonché in *Contratti*, 2002, 545, con nota di SCOZZAFAVA O.T. Chiamata ad assumere una posizione circa la legittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica (lg. 24/2001) della disciplina antiusura, la Corte riconosce l'esistenza di un «*obiettivo dubbio ermeneutico sul significato delle espressioni "si fa dare […] interessi […] usurari" e "facendosi dare […] un compenso usurario"*». Nel far ciò chiarisce come, nonostante che la scelta evidente dell'intervento di chiarificazione sia di circoscrivere l'applicazione degli artt. 644 c.p. e art. 1815, comma 2 c.c. ai soli casi di pattuizioni originariamente usurarie, «*restano, invece, 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*». La Corte è sembrata pertanto voler precisare che anche al momento della dazione possa essere attribuito rilievo giuridico, senza tuttavia passare dalle sanzioni "rinforzate" contemplate dalla legge 108/1996. In tale senso si veda, PASSAGNOLI G., *Ult. Op. Cit.*, pag. 104.

[22] Cass. Civ., Sez. I, 11 gennaio 2013, nn. 602 – 603, pubblicata su *Banca Borsa e Titoli di Credito,* 5, II, 2013, pag. 487, con nota di QUARANTA A., *Usura sopravvenuta e principio di proporzionalità*; Cass. Civ., Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350, pubblicato su *Banca Borsa e Titoli di Credito*.

[23] Il più recente richiamo è quello operato in Cass., Sez. I, 20 gennaio 2017, n. 1580, pubblicata sul Massimario 2017 di *Giustizia Civile*, in tema di fideiussioni *omnibus*. La Suprema Corte afferma difatti come «*la sopravvenienza della legge 154/1992 […] determina, per il periodo successivo, la nullità sopravvenuta della convenzione con essa in contrasto*», ma aggiunge inoltre che tale fattispecie di nullità, rilevabile in ogni stato e grado del processo, «*è ormai* ius receptum *nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità*».

[24] Per una panoramica generale si veda DIONISI C., *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. Trim. di Dir. Proc. Civ.*, 1965, pag. 755 ss.; DI MARZIO F., *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giustizia Civile*, 10, 2000, pag. 465 ss..

[25] È lo stesso Collegio di Napoli dell'ABF (decisione n. 1796, 3 aprile 2013) a stigmatizzare l'uso disinvolto da parte della Corte di legittimità di questa categoria, sottolineando le lacune che presentava il percorso argomentativo volto alla sua applicazione nella fattispecie di usurarietà sopravvenuta.

[26] Nelle parole di DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008, nella collana Nuova Enciclopedia diretta da Cendon P., pag. 710, la nullità parziale si verifica quando «*un elemento, un punto o un aspetto della struttura contrattuale […] risulta viziato*». «*Alla nullità parziale corrisponde un incompleto e difettoso realizzarsi dell'operazione economica perseguita dalle parti, un perturbamento più o meno grave del programma predisposto dall'autonomia privata*».

[27] PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995; SCALISI V., *Categorie e istituti del diritto civile*, Milano, 2005, pag. 632; MASSAMORMILE A., *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1, 2017, pag. 38: «*positivamente non vi è* la *nullità, ma* le *nullità e che, dunque, non è possibile individuare un* genus *di invalidità chiamato nullità al cui interno collocare una serie di* species *che in questo o quello differiscono dal modello legale*».

[28] Ciò secondo l'insegnamento di BIANCA M., *Diritto Civile*, vol. III, Milano, 2000, pag. 611

Su di un versante alternativo si è poi timidamente schierata parte della giurisprudenza di legittimità, spesso attraverso *obiter dicta*[29], e con maggior forza, l'Arbitro Bancario Finanziario[30], ragionando nei termini di *non pretensibilità* dell'interesse sopra soglia, in virtù della sua contrarietà a buona fede e al principio di solidarietà. La natura di "antigiuridicità" sarebbe da ravvisarsi nella pretesa del prestatore di ricevere degli interessi maggiori rispetto al limite che la legge impone, in quel momento, per i rapporti di nuovo corso. L'operatività della clausola generale andrebbe pertanto ad operare nel territorio che le è proprio: quello degli effetti. Il ragionamento dell'ABF non si àncora però a considerazioni di carattere dogmatico, ma si ispira al pragmatismo delle decisioni arbitrali, incentrando il discorso sulle conseguenze della pronuncia di nullità e sottolineando il secondo limite che presenterebbe tale rimedio. Il Collegio si spinge a parlare di "*effetti perversi*", nella misura in cui l'applicazione *de plano* del rimedio della nullità – ancorché parziale e successiva – romperebbe l'equilibrio originario che le parti hanno inteso predisporre fra rischi e benefici dell'operazione. Il ragionamento è piuttosto lineare: la sostituzione automatica della pattuizione ultra soglia incide in modo asimmetrico sulla posizione dei due contraenti. Il prestatore di denaro assume il rischio che un aumento dei tassi di mercato renda il rapporto più vantaggioso per il prenditore; dal lato opposto, il prenditore si protegge specularmente da quel rischio profittando, invece, delle situazioni in cui vi sia una diminuzione generalizzata dei tassi di mercato. È in quest'ultima situazione che si annida pertanto la disparità: il prestatore non può trarre altrettanti benefici dalla caduta dei tassi di interesse, in virtù dell'automatica adeguamento del tasso soglia all'andamento del mercato. La diretta conseguenza contro cui il Collegio mette in avviso è che «*ciò disincentiverebbe in modo drastico la stipulazione di finanziamenti poliennali a tasso fisso*». È difatti nell'ottica di un progressivo ruolo di *moralizzazione* del *rapporto contrattuale* della clausola di buona fede[31] che si giustifica la preferenza per un intervento manutentivo del giudice, in luogo dell'applicazione di un meccanismo di semplice caducazione della clausola.

[29] Cfr. Cass. 4092/2005, Cass. 4093/2005, Cass. 6550/2013.

[30] Collegio di Coordinamento ABF, decisione 77, 10 gennaio 2014, pubblicata su *Rivista di Diritto Bancario*, 7, 2014, con nota di MUCCIARONE G., *Attendendo la decisione del collegio di coordinamento dell'ABF su usura e interessi moratori: ABF n.77/2014 e ABF n.125/2014*; in senso conforme si veda inoltre, Collegio di Napoli ABF 6185/2015, 1382/2016 e 4664/2016.

[31] Sempre riprendendo le espressioni utilizzate dal Collegio ABF.

## 3. L'usura dopo le Sezioni Unite: la pretesa abusiva e la buona fede.

Il quesito cui si sono trovate a dover dare risposta le Sezioni Unite si presentava dunque come tutt'altro che banale, alla luce degli importanti riflessi civilistici del tema delle sopravvenienze, nonché del potenziale impatto negativo sul mercato del credito. Ad una prima, rapida, lettura del dispositivo e della massima della sentenza sembrerebbe potersi fin da subito dire che le Sezioni Unite abbiano inteso perseguire con rigore la via della irrilevanza giuridica della fattispecie dell'usura sopravvenuta, mettendo di fatto a tacere il decennale dibattito sul riflesso delle sopravvenienze usurarie sul negozio di finanziamento.

Nella filigrana della motivazione si scorge però una realtà ben più complessa e foriera di una serie di interrogativi che, se pur non nuovi, rischiano di creare ulteriori scissioni nella giurisdizione di merito, aprendo a divergenze sul piano applicativo. Le Sezioni Unite sembrano difatti muoversi nell'ottica della formulazione di una *regola*, volta a ricondurre a coerenza il dibattito attorno alla portata del dato normativo contenuto all'interno della legge di interpretazione autentica. Nonostante ciò, traspare però l'intento ulteriore di mitigare tale soluzione con l'indicazione di un'*eccezione*, volto a garantire una valvola di sfogo ad un sistema che finirebbe altrimenti per causare sperequazioni in rapporti di lunga durata, ponendo in forte discussione la meritevolezza di un determinato assetto originario di interessi.

### 3.1. (…) Uso del diritto: la regola.

Partiamo dai dati acquisiti e procediamo per gradi.

È stata difatti presa in considerazione una nullità che opera selettivamente e ad intermittenza, mediante espunzione della pretesa di interessi *illegali* e sostituzione *ex lege* del tasso pattuito con il limite di soglia. Come alternativa a questo indirizzo è stata evocata una regola di correttezza che, in virtù dei vincoli solidaristici in Costituzione, vieta all'intermediario di pretendere interessi *antigiuridici*.

Ebbene, entrambe queste visioni sembrano distanti dalla via maestra percorsa dalla Suprema Corte secondo la quale, "*è avviso* […] *che debba darsi continuità al primo dei due orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, che nega la configurabilità dell'usura sopravvenuta*". Il dibattito sui rimedi presuppone difatti che si sia sciolto positivamente il nodo della illiceità delle pretese ultra soglia e si possa quindi ragionare circa lo strumentario cui

possa far affidamento l'"usurato" per la riduzione degli interessi non dovuti. Questa costruzione poggia però le basi sull'assunto per cui un interesse sopra soglia, sia che lo sforamento avvenga all'origine del rapporto, sia che esso intervenga nel corso della sua esecuzione, è comunque non dovuto. Per i giudici di legittimità occorre tuttavia procedere andando ad individuare, a monte, la fonte di tale divieto, per poi inquadrare correttamente il fenomeno dell'interesse sopra soglia. Essa è difatti contenuta esclusivamente all'interno dell'art. 644 c.p.[32], comma 3 ("*La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*"); la legge 108 si occupa, per l'appunto, solo di integrare il dato della fattispecie penale (dalla quale anche la norma civile dell'art. 1815, comma 2, c.c. trae la propria linfa) individuando il meccanismo di determinazione del tasso soglia, senza prevedere alcunché nei termini di illiceità o conseguenze per l'interesse oltre il summenzionato limite. Il bandolo di questa intricata matassa impone, in sostanza, di passare comunque per le maglie dell'art. 644 c.p. per poter legittimamente definire un interesse ultra soglia come "usurario". Ciò risulterebbe inoltre perfettamente coerente, a detta della Corte, con la lettura data dalla legge di interpretazione autentica e sostanzialmente certificata dall'intervento della Corte Costituzionale[33], che ha fugato i sospetti circa la sua illegittimità. Né, d'altra parte, merita apprezzamento l'argomento secondo cui il portato della suddetta legge sarebbe da circoscriversi esclusivamente all'usura cd. originaria, perché "*in tanto è configurabile un illecito civile, in quanto sia configurabile la violazione dell'art. 644 cod. pen.*".

L'apparato argomentativo della decisione inizia però a mostrare alcune crepe nella parte in cui rivolge l'attenzione alle vie alternative di tutela del mutuatario. Sorge difatti il legittimo sospetto di un intento velatamente "elusivo" da parte delle Sezioni Unite, nel sottolineare l'*indubbia esattezza dell'espressione*, della più volte citata decisione della Corte Costituzionale: "*restano, invece, 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*". L'esatta delimitazione dell'espressione *altri strumenti di tutela* costituisce il fulcro dell'interpretazione della *ratio* delle disposizioni antiusura, e avrebbe meritato una presa di posizione netta. Delle due dunque l'una. O la Corte Costituzionale ha inteso lanciare un monito agli interpreti, invitando a non circoscrivere la rilevanza delle sopravvenienze usurarie alle sole pattuizioni originarie[34]; oppure si è limitata a sottolineare il dato, perlopiù ovvio, che la non applicabilità della disciplina antiusura non esclude anche l'esperibilità di ulteriori rimedi contemplati nella disciplina generale del contratto.

Le Sezioni Unite non contribuiscono comunque a far chiarezza sul punto, limitandosi semplicemente a definire cosa questa espressione non significhi:

[32] La norma è stata inquadrata dalla dottrina come norma penale "in bianco", in considerazione del fatto che non provvede direttamente a definire cosa si intenda con "interessi usurari", ma rimanda la loro determinazione al procedimento previsto dalla legge 108/1996. Vedi, in questo senso, Cass. Pen., sez. II, 23 novembre 2011, n. 46669, in *Guida dir.*, 2012, 5, 70, e in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 730, con nota di PILONI, *Usura bancaria e commissione di massimo scoperto: l'elemento oggettivo e soggettivo del reato*.

[33] Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, pubblica in *Il foro.it*, 2002, I, c. 933, con nota di PALMIERI A., *Interessi usurari: una nuova partenza*; annotata inoltre da CARBONE V., *La Corte legittima l'intervento del legislatore a favore delle banche: scompaiono gli interessi divenuti usurari*, in *Corriere Giuridico*, 2002, pag. 612 ss.; SCOZZAFAVA O.T., *Interpretazione autentica della normativa in materia di usura e legittimità costituzionale*, in *I contratti*, 2002, pag. 545 ss.; GENTILI A., *Usurarietà sopravvenuta e interpretazione autentica del diritto giurisprudenziale*, in *Giur. it*, 2002, pag. 1125 ss.; DE CHIARA C., *Tassi usurari e vecchi contratti. Primo intervento della Corte Costituzionale*, in *Nuove Leggi Civ.*, 2002, pag. 13 ss.

[34] Questa prima lettura, benché sorretta da una fondamento dogmatico più consistente, sconta comunque l'oggettiva difficoltà di immaginare *strumenti di tutela del mutuatario*, diversi rispetto a quelli di cui si è già tenuto conto in precedenza.
Un'interessante prospettiva di cui però occorre tener conto, è quella di far leva sul rimedio della impossibilità parziale sopravvenuta (ex. art. 1464 c.c.). A proporre questa tesi è PASSAGNOLI G:, *Ult. Op. Cit*, pag. 108, il quale a sua volta riprende delle riflessioni, effettuate a margine dell'intervento normativo, da DE NOVA G., *Legge sull'usura e mutui anteriori*, in *Italia oggi*, 4 marzo 1998, pag. 5. La soluzione confluirebbe attraverso la qualificazione dell'interesse solo successivamente oltre soglia come giuridicamente impossibile, perché *illecito*, con conseguente non pretensibilità se ancora da corrispondere o, viceversa, obbligazione restitutoria. A differenza della fattispecie di impossibilità contemplata nell'art.1258 c.c., quella dell'art. 1464 c.c. non si limita però esclusivamente a delineare il diritto dell'altra parte alla corrispondente riduzione della prestazione dovuta, perché attribuisce rilievo anche al controinteresse del creditore al recesso dal contratto, nel caso in cui non residui un interesse apprezzabile all'adempimento parziale. Ciò si pone, in realtà, come falso problema. Il giudizio sull' "apprezzabilità" dell'interesse all'adempimento parziale deve essere infatti inevitabilmente condotto su una base oggettiva, di *meritevolezza* alla luce delle circostanze del caso concreto; sembra pertanto fuori discussione che una pretesa di un interesse superiore al limite imposto dalla legge possa giustificare il venir meno dell'interesse ad un adempimento parziale. Il rimedio si muoverebbe dunque in un'ottica conservativa – mediante l'impedimento dall'esercizio di un recesso che pregiudicherebbe senza dubbio le esigenze del soggetto finanziato - del rapporto, espunto mediante riduzione della prestazione dovuta entro i limiti di legge. Il riferimento è sempre PASSAGNOLI G., *Ult. Op. Cit*, pag. 110. In questo senso si veda inoltre, Cass., SS.UU., 7755/1998 in tema di subordinazione del recesso del datore di lavoro, per sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, ad un possibile *repechage* di questo. Sul legame fra apprezzabilità dell'interesse e causa in concreto del contratto, si veda BIANCA M., *Diritto civile*, V, Milano, 1994, pag. 375.

*l'invalidità o inefficacia della clausola in questione*. Con una chiosa finale si esclude quindi che la pretesa del pagamento di interessi divenuti sopra soglia sia illecita e che la clausola che li prevede possa dichiararsi nulla o inefficace.



### 3.2. (…) Abuso del diritto: l'eccezione.

Il velo dell'apparente perentorietà della decisione viene a però a cadere nell'ultima parte dell'argomentazione delle Sezioni Unite, dedicata al tema della violazione del principio di *buona fede* come conseguenza della pretesa di interessi sopra soglia. Da più parti si era difatti spinto per abbandonare il terreno incerto della invalidità del contratto, per concentrare l'attenzione sul criterio di buona fede e correttezza, in combinato disposto con l'art. 2 Cost.[35], quale rimedio più congruo "*al fine di trasferire all'interno di un rapporto di durata poliennale i vantaggi economici derivanti da una discesa dei tassi di mercato senza alterare in modo eccessivo l'equilibrio contrattuale*"[36].

La prima lettura data dalle Sezioni Unite al rimedio di buona fede rispecchia il percorso argomentativo seguito nella premessa maggiore del sillogismo: non essendovi un contrasto con alcuna disposizione legislativa, la pretesa di interessi divenuti successivamente oltre soglia non fonda, di per sé, una violazione della buona fede. L'applicazione di questo principio era stata evocata da quella frangia della giurisprudenza arbitrale[37] che aveva ritenuto tale pretesa contrastante con l'art. 2 della Lg. 24/2001, quale "*norma imperativa sopravvenuta ispirata a un generale principio di non abuso del diritto*" che, come tale, "*impone una rideterminazione degli stessi entro i limiti di soglia di usura*". Al giudice sarebbe pertanto consentito, in conformità ad un orientamento pressoché uniforme per l'Arbitro Bancario Finanziario, di intervenire chirurgicamente sugli effetti del contratto, limitando la pretesa della parte mutuante che, pur consapevole dell'eccessività del tasso rispetto alla soglia prevista per quel trimestre, ne pretenda comunque il pagamento sulla base di un'interpretazione meramente formalistica e contrastante con la *ratio* della legge antiusura. Questa articolazione del rimedio di buona fede sconta però per le Sezioni Unite un problema di fondo e, segnatamente, nel presupposto di applicazione della clausola generale. L'art. 1375 c.c. individua difatti un criterio di integrazione del contratto[38] focalizzato sulle condotte delle parti durante la sua esecuzione e sulle violazioni che possono perpetuarsi rispetto a diritti e pretese in esso validamente riconosciute. La ben nota – pur da alcuni criticata[39]- distinzione fra "regole di struttura" e "regole di comportamento" fa gioco proprio sulla differenza qualitativa fra vizi che affliggono direttamente il contratto come atto giuridico e quelli che si profilano in relazione a condotte delle parti durante l'esecuzione del rapporto. Ebbene, seguendo il percorso argomentativo della pronuncia, non è da

[35] Noto è il recente orientamento secondo cui, "*il principio di buona fede oggettiva costituisce una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociali imposti dall'art. 2 Cost.*", v., Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, pubblicata in *Contratti*, 2010, 11 ss., nota di D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Foro it.*, 2010, I, 85 ss., con nota di Palmieri A e Pardolesi R., *Della serie ''a volte ritornano'': l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Giur. comm.*, 2011, II, 295 ss., nota di Barcellona E., *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*; in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 354 ss., con nota di Gentili A., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Nuova giur. comm.*, 2010, II, 139 ss., con nota di Scognamiglio C., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*; in *Obbl. e contr.*, 2010, 166 ss., Vettori G., *L'abuso del diritto*. Cfr. inoltre D'Amico G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in Correzione e integrazione del contratto, a cura di Fabrizio Volpe, 2016, pag. 21 ss.

[36] In questi termini si esprime il Collegio di Coordinamento ABF, 10 gennaio 2014, n. 77 (cfr. nota 60)

[37] Cfr. ABF Collegio di Roma, n. 602/2012; nonché, più di recente, Collegio Roma, n. 174/2013 e Collegio Napoli, n. 1796/2013.

[38] Il tema è, da tempo, oggetto di un ampio ed approfondito dibattito nella letteratura giuridica. Sul concorso delle fonti eteronome di integrazione nella determinazione del regolamento contrattuale, v, Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pag. 101; Galgano F, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. c.c. Scialoja – Branca*, Bologna Roma, 1998, pag. 69; Perlingieri P., *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, in Il diritto dei contratti tra persona e mercato, Napoli, 2003, pag. 466; Roppo v., *Il contratto*, in Trattato Iudica – Zatti, Milano, 2011, pag. 429; Pagliantini S., *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, pag. 406 ss.; Id, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, pag. 854 ss.; Capobianco E., *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in Correzione e integrazione del contratto, a cura di Fabrizio Volpe, 2016, pag. 2 ss. Sul rilievo del principio di buona fede, cfr. anche Piraino F., *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in Correzione e integrazione del contratto, cit., pag. 175 ss.,

[39] Cariota Ferrara L., *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 28; Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981[IX] (*rist.*), p. 171; Mengoni L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, I, p. 9; D'Amico G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 43; Irti N., *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro amm.* TAR, 2004, 9, p. 2765; Vettori G., *Contratto e rimedi*, Milano, 2017, pag. 65 ss.; *contra*, Perlingieri G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 59.

ravvisarvi alcun contrasto con una norma imperativa nel momento in cui viene pattuito, in origine, un tasso di interesse legittimo; pertanto, la mera pretesa di tale interesse, anche se successivamente sconfinasse oltre la soglia, non fonderebbe di per sé il diritto del finanziato a vedersi proporzionalmente ridotto il costo del credito, perché tale corrispettivo è validamente riconosciuto dal contratto. Anche nei riguardi del rimedio di buona fede viene dunque ad essere affermato che "*la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato* [non] *può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto*".

La Corte di Cassazione è però consapevole della visione eccessivamente "formalistica" e ampiamento riduttiva della portata di applicazione della legge 108 che, in sostanza, escluderebbe del tutto il rilievo giuridico della fattispecie dell'usura sopravvenuta. Emerge quindi una seconda lettura del rimedio di buona fede, più difficilmente conciliabile con l'assetto finora prospettato e dai contorni particolarmente sfumati. Né può dirsi, d'altronde, che tale soluzione possa essere inquadrata come episodio isolato: la giurisprudenza di legittimità successiva alla presa di posizione delle Sezioni Unite ha già mostrato difatti l'intenzione di dar corso a questo orientamento[40].

## 4. Le pretese usurarie abusive: un'ipotesi di sopravvivenza della fattispecie?

La regola dunque è chiara: il *solo fatto* che il tasso soglia venga superato nel corso del rapporto, non dà adito a pretese circa la nullità o inefficacia di tale interesse. Ciò non significa però, che "*particolari modalità di tale esercizio* [nel senso, di diritti validamente convenuti nel contratto], *che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso*" non possano dar luogo comunque ad una violazione del canone di buona fede. Se la *regola* sembrava offrire una ricostruzione che, se pur criticabile per certi versi, garantiva una sostanziale coerenza nei risvolti applicativi, il *principio* affermato dalle Sezioni Unite rischia di contribuire alla riapertura delle frontiere dell'incertezza. Queste *particolari modalità o circostanze*, evocate in motivazione ma escluse nell'enunciazione finale, sembrano di fatto poter dar adito ad una "ricomparsa" della tramontata fattispecie dell'usura sopravvenuta, ammettendo un sindacato giudiziale fondato sul canone di buona fede; buona fede che pare inoltre potersi assimilare ad una ipotesi di *abuso del diritto*[41], quale limite all'efficacia obbligatoria dell'autonomia negoziale, piuttosto che quale forma di integrazione del programma negoziale con valori di carattere extragiuridico[42].

L'accostamento con l'abuso del diritto non è una novità della pronuncia, tanto che già nella relazione per la riforma del codice del 1865[43], era stato indicato il termine "abuso", successivamente mutato in "approfittamento", all'interno della disposizione sull'usura. È, d'altra parte, proprio la mancanza di uno specifico referente normativo per la figura dell'abuso[44] a far sì che lo schema sanzionatorio e

[40] Cfr. Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2018, ord. n. 2311, pubblicata su dirittoegiustizia.it.

[41] Cfr. VETTORI G., *Contratto e rimedi*, cit., pag. 797, ove si afferma che "*Il criterio dell'abuso del diritto si integra con quello della buona fede oggettiva per valutare la condotta delle parti perché il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determina il suo abusivo esercizio*". Per una ricostruzione in termini di autonomia dell'ambito di rilevanza dell'abuso del diritto rispetto alla violazione della regola di buona fede, v., RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, pag. 147 ss.
La matrice di questa visione è tratta dall'ordinamento tedesco, dove si è deciso di perseguire esplicitamente la via della codificazione, all'interno del BGB, di una norma che enucleasse un principio generale sull'abuso del diritto, con un riferimento diretto agli obblighi di buona fede: § 242 *Leistung nach Treu und Glauben* – "*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*" (Il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione secondo buona fede, in considerazione degli usi del traffico giuridico). A questa norma, la giurisprudenza tedesca riconduce le ipotesi di esercizio di un diritto formalmente legittimo, ma sostanzialmente contrastante con gli usi del traffico giuridico (divieto di *venire contra factum proprium*), nonché lesivo del legittimo affidamento della controparte (*Verwirkung*); su tutti, v., SIEBERT W., *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburgo, 1934, pag. 68 ss.

[42] Secondo una distinzione richiamata da BARCELLONA M., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2014, 2, pag. 467 ss.

[43] Relazione della commissione Reale per la riforma del codice, Libro obbligazioni e contratti, Roma, 1936, p. 14, "*Questa disposizione si avvicina al par. 138 del codice tedesco: essa ne differisce, tuttavia, dapprima perché formulata in modo generale riportandosi alla presunzione (semplice presunzione e non prova piena) di un vizio del consenso, mentre il codice tedesco prevede espressamente i casi di abuso della inesperienza e della leggerezza di uno dei contraenti, e d'altra parte il codice tedesco annulla semplicemente il contratto lesivo come illecito, mentre il nostro progetto dà al giudice, più equitativamente, anche la facoltà di ridurre la obbligazione eccessiva*".

[44] Solo di recente, la figura dell'*abuso del diritto* ha trovato un primo riconoscimento a livello normativo, nel settore del diritto tributario. Già a livello europeo, la CGUE (nel noto caso *Halifax*, CGUE 21 febbraio 2006, C -255/02, *Halifax e* a., in *Racc.*, 2006, pag. I – 1609) aveva avuto modo di precisare che "*atti e comportamenti delle parti nella loro reciproca connessione possono essere considerati abuso del diritto o di forme giuridiche*" quando una determinata operazioni "*non si spieghi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali*". Attraverso il D. Lgs. 5 agosto 2015, n. 128 si è dunque deciso di

rimediale non possa che essere mutuato dai principi generali del diritto. Sembra dunque che da questa lettura possa ricavarsi una qualche forma di "ritorno" alla *facoltà di ridurre equitativamente la obbligazione eccessiva*, di cui era fatta menzione nei progetti di riforma del codice civile. Un ritorno che non può evitare di misurarsi con un dibattito che ormai da decenni anima la dottrina civilistica nel (difficile) dialogo con la giurisprudenza e l'autorità amministrativa. A quali tipologie di sopravvenienze risponde però questo ulteriore *Fallgruppe* di pretese usurarie abusive immaginato dalle Sezioni Unite? La pronuncia, difatti, non consolida una posizione precisa sul problema, legittimando pertanto una qualche valutazione discrezionale da parte della giurisdizione di merito. Quel che è certo è che non un qualunque sforamento del tasso durante il corso di esecuzione del rapporto possa dar adito alla proporzionale riduzione del tasso alla misura della soglia; viene meno, in sostanza, quell'automatismo del rimedio che, a prescindere dalla sua sussunzione come regola di validità o come regola di comportamento, in concreto agiva comunque rimodulando il tasso pattuito nel rispetto delle soglie di legittimità.

### 4.1. (…) Ipotesi di pretese usurarie abusive

Così descritta, la decisione a Sezioni Unite non sembra certificare una chiusura definitiva al rilievo che, in astratto, potrebbe assumere il superamento delle soglie intervenuto nel corso del rapporto. Il ragionamento è in realtà confermato, fra le righe, nell'ordinanza che ha seguito di pochi mesi la decisione a Sezioni Unite[45]: "*la pretesa del mutuante, di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato,* [non] *può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di detta soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto*".

A parere di chi scrive, nel configurare una categoria di pretese usurarie abusive, occorre muovere non da un *qualunque superamento della soglia*, ma da una *particolare situazione di sforamento* del tasso[46]: quella che avvenga in un contesto di operatività del contratto ormai profondamente mutato rispetto a quello esistente al momento della sua stipula.

Se le Sezioni Unite sembrano difatti escludere che ogni mutamento dell'*Hintergrund* su cui opera il contratto possa produrre un'influenza sul rapporto in termini di riduzione del tasso dovuto, è necessario prendere in considerazione solo mutamenti di carattere non fisiologico; tali, in sostanza, per cui, l'*applicazione letterale del contratto* priverebbe l'operazione della sua *logica economica*, comportando un'alterazione non sopportabile del sinallagma contrattuale. Tale scompenso nel rapporto di corrispettività fra prestazioni può verificarsi per due ordini di ragioni. Un primo gruppo verrebbe a configurarsi per mutamenti del rapporto di carattere *soggettivo*, identificabili nel sensibile peggioramento delle condizioni economiche del mutuatario. La norma penale dell'art. 644 identifica la fattispecie dell'usura soggettiva o in concreto[47], sanzionando la condotta di chi approfitti delle condizioni di *difficoltà economica o finanziaria* della controparte, imponendo tassi anche sotto il limite di soglia, ma ugualmente *sproporzionati*. Ebbene, le sopravvenute condizioni di difficoltà da parte del mutuatario nell'adempiere la prestazione di interessi sistematicamente superiori alla soglia, possono costituire un primo indice di abusività della condotta da parte dell'istituto.

Un secondo ordine all'interno del quale ascrivere la categoria delle pretese usurarie abusive, può essere ricondotto a mutamenti di carattere *oggettivo*. Il contratto "vive" nel mercato, opera all'interno di esso e non è insensibile al suo andamento. Al momento della convenzione di un rapporto, le parti

codificare questo principio all'interno dell'art. 10-bis dello Statuto del Contribuente (Lg. 212/200): "*Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni*". La norma non fa altro tuttavia che dare corpo all'orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza della Cassazione, secondo cui "*esiste nell'ordinamento costituzionale un principio per il quale non è lecito utilizzare abusivamente e cioè per un fine diverso da quello per il quale sono create, norme fiscali (latu sensu) di favore*" (cfr. Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30057, in *Obbligazioni e Contratti,* 2009, pag. 215 ss., con nota di CORASANITI G., *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario.*

[45] Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2018, ord. n. 2311, cit.

[46] Lo sforamento in queste ipotesi, giova ricordarlo, viene assunto come mero parametro di valutazione della condotta di mala fede da parte dell'istituto di credito, non come indice di illegittimità per contrasto a norma imperativa. Dalle argomentazioni delle Sezioni Unite si evince difatti come l'art. 2 non possa essere qualificato come norma imperativa che sancisca la illegittimità di sforamenti in corso di esecuzione del rapporto, perché attinente esclusivamente alla fase genetica.

[47] Cfr. Art. 644, comma 3: "*La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. 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, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria*".

programmano il dispiegarsi dei suoi effetti, assumendosi determinati rischi a fronte della prospettiva di benefici; ciò, a ben vedere, sia in rapporti con tasso variabile, che in quelli a tasso fisso (ove la prestazione delle parti rimane invariata rispetto a nuove situazioni di mercato, sfavorevoli o, al contrario, favorevoli). La configurazione di un divieto di condotte abusive non può dunque trovar spazio fin quando si rimanga all'interno del rapporto di corrispettività fra i rischi assunti dalle parti, bensì quando intervengano fattori idonei a spezzare lo schema di logicità della operazione, per cui si continui ad alimentare un rapporto formalmente legittimo, ma sostanzialmente privo della sua funzione causale. Gli sconvolgimenti verificatisi nell'ultimo ventennio hanno più volte messo in evidenza la lacuna, all'interno dell'impianto codicistico, di una disposizione che legittimi un adattamento equitativo del giudice, analoga a quella contemplata da altri ordinamenti[48]. Ne sono esempio chiaro la vicenda dei mutui in ECU[49] e quella del crollo del parametro EURIBOR del 2011.

Ebbene, in tali ipotesi, pur non riconoscendo un generale diritto del cliente alla rinegoziazione del rapporto[50], sembra possibile predicarsi la contrarietà a buona fede della condotta dell'istituto che si rifiuti di riadeguare il programma negoziale al nuovo contesto in cui il contratto si trova ad operare; è difatti proprio la *particolarità* di queste *situazioni* e *circostanze*[51], a giustificare l'*eccezione* (l'abuso), a fronte di una *regola* (l'uso), che esclude che la pretesa di interessi successivamente sopra soglia assuma alcuna incidenza sul rapporto.

## 5. Pretese usurarie abusive ed oneri eventuali

[48] Ne è un esempio la disciplina del BGB relativa al cd. *Vertragsanpassung* previsto nel § 313 (*Störung der Geschäftsgrundlage*, lett. alterazione del fondamento negoziale. La norma, al primo comma, prende in esame quelle alterazioni sopravvenute alla conclusione del contratto tali per cui, se le parti le avessero previste, avrebbero concluso il negozio a condizioni diverse o non lo avrebbero concluso affatto. A fronte di questa situazione, ciascuna delle parti può richiedere all'altra l'adeguamento del contratto (*Vertragsanpassung*), al rifiuto del quale, il contraente svantaggiato può adire il tribunale per ottenerlo giudizialmente. Cfr. sul tema, ZÖLLNER W., *Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen an veränderte Umstände*, Müller Verlag, 1979; EMMERICH V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H. Beck Verlag, 2005.
Ancora più marcata la scelta condotta dalla recente riforma del code civil francese (Ordonnance de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 11 febbraio 2016), ove è prevista una disciplina apposita per la *imprévision* (art. 1195): "*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation*". In caso di rifiuto della proposta di rinegoziazione, la norma prosegue riconoscendo alle parti il potere di richiedere un'*adaptation* giudiziale del contratto. La parte finale della disposizione riconosce tuttavia il rimedio più incisivo e anche più criticato: "*A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*".

[49] La vicenda ha costituito una delle tematiche centrali nel contenzioso sull'indicizzazione dei mutui fondiari a partire dai primi anni '90. Le particolari condizioni di favore dell'ancoramento del tasso dei mutui alla valuta in ECU (*European currency unit* - trattasi di moneta esclusivamente virtuale, presa a riferimento per i rapporti commerciali tra istituzioni, banche e imprese, ed il cui valore era determinato attribuendo un diverso peso alle valute dei Paesi comunitari) avevano prodotto difatti una larga diffusione di questo strumento; nel 1990, ad un mutuo di 100 milioni in lire veniva applicato un tasso del 14,5 %, contro a quello dell' 11,5% per i mutui in ECU. A seguito però dell'uscita della lira dal Sistema Monetario Europeo (SME), questa ha subito un importante deprezzamento rispetto all'ECU, con la conseguente levitazione dell'importo delle rate dei mutui espresso in lire, ma commisurato al corrispondente ammontare in ECU. I mutuatari si sono pertanto trovati a dover far fronte ad impegni per capitale ed interessi fino al 40 % maggiori rispetto a quelli originariamente assunti. Per una bibliografia essenziale sul tema, v., CERVINI V., *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta dei mutui in valuta*, in *Giust. Civ.*, 1997, I, pag. 1417 ss.; DI MARZIO F., *Eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti di mutuo indicizzati all'ECU*, in *Giust. Civ.*, 1997, I, pag. 1098 ss.; VOLANTI A., *Aleatorietà ed eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti di mutuo in ECU,* in *Impresa*, 1999, pag. 629 ss.; MINNECI U., *Sopravvenienza del mutuo in ECU e doveri di buona fede*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2, 2000, pag. 193 ss.

[50] È difatti orientamento uniforme nella giurisprudenza arbitrale, quello di escludere la sussistenza di un generale obbligo di rinegoziazione della banca in senso più favorevole al cliente, in quanto si andrebbe a svuotare di significato il principio di discrezionalità della banca nella valutazione del merito creditizio (cfr. Abf. Roma, 3 febbraio 2016, n. 1004; Collegio di Coord., 6182/2013).

[51] Potrebbe, a questo punto, sorgere il legittimo dubbio di una sostanziale equiparazione di questa lettura con la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. In altri termini, quale sarebbe il senso di concepire una fattispecie di pretese usurarie abusive, con un presupposto di applicazione analogo a quello già contemplato dall'art. 1467 c.c.? Ebbene, a mio modo di vedere, proprio la precedente esperienza dell'applicazione del rimedio risolutivo ai mutui in ECU (cfr. nota 48) ha mostrato l'inadeguatezza di questo presidio proprio in punto di presupposti di applicazione. L'orientamento pressoché consolidato in giurisprudenza (*ex multis*, Trib. Treviso, 26 agosto 1996, in Foro it., 1997, I, sez. II, c. 136 ss.; Trib. Torino, 15 ottobre 1996, Trib. Napoli, 10 febbraio 1997; Trib. Roma, 22 maggio 1998, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2, 2000, pag. 193, con nota di MINNECI U., cit.) ha difatti escluso il carattere di imprevedibilità dell'evento al quale è conseguita la successiva sproporzione dell'equilibrio contrattuale (nel caso in esame, l'uscita della lira dall'SME). È invece proprio in punto di *prevedibilità* dei mutamenti di mercato e di *diligenza* della condotta che si qualifica la mala fede dell'istituto che si rifiuti di adeguare l'entità della prestazione dovuta in relazione al mutato contesto di operatività del mercato. Della stessa idea, ancora, MINNECI U., cit.

In ottica di valorizzazione della poliedricità della figura delle pretese usurarie abusive, occorre dar conto di un'ultima ipotesi. Fin d'ora sono difatti state prese in esami situazioni che assumevano un mutato contesto di operatività del contratto dipendente da *fattori esterni* ad esso, quali una novella normativa, una modifica dei criteri di computo del TEG, una variazione del tasso medio di mercato.

Accanto ad esse, la prassi, ha però mostrato che il panorama si arricchisce anche di un'*ulteriore figura* di interesse potenzialmente usurario, tutt'ora priva di un preciso inquadramento dogmatico. Si tratta in particolare, della fattispecie in cui il superamento della soglia non derivi né direttamente da contratto, né da altri fattori esterni alla volontà delle parti[52], ma piuttosto da comportamenti del debitore sopravvenuti alla stipula e idonei ad attivare il funzionamento di clausole altrimenti "sopite", perché ad efficacia solo eventuale. La mera dazione o promessa di corrispettivo non è da sola sufficiente a fondare il presupposto di integrazione di questa fattispecie, operando difatti all'interno di uno scenario ipotetico in cui si realizzi una deviazione dal fisiologico svolgimento del programma negoziale. Questa deviazione si verifica nello specifico, a fronte di un inadempimento (con il sorgere dell'obbligo di pagamento degli *interessi moratori*) o della decisione, da parte del mutuatario, di estinguere in anticipo il finanziamento (dietro la restituzione delle rate di ammortamento ancora da scadere e dietro il pagamento, solitamente convenuto, della *clausola di estinzione anticipata*).

Il fatto costitutivo che accomuna queste ipotesi è pertanto *duplice*: da un lato, la promessa di pagamento conseguente alla sottoscrizione della clausola, dall'altro il fatto ulteriore ed eventuale, prodotto esclusivamente nella sfera del promittente e consistente in un suo *inadempimento* o nella decisione di avvalersi di un'*opzione*. Si tratta dunque di esaminare una fattispecie funzionalmente di usura sopravvenuta, ma riconducibile ad una previsione in contratto, che potremmo dunque denominare *usura sopravvenuta pattizia*.

### 5.1. (…) I caratteri di una categoria.

La specificità del fenomeno sembra imporre, in assenza di un inquadramento sistematico[53] e stante l'estrema "variabilità"[54] delle decisioni sul tema, alcune precisazioni ulteriori in merito ai caratteri di questa figura.

Rispetto alle voci che entrano direttamente nel sinallagma contrattuale e che costituiscono componenti certe del costo, questi oneri non presentano un rapporto di corrispettività con l'erogazione del credito[55], prevedono un'applicazione meramente eventuale e rimessa ad un fatto rientrante nella sfera del debitore[56], ed assumono inoltre un diverso impatto

[52] Quali la diminuzione del tasso di interesse medio sul mercato o modifiche normative e regolamentari, riconducibili difatti alla disciplina delineata dalle Sezioni Unite.

[53] La bibliografica sul tema degli interessi moratori ha ormai assunto, nell'ultimo ventennio, i caratteri della fluvialità. L'intensificarsi tuttavia del dibattito negli ultimi anni è dovuto principalmente alla presa di posizione da parte della Corte di legittimità, secondo la quale "*ai fii dell'applicazione dell'art.644 c.p., e dell'art. 1815, comma 2, c.c. si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori*" cfr. Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, con nota di DOLMETTA A.A., *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*; in *Foro.it*, 2014, 1, c. 128 ss., con nota di PALMIERI A., *Usura e sanzioni civili: assetti ancora instabili*; in *Guida al diritto*, 2013, 7, pag. 22 ss., con nota di SACCHETTINI E., *Se il contratto prevede una clausola penale la riduzione a equità è demandata al giudice*. Si veda inoltre il recente contributo di SALANITRO U., *Usura e interessi moratori: ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, in *Gli interessi usurari*, cit., pag. 79 ss.

[54] In assenza di un coordinamento fra normativa primaria e fonte regolamentare, la giurisprudenza di merito affronta con orientamenti spesso divergenti, il tema degli oneri eventuali e patologici.
Nello specifico, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la valutazione sull'usurarietà del tasso debba includere anche l'interesse di mora, ma che questo vada computato separatamente rispetto all'interesse corrispettivo (cfr., Trib. Como, 13 luglio 2017, n. 1088, *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 17768; Trib. Milano, 27 ottobre 2015, n. 11997, in *Ex parte creditoris*) e che l'eventuale nullità non comporti l'integrale gratuità del rapporto (cfr. Trib. Monza, 19 giugno 2017, n. 1911, in *Ex parte creditoris*; Trib. Milano, sez. VI, 8 marzo 2016, in *IlCaso.it*). Vi sono tuttavia pronunce che escludono gli interessi moratori dal calcolo sul superamento della soglia (cfr. Trib. Brescia, 8 giugno 2017, n. 1828, in *Ex parte creditoris*).
Sulla clausola di estinzione anticipata invece due recenti decisioni di merito hanno preso posizioni assolutamente opposte (cfr. Trib. Bologna, Sez. III, ordinanza 9 maggio 2017, in *IlCaso.it*, che include la commissione per l'estinzione anticipata ai fini dell'accertamento dell'usurarietà di un mutuo risolto; all'opposto, Trib. Pesaro, 30 marzo 2017, n. 107, in *Ex parte creditoris*, esclude la clausola di estinzione anticipata perché elemento accidentale nel contratto, di indennizzo per il mancato guadagno per la banca).

[55] Ciò risulta di maggior evidenza nella clausola di estinzione anticipata, che non risponde ad una logica di corrispettività dei costi, quanto di indennizzo a fronte della scelta discrezionale del cliente di non utilizzare il credito concesso per il tempo previsto. Le attività di raccolta del risparmio e di concessione del credito impongono difatti agli intermediari il rispetto di regole prudenziali di collegamento della durata e remunerazione delle operazioni di raccolta con quelle di impiego. Risulta pertanto evidente che la previsione di una penale a fronte di una estinzione anticipata si presenti come "costo" per la deviazione dal programma negoziale: una funzione diametralmente opposta dunque a quella di corrispettività per la concessione del credito.

[56] Questo presupposto stona difatti con la *ratio* sanzionatoria delle previsioni dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, comma 2,

sul costo complessivo del finanziamento a seconda di quando ne maturino i presupposti[57].Ci dobbiamo muovere dunque al di fuori dello schema dei rimedi di carattere *sanzionatorio* della normativa penale e civile. L'ambito di predilezione è infatti quello delle pretese abusive e dei rimedi riequilibrativi del rapporto, con una distinzione importante rispetto a quanto in precedenza sottolineato con riferimento al contrasto con la buona fede. La *ratio* alla base delle argomentazioni delle Sezioni Unite guarda difatti ad una precisa tipologia di pretese abusive, quelle fondate su mutamenti del contesto di operatività del rapporto, *esterni* al contratto stesso. La peculiarità della fattispecie ora in esame è proprio quella di presentarsi come un onere che, pur venendo giuridicamente ad esistere solo a seguito di un fatto successivo ed ipotetico, trova comunque all'interno del contratto un proprio riconoscimento: sancirne dunque una generale non sindacabilità realizza un sistema altrettanto sbilanciato e ingiustificatamente elusivo della logica della normativa antiusura.

### 5.2. (…) Una proposta risolutiva

I caratteri propri di questa categoria sembrano, in conclusione, condurre verso un'ottica riequilibrativa del rapporto, per il tramite degli strumenti che l'ordinamento già conosce. Nel momento in cui la deviazione dal programma negoziale viene a realizzarsi, concretizzando giuridicamente la promessa di pagamento di quell'onere eventuale, deve porsi un problema di confronto con il tasso soglia previsto per quel trimestre[58]. La conseguenza del suo sforamento non si porrebbe tuttavia nei termini della sanzione della totale gratuità del rapporto, in virtù della natura non corrispettiva di questi oneri e della non ravvisabilità della medesima *ratio* sanzionatoria delle ipotesi di usura originaria, ma di riduzione entro i limiti massimi consentiti per quella pretesa nel trimestre di riferimento. D'altra parte, è proprio la *ratio* qualificante delle pretese usurarie abusive, quella di discostarsi dal regime delle cd. sanzioni rinforzate, rientrando invece nella macro area dei *rimedi equitativi*. Un rimedio riequilibrativo del rapporto a fronte di una pretesa abusiva, in quanto contrastante con un limite imposto agli interessi che possono essere pretesi, nel trimestre in cui la clausola vede maturati i presupposti giuridici per il proprio funzionamento.

Una *reductio ad aequitatem* del rapporto da realizzarsi, rispettivamente, attraverso il meccanismo della inserzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c.[59], o, meglio, mediante lo strumento della riduzione della penale eccessiva dell'art. 1384 c.c., rimodellando il TEG del rapporto entro i limiti di soglia previsti per il trimestre in cui quell'onere eventuale ha visto concretizzarsi i suoi presupposti giuridici (con l'inadempimento o con l'opzione di estinzione anticipata). Questa soluzione avrebbe difatti il pregio di non sottrarre al sindacato di usurarietà gli oneri eventuali previsti nel rapporto, pre-

c.c., volta a colpire le pretese usurarie dell'intermediario che pretenda interessi superiori a quelli consentiti dal mercato in un dato momento. Includendo tali componenti nel calcolo del TEG del rapporto si farebbe dipendere, per assurdo, l'applicazione di una sanzione civile ed una penale da un comportamento inadempiente della controparte. A tacer inoltre del fatto che, né la clausola di estinzione anticipata, né l'interesse moratorio (a meno che non si ritenga aver valore cogente quell'indicazione di maggiorazione del 2,1 % contenuta nelle Istruzioni di Banca d'Italia), fanno parte di quegli oneri di cui Banca d'Italia chiede di dar conto nelle rilevazioni del tasso soglia usura. I decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, nonostante la presa d'atto di questa scelta, non hanno mai avvertito l'esigenza di formulare un'interpretazione divergente da quella dell'autorità amministrativa.

[57] Il ragionamento è ben evidenziato in una recente decisione di merito (Trib. Torino, 13 settembre 2017. Est. Astuni., in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 18213 - pubb. 12/10/2017), ove si afferma che a t0 (il tempo in cui gli interessi sono "*promessi o comunque convenuti*") il valore degli oneri eventuali è pari, per definizione, a zero. L'impatto dell'onere eventuale sul finanziamento (sia esso interesse di mora o penale di estinzione anticipata) può difatti essere calcolato solo attualizzando il flusso di cassa al momento in cui si verifica il fatto costitutivo, attributivo di rilevanza giuridica. Il rendimento finanziario di un prestito, al momento dell'accensione, risulta sempre ipotetico e meramente indicativo, perché presuppone la regolare esecuzione del rapporto.

[58] La premessa al ragionamento è difatti quella per cui, l'elemento qualificante di questa fattispecie, è contraddistinto non solo dalla pattuizione, ma anche da un ulteriore elemento rientrante nella sfera giuridica del debitore. Sembra dunque rispondente a questa logica, la conseguenza per cui anche la verifica di usurarietà del tasso debba essere condotta rispetto al momento in cui sono realizzate tutte le condizioni previste dalla fattispecie. Ragionando altrimenti e riconoscendo una sottoponibilità "in astratto" dell'onere eventuale a sindacato di usurarietà, ogni clausola di estinzione anticipata sarebbe, per definizione, nulla. Ciò in virtù del fatto che essa è calcolata in misura proporzionale (solitamente intorno all'1%) al capitale da restituire. Applicando in astratto la formula per il calcolo del Teg, la conseguenza sarebbe difatti che l'onere finanziario di una penale per un rapporto estinto il giorno successivo alla sua estinzione sarebbe del 365% su base annua (cd. criterio del *worst case*).

[59] Il meccanismo della inserzione automatica di clausole presuppone la qualifica dell'art. 2 Lg. 108/1996 come norma imperativa, anche in relazione a sforamenti intervenuti nel corso del rapporto. La decisione a Sez. Un., benché si sia pronunciata su una diversa ipotesi di sopravvenienze rispetto a quella relativa agli oneri eventuali, sembra però escludere che possa ammettersi la contrarietà a norma imperativa nei casi di confronto con un tasso soglia successivo a quello del trimestre di accensione del rapporto: "*Sarebbe pertanto impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario senza fare applicazione dell'art. 644 c.p.; «ai fini dell'applicazione» del quale, però, non può farsi a meno – perché così impone la norma di interpretazione autentica – di considerare il «momento in cui gli interessi sono convenuti, indipendentemente dal momento del loro pagamento»*.

servando al contempo la loro specificità nel trattamento, evitando approssimative semplificazioni nella gestione della *Vielfalt* dei problemi sollevati dalle sopravvenienze usurarie.