



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

Diritto dei Contratti

Ciclo XXVII

TITOLO TESI

“L’ANATOCISMO”

Settore/i scientifico disciplinari di afferenza

IUS/01

Presentata da: Dott. Mattia Grandesso Silvestri

Coordinatore Dottorato Ch.ma Prof.ssa Valeria Caredda

Tutor Ch.ma Prof.ssa Anna Paola Ugas

Esame finale anno accademico 2013 – 2014

Indice

Capitolo 1	4
Introduzione: l'anatocismo, la moneta e le economie contemporanee.	4
1. Le origini e lo sviluppo circolare della disciplina in bilico tra il divieto e la sua deroga.....	8
2. L'analisi della norma: la distinzione tra anatocismo e capitalizzazione.	13
2.1. Gli usi contrari:	17
2.2. L'anatocismo giudiziale:	20
2.3. L'anatocismo convenzionale:	24
3. L'anatocismo nel sistema europeo:	28
Capitolo 2	32
1. La complessa storia dell'anatocismo bancario.....	32
2. L'evoluzione giurisprudenziale: un nuovo significato della deroga sugli usi contrari	34
3. L'evoluzione normativa: la disciplina del Testo Unico Bancario e la delibera del Cibr.....	39
4. Gli interventi della Corte costituzionale.	41
5. Le problematiche relative ai rapporti pregressi:	43
5.1. La sorte delle clausole anatocistiche: adeguamento o nullità.	43
5.2. La prescrizione:	46
5.3. La Corte costituzionale e la disciplina della prescrizione.	51
5.4. Onere della prova:	54
5.4.1. Le tesi formulate sull'onere della prova.....	57
5.4.2. Una tesi alternativa: il principio di vicinanza della prova.....	59
Capitolo 3	62

1. Le problematiche della odierna disciplina. L'adeguamento delle clausole dei contratti dopo la delibera Cnr del 2000	62
2. Le recenti riforme in materia di anatocismo:	65
3. I fili rossi della disciplina:	72
3.1. Il fenomeno anatocistico: la funzione e la causa giustificativa.....	72
3.2. La collocazione degli interessi composti.....	73
3.3. Gli interessi composti: una presunzione di maggior danno?	78
4. Le questioni ancora aperte dopo le Sezioni Unite del 2010	82
5. L'evoluzione dell'anatocismo: verso una maggiore tutela del cliente.	84
6. L'anatocismo e l'usura	87
Conclusioni. Il percorso dell'anatocismo: passato, presente e futuro.	90
Bibliografia.....	94

Capitolo 1

Introduzione: l'anatocismo, la moneta e le economie contemporanee.

Il tema di cui ci occupiamo si intreccia inestricabilmente con il concetto di moneta e il suo ruolo nella storia e nell'economia: la *pecunia* è infatti un'invenzione relativamente recente. I suoi antenati sono fortemente radicati nella storia e nella cultura umana e hanno poi costantemente condizionato oltre alle origini, lo sviluppo e le sue successive evoluzioni. Si ritiene che la moneta abbia preso il posto dello scambio in natura e del baratto, tuttavia, a dispetto delle apparenze, la sua finalità primigenia è quella del dono con funzioni di prestigio, di coesione sociale e di indennizzo¹.

E' già rilevante il suo ruolo sociale anche nelle fasi di premoneta e di baratto, ma lo è ancor di più nel momento in cui la moneta viene garantita dall'autorità e connessa al valore del metallo. E' un passaggio di fondamentale importanza in quanto essa rimane per secoli legata all'autorità e al suo prestigio, per poi perdere tale connessione nel Medioevo e successivamente recuperarla.

Anche le funzioni si combinano in diverso modo durante la storia: quando prevale come mezzo di scambio o come unità di conto e come riserva di valore ovvero quando c'è compresenza delle diverse caratteristiche.

Altro aspetto è quello dei soggetti coinvolti nello sviluppo della moneta:

¹ RUFFOLO G., *Testa e croce. Una breve storia della moneta*, Torino, 2011, p.3 ss. parla di economia del dono in cui il significato del dono a primo avviso inutile è quello di essere debitamente ricambiato. Ha dunque valore sociale: stabilire e rafforzare un legame di prestigio e di autorità spesso non a favore del singolo ma dell'intera comunità. Si viene a creare un rapporto in cui "l'oggetto donato non si stacca dal donatore, non gli si aliena. Non si estingue. Per così dire, il donatore resta sempre in credito: di prestigio e autorità".

- in primo luogo vi è lo Stato (ancor prima il monarca o, in generale, l'autorità): il suo ruolo è quello di soggetto che controlla l'emissione di denaro; in specie è il garante di una delle funzioni fondamentali della *pecunia*: essere una promessa di valore². In origine infatti il sovrano emette la moneta, gli imprime il suo sigillo e le conferisce valore: è l'unico soggetto che può crearla e quindi la controlla. In seguito questa funzione viene persa e la facoltà di produrre "promesse di valore" diventa generalizzata.
- in secondo luogo i soggetti che detengono la moneta: nel medioevo si afferma il ruolo del mercante che ha necessità di uno strumento che permetta la circolazione dei beni, ma anche dei diritti sulla produzione dei beni³. L'importanza dei mercanti nel Medioevo è così rilevante che questi diventano spesso creditori degli stessi monarchi, ne finanziano le attività e ne determinano le sorti⁴.

E' in questo momento che il ruolo dei possessori di denaro muta, i commercianti si trasformano in banche per cui prestano e accumulano moneta come elemento di ricchezza.

- infine i clienti ovvero i soggetti che hanno necessità di ottenere credito e soprattutto i servizi da parte delle banche. Oggi i cittadini non possono quasi prescindere dall'apertura e dall'utilizzo di un conto corrente bancario e dal possesso di un bancomat. Ciò è avvenuto in parte per un effetto naturale di evoluzione del sistema; in parte la smaterializzazione del denaro è spinta anche da fenomeni legislativi con finalità di tipo antielusivo e antiriciclaggio.

Nel rapporto tra questi soggetti già nel Medioevo assume centralità il ruolo del commerciante-banchiere in quanto ha il controllo del denaro e decide a chi prestarlo. In questo momento si

² GALLINO L., *Finanzcapitalismo*, Torino, 2011, p. 169;

³ Emblematico è l'episodio dell'acquisto frenetico dei bulbi di tulipano nei mercati olandesi che raggiunge l'apice nel 1636, in cui l'esplosione della domanda comporta una speculazione che crea commercio di cambiali con iscrizioni sempre più elevate per un "commercio del vento" ovvero di bulbi inesistenti o meglio di *futures* sui bulbi stessi, v. RUFFOLO G., *op. cit.*, p. 98-99;

⁴ cfr. RUFFOLO G., *op. cit.*, pp. 71 ss. che parla di investimento politico come attività principale dei finanzieri del Cinquecento nei confronti degli Asburgo Carlo V e Filippo II. Il primo divenne imperatore grazie al milione di fiorini d'oro sborsato dai Fugger (mercanti tedeschi proprietari delle miniere d'argento del Tirolo). Il secondo fece bancarotta e travolse proprio i Fugger che furono sostituiti dai mercanti genovesi. Nasce in questo periodo il legame tra potere economico e quello politico.

afferma la possibilità che la disponibilità del denaro altrui possa essere remunerata senza che ciò sia considerato illegittimo. Questo perché la domanda di denaro subisce un aumento vertiginoso, pochi soggetti ne hanno disponibilità e i mercanti individuano una nuova fonte di guadagno⁵. Come si è detto il concetto di moneta si evolve trasformando essa stessa in una merce oggetto di commercio.

Tuttavia tale commercio pecuniario doveva svincolarsi dalla idea che ottenere un guadagno dalla somma prestata rientrasse nell'usura che era considerata un fenomeno deprecabile. L'ampio conflitto sull'usura e l'ambiguo atteggiamento nei confronti di essa determinò lo sviluppo di sistemi alternativi all'erogazione di prestiti di denaro per aggirare le sanzioni: si ispirano a questa esigenza, in origine, l'attività di cambiavalute, poi l'introduzione della lettera di cambio, del giroconto e dell'assegno⁶.

La produzione di frutti del denaro costituisce l'elemento insito nell'anatocismo che, in quanto interesse sull'interesse, costituisce uno sviluppo se non una degenerazione del fenomeno fruttifero legato alla moneta. La disciplina dell'anatocismo si pone in relazione con l'usura in quanto riproduce una possibile deriva patologica della fruttuosità del denaro. In altre parole anatocismo ed usura condividono uno stipite comune costituito dal fenomeno di moltiplicazione degli interessi sulla somma dovuta.

Difatti la genesi storica dell'anatocismo è molto simile a quella dell'usura e degli interessi: nel diritto romano ha un primo riconoscimento⁷, poi si ritrova nella tradizione canonistica e cristiana prevalentemente sotto forma di divieto⁸. Solo più avanti nel corso del XIX secolo si

⁵ a partire dal XII secolo “il crescente fabbisogno di denaro che [...] condizionò tutti nell'occidente medievale, ... si scontrò con la relativa debolezza della massa monetaria in circolazione, ma ancora di più con l'inadeguatezza delle risorse pecuniarie dei singoli” in LE GOFF J., *Lo sterco del diavolo*, Bari, 2010;

⁶ In pratica si deve ai mercanti italiani l'invenzione della “lettera di cambio che iscriveva le somme a debito da regolare alla fine delle compensazioni occultando anche sapientemente l'interesse. Inventarono praticamente, tutte le «diavolerie» della finanza moderna: lo scoperto di conto corrente, il giroconto, l'assegno” in RUFFOLO G., *op. cit.*, p. 56;

⁷ Dapprima nell'opera di Cicerone si presenta come fenomeno consentito e senza particolari limiti, poi in età repubblicana riceve una prima regolamentazione e infine nel *Corpus Iuris* giustiniano è generalmente vietato.

⁸ Tra i tanti riferimenti si pensi al Salmo 15 “non presta denaro a usura...”, ma anche nell'Esodo (22, 24), nel Levitico (25,35-37) e nel Deuteronomio (23, 20). Si evidenzia un parziale disfavore verso l'applicazione di interessi sulle somme prestate in favore dei fratelli. Pertanto la disapprovazione si ricollega ad una solidarietà cristiana verso il bisognoso o il soggetto in difficoltà;

attenua con l'inserimento nel *code civil* che ha ispirato la disciplina del codice italiano del 1865.

Se l'anatocismo presenta il forte pericolo di incrementare a dismisura il debito così da essere astrattamente contiguo all'usura sollevando analoghe esigenze di controllo e di repressione, rispetto a quest'ultima pone uno specifico e ulteriore problema legato non al quantum, ma al perché, alla ragione, anche in senso giuridico formale, in grado di giustificarne la relativa pretesa. Le previsioni legislative che concernono l'istituto, ispirate ad un'ottica non sempre coerente combattuta tra il permesso ed il divieto, lo collocano su di un terreno delicato. Se infatti gli interessi sul debito assolvono una funzione remunerativa, sembra impossibile ricondurre la produzione di ulteriori interessi sui primi alla stessa *ratio*. Alla luce di quanto previsto dalla disciplina sugli interessi moratori il cui contenuto assorbe in linea di principio quelli corrispettivi, risulta altresì difficile collocare quelli anatocistici entro la tipologia delle misure strettamente risarcitorie. Gli interessi in esame si collocano allora in un'area insidiosa compresa tra la prestazione *sine causa*, il maggior danno (o il danno indiretto non ordinariamente ammesso ex art. 1223 ss. cod. civ.) e la misura sanzionatoria.

Sul piano pubblicistico, per le connessioni esistenti tra la disciplina privatistica dell'obbligazione pecuniaria e la regolazione economica del mercato, la vicenda anatocistica evidenzia probabilmente la debolezza o le pressioni che i principi di giustizia distributiva del sistema dei privati possono subire se messi in relazione con le forze macroeconomiche del sistema .

1. Le origini e lo sviluppo circolare della disciplina in bilico tra il divieto e la sua deroga

L'etimo della parola anatocismo deriva da Ana (“di nuovo”) e tokismo (“usura”) o tokos (“interessi”) e indica la ripetizione (“Ana”) degli interessi (“tokos”), rimandando in tal modo alla possibilità che gli interessi scaduti ne possano produrre ulteriori.

Perciò l'anatocismo da una parte riguarda il denaro e la sua capacità di produrre frutti ovvero l'interesse: evidenzia il mancato godimento da parte del creditore della somma e quindi sostituisce l'utilità che il creditore ne avrebbe potuto trarre; dall'altra però è visto con sospetto in quanto legato al fenomeno dell'usura e alla possibilità che il debito incrementi senza alcun controllo⁹. Questi sono i due principali valori da bilanciare: in *primis* l'interesse del creditore ad ottenere un vantaggio dalla somma prestata e ad ottenere un lucro. Tale necessità si è man mano rafforzata in quanto la ricchezza è sempre meno legata alla proprietà fondiaria e sempre più alla disponibilità di moneta.

Funge da contraltare la necessità di ottenere credito da parte del debitore che, almeno in astratto, deve essere dotato di una capacità di controllo sulla propria esposizione debitoria. Anche su questo versante sono aumentate le possibilità di ottenere denaro tuttavia sono aumentate corrispettivamente anche i casi di sovra indebitamento.

In questo quadro, malgrado le spinte liberiste, svolge un ruolo di grande rilievo lo Stato che con il divieto di usura ha riconosciuto un fenomeno patologico e lo ha regolato; in secondo luogo è intervenuto in funzione riparatoria creando un sistema di ristrutturazione nei casi di eccessivo indebitamento.

⁹ MONTEL A., *Anatocismo*, Nov. Dig. It., Torino, 1957, pg.613;

La disciplina sull'anatocismo è, in relazione ai valori in campo, emblematica: in origine, secondo alcune tesi tradizionali, vi era un divieto assoluto e ad una protezione pressoché totale del debitore. Lo stesso divieto è stato poi interpretato in modo relativo: cioè si è scelto di porre dei presupposti e dei limiti per la sua operatività riconoscendone l'ammissibilità (sulla base di usi contrari, domanda giudiziale e convenzione).

L'origine della regolamentazione italiana deriva dal codice francese a cui ci si è ispirati per subordinare l'anatocismo a condizioni analoghe a quelle previste in Francia.

L'art. 1232 del codice civile del 1865 prevedeva che potessero decorrere interessi sugli interessi o dal giorno di una domanda giudiziale o in forza di una convenzione posteriore alla scadenza degli interessi stessi, oltre che nel caso di usi in materia commerciale. Nella prima ipotesi era previsto che per detti interessi operasse un tasso pari a quello legale mentre la seconda deroga permetteva la pattuizione di un tasso specifico ed entrambe potevano operare solo nel caso di interessi dovuti per un'annata intera. Ciascuna di queste possibilità evidenzia le specifiche ragioni cui sembra essere orientato il contenimento dell'istituto. Il riferimento alla domanda giudiziale pare giustificare la sua applicazione al di fuori dei principi di equilibrio contrattuale piuttosto come meccanismo sanzionatorio indiretto verso il debitore inadempiente oltre che in vista di una riduzione del contenzioso giudiziario.

La specifica convenzione successiva alla scadenza evidenzia, d'altronde la stretta correlazione tra anatocismo, suo divieto, e rispettivamente il rischio di rendere indeterminato ed indefinito il contenuto dell'obbligo sottraendolo alla piena consapevolezza e controllo del debitore.

Il riferimento agli usi contrari manca evidentemente di una specifica ragione giustificativa mentre risulta chiaramente previsto in ossequio allo scopo di lucro che anima determinati settori economici. (Ciò non toglie che anche rispetto a tale ipotesi si imponga una verifica sull'esistenza di una ragione sufficiente in grado di costituire il fondamento della relativa pattuizione). La ragione generale è quella per cui si giustifica l'effetto anatocistico come conseguenza dell'inadempimento del debitore. Si ritiene infatti che se quest'ultimo non ha

disponibilità per pagare vi sono due possibilità: o contrae un altro debito verso un terzo che gli concede la somma per pagare il primo creditore, ed in tal caso il debito così contratto produrrà regolarmente interessi (che si cumuleranno sul piano pratico a quelli dovuti al primo creditore); oppure permane il suo debito con il primo e si permette l'applicazione dell'anatocismo¹⁰, così che dei nuovi interessi insieme con i precedenti si gioverà il medesimo creditore senza introdurre praticamente alcun trattamento deteriore per il debitore rispetto all'ipotesi precedentemente descritta. La parificazione delle due situazioni è, come si vedrà, ineccepibile solo presupponendo una totale libertà nella determinazione degli interessi da parte del secondo creditore, che in ipotesi potrebbero essere talmente elevati da equiparare quelli composti del primo. È dunque una soluzione del tutto inaccettabile nel nostro attuale sistema in cui ci sono importanti previsioni contro l'usura considerata a buona ragione una vera e propria piaga sociale. Altro presupposto inespresso è che il debito non pagato o meglio la "parte" di debito rimasta inadempita sia quella relativa agli interessi. Basterebbe stabilire la regola per la quale i pagamenti via via effettuati dal debitore vanno in prima battuta a coprire il capitale e solo successivamente gli interessi, che il discorso cambierebbe profondamente e le due ipotesi non risulterebbero più assimilabili. In definitiva nel ragionamento c'è una sorta di riserva mentale, già implicita, nel rapporto capitale ed interessi rispetto al dovere di restituzione.

La previsione di una norma specifica sull'anatocismo viene peraltro in genere letta per il riconoscimento e la legittimazione previsti per l'istituto piuttosto che per le limitazioni dalle quali viene circondato: da tale punto di vista servì a venire incontro alle esigenze commerciali sempre più basate sul denaro e sullo sviluppo della rivoluzione industriale.

Pertanto nella disciplina del 1865 sono tre le figure individuabili: l'anatocismo giudiziale, quello convenzionale ed infine quello in materia commerciale (previsto al secondo comma).

¹⁰ ci si riferisce alla relazione al codice del 1865 citata da INZITARI B., *Art. 1277-1284 Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna, 2011, p. 299, v. anche INZITARI B., *Interessi*, in *Digesto disc. Priv.*, vol. IX, Torino, 1993, p. 594; MONTEL A., *op. cit.*, p. 614;

Quest'ultimo costituiva uno spazio operativo a sé che doveva trovare fondamento negli usi e nelle consuetudini commerciali; a questi si aggiunse la disciplina del conto corrente all'interno del codice di commercio del 1882 (artt. 345-348) che era considerata ipotesi ulteriore non riconducibile alla restante disciplina anatocistica. Si crea pertanto un'eccezione al divieto di grande rilievo coerente con il ruolo di controllo del settore monetario e delle scelte creditizie assunto dalle banche, non per questo sottratto agli ordinari controlli causali e giustificativi delle pattuizioni private. Viene dunque delineato un doppio binario di regolamentazione dell'istituto: da una parte quello sul quale si collocano le obbligazioni civili e dall'altra quello proprio delle obbligazioni commerciali. Questa suddivisione scompare, almeno sulla carta, in conseguenza dell'unificazione dei codici, per quanto invero resti in parte in vigore sotto nuove vesti. L'evoluzione storica appena descritta può spiegare perché per anni la giurisprudenza ammetta che le banche applichino l'anatocismo senza una verifica concreta delle basi giuridiche. Questo fino al *revirement* della Cassazione che porta il legislatore a creare un nuovo sdoppiamento testuale che prende forma con la nascita dell'anatocismo bancario all'interno del Testo Unico Bancario. In parte la soluzione è un ritorno all'antico attestando uno sviluppo quasi circolare dell'anatocismo la cui disciplina di nuovo viene ad articolarsi in due regole distinte: una per l'ambito civile, l'altra per quello bancario. La ragione della scelta a favore dell'istituto e della sua applicazione ordinaria in materia bancaria è da ricercarsi nelle spinte spesso tra loro contraddittorie di cui tale ambito è teatro e terreno di confronto in modo sempre più evidente. Il settore bancario è infatti più di ogni altro sensibile alle dinamiche economiche e di mercato e in grado di costituirne l'ago della bilancia.

In esso si presenta complesso l'equilibrio tra i diversi e delicati valori che spetta allo Stato proteggere e governare: per questo lo Stato in bilico tra la protezione del debitore e quella del creditore (banca), è stato chiamato in posizione autorevole a dirimere il contrasto tra le pretese

del mercato ed una giurisprudenza sempre più attenta ad esigenze di protezione delle parti deboli.

Anche recentemente la situazione si è fatta particolarmente complessa tanto da rendere probabile il ritorno ad un parziale restringimento del fenomeno¹¹.

¹¹ Con le modifiche avvenute nel 2013 si è assistito secondo alcuni ad una scomparsa dell'anatocismo bancario v. legge 147 del 2013 art. 1 co. 629;

2. L'analisi della norma: la distinzione tra anatocismo e capitalizzazione.

E' in primo luogo necessario soffermarsi sulla distinzione tra capitalizzazione e anatocismo: spesso i due termini sono utilizzati come sinonimi. Alcuni autori parlano dell'anatocismo come capitalizzazione di interessi e assimilano i due concetti: con ciò implicano che gli interessi si trasformino in capitale¹².

Vi è invece chi sottolinea la distinzione¹³: la capitalizzazione in senso giuridico dovrebbe comportare piuttosto la trasformazione dell'obbligazione accessoria in principale, ovvero l'assoggettamento della prima al regime proprio della seconda. Invero ciò comporterebbe che l'obbligazione di interessi seguirebbe le sorti di quella principale. La soluzione non determina particolari problemi nel caso in cui l'obbligazione principale sia affetta da vizi preesistenti: se l'obbligazione principale è nulla o annullabile lo è anche quella accessoria; ma conduce a conclusioni poco plausibili al contrario se si applica nel caso di cause di estinzione sopravvenute: si pensi quando vi sia stato il pagamento della obbligazione principale oppure la remissione o ancora la prescrizione. Ove l'anatocismo fosse equiparato alla capitalizzazione qualunque effetto estintivo sull'obbligazione principale si ripercuoterebbe su quella secondaria di interesse. Invece a prescindere dalla causa di estinzione sopravvenuta il debito di interessi non dovrebbe considerarsi estinto.

Tale conclusione include anche ulteriori conseguenze. In termini di disciplina giuridica il regime applicabile all'una viene parificato a quello destinato all'altra anche quando è

¹² tra i tanti INZITARI B., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2011 p. 444;

¹³ DI PIETROPAOLO M., *Osservazioni in tema di anatocismo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2001, pp. 99 e ss.; COLOMBO C., *L'anatocismo*, Milano, 2007, p. 37; BARBA V. *La disciplina legale dell'anatocismo nel sistema codicistico*, in *L'anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, a cura di CAPALDO G., Padova, 2010;

differente: ad esempio in tema di imputazione di pagamento (art. 1194 cod. civ.), quietanza (art. 1199, co. 2°, cod. civ.) e cessione del credito (art. 1263, co. 3° cod. civ.)¹⁴.

Quindi intendere la capitalizzazione come istituto in forza del quale l'obbligazione di interessi si trasforma in obbligazione principale ha importanti risvolti applicativi. In materia di prescrizione essi sarebbero assai rilevanti oltre che discutibili, posto che la capitalizzazione determinerebbe una deroga al regime della prescrizione degli interessi (art. 2948 n. 4 cod. civ.); una conseguenza, invero, che non sembra ammissibile a causa dell'inderogabilità della disciplina (art. 2936 cod. civ.)¹⁵.

Al contrario se si prende in considerazione l'effetto matematico o economico della capitalizzazione, essa viene ad indicare che è l'interesse stesso ad essere computato per la produzione di ulteriori interessi. Difatti l'operazione di aumento del debito non muta, posto che si produce sia nel caso in cui l'interesse venga assorbito dal capitale sia nel caso rimanga obbligazione accessoria a sé stante.

Data questa premessa terminologica sembra più corretto considerare l'anatocismo come un congegno in forza del quale in cui gli interessi producono altri interessi e abbandonare il concetto di capitalizzazione che rischia di assumere il significato più sopra descritto, quello, cioè (improprio) di trasformazione dell'obbligazione secondaria in primaria.

Ad una prima analisi l'articolo 1283 cod. civ. è considerata quale norma che vieta l'anatocismo, pertanto si tratterebbe di una norma di divieto¹⁶. Tuttavia se si raffronta la disposizione con altri divieti nell'ordinamento si possono evidenziare alcune peculiarità: la norma sull'anatocismo è formulata in positivo, difatti evidenzia i casi in cui il fenomeno è ammissibile. Ciò a differenza di altre norme che pongono un divieto: si pensi al patto

¹⁴ DI PIETROPAOLO M., *op. cit.*, p.102 che indica anche il privilegio (art. 2749 cod. civ.), il pegno (art. 2788 cod. civ.), l'ipoteca (art.2855, commi 2° e 3°, cod. civ.) e la prescrizione (art. 2948 n. 4 cod. civ.);

¹⁵ DI PIETROPAOLO M., *op. cit.*, p.104;

¹⁶ BRECCIA U., *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 351;

commissorio o ai patti successori dove è espresso il divieto nonché le conseguenze patologiche in caso di violazione.

Al contrario l'art. 1283 cod. civ. è una norma proibitiva non formalmente perfetta: non vi è prescritta alcuna sanzione né alcuna conseguenza per il soggetto o per l'atto, come al contrario accade per molte norme contenenti un divieto.

Secondo altri tuttavia non vi sarebbe dubbio sul fatto che la norma esprima un divieto in quanto disapprova chiaramente le condotte anatocistiche limitando quelle legittime a casi determinati. Qualora si aderisca a tale tesi si deve stabilire tuttavia se si tratti di un divieto assoluto o relativo e quindi se la norma sia o meno derogabile ed ancora quali conseguenze discendano dalla sua violazione.

La norma odierna (ma anche l'art. 1232 del previgente codice) detta una regolamentazione derogatoria della materia, lasciando spazio a diverse eccezioni. Se ne possono individuare tre incentrate rispettivamente sulla presenza di usi contrari, su una domanda giudiziale ed infine su una convenzione posteriore alla scadenza. Gli ultimi due casi necessitano di un requisito aggiuntivo ovvero che gli interessi dovuti siano dovuti almeno per sei mesi.

Pertanto vi è un anatocismo permesso da usi contrari, uno denominato giudiziale ed infine uno convenzionale. Le due forme di anatocismo consentito erano presenti, come si è detto, già nel codice del 1865, ma gli interessi dovevano essere dovuti per almeno dodici mesi anziché sei. Invece la deroga riferibile agli usi era limitata alle sole materie commerciali (art. 1232, co 2° cod. civ. 1865) e le casse di risparmio potevano intervenire con dei regolamenti anche a modificare il termine annuale per la decorrenza dell'interesse sull'interesse.

Sulla base dei dati evidenziati si può affermare che la norma predispone una disciplina regolamentata e riservata al legislatore, come tale non modificabile dall'autonomia negoziale.

La conclusione non è tuttavia pacifica poiché una parte della dottrina ne ammette la modificabilità pattizia¹⁷.

Altra questione è se si tratti di norma imperativa o meno: la scelta ha importanti risvolti pratici in tema di sanzione applicabile ed interpretazione della deroga sugli usi contrari nonché sulla possibilità di stipulare una convenzione anteriore.

Il problema non è di facile risoluzione in quanto la nozione di norma imperativa è complessa e non univoca. Preliminarmente si deve sciogliere il nodo della derogabilità dell'art. 1283 cod. civ.: è evidente che chi ritiene che la norma sia derogabile non si pone il problema della sua imperatività. In realtà la disciplina mette in crisi alcuni canoni interpretativi: spesso infatti l'imperatività di una norma equivale ad una sua inderogabilità. Tuttavia la disciplina sull'anatocismo si apre con una espressa deroga legislativa: la norma speciale derogante coincide con quella che prevede un uso contrario. La dottrina ha evidenziato l'eccezionalità della previsione in quanto si tratterebbe di un raro caso di norma imperativa derogata dagli usi (di tipo normativo per la tesi prevalente) in virtù di un espresso richiamo legislativo¹⁸. Quindi il legislatore ribalta la naturale subordinazione gerarchica degli usi rispetto alla legge e crea una deroga attraverso un richiamo alla fonte consuetudinaria.

La giurisprudenza ha originariamente indicato l'imperatività sulla base dell'individuazione dell'interesse pubblico protetto, aderendo alla tesi che ricerca la *ratio* per delineare l'imperatività di una norma¹⁹. Non tutti condividono però l'inderogabilità della norma, soprattutto sul rilievo che essa non esprima un valore essenziale dell'ordinamento²⁰.

¹⁷ SCOZZAFAVA T.O., *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001, p. 170.

¹⁸ INZITARI B., *Gli interessi*, in *Dig. Disc. Priv.*, IX, Torino, 1993, p. 595; propendono per l'imperatività della norma anche LIBERTINI M., *Gli interessi*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, p. 137; BARBA V., *op. cit.*, p. 87; COLOMBO C., *op. cit.*, p. 59;

¹⁹ Cass. Civ., sez. II, 06.05.1977, n. 1724, in RICCIO A., *L'anatocismo*, Padova, 2002, p. 5 e ss. in cui i giudici affermano che la norma "presidia l'interesse pubblico ad impedire una forma, subdola, ma non socialmente meno dannosa delle altre, di usura, ed i patti conclusi in sua trasgressione sono nulli ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.";

²⁰ SCOZZAFAVA T.O., *L'anatocismo e la Cassazione: così è se vi pare*, in *I contratti*, 3, 2005, p. 227;

2.1. Gli usi contrari:

Anche nella norma del codice del 1865 vi era la possibilità che l'anatocismo fosse ammesso in virtù di un uso ovvero di una regola di comportamento nata in modo spontaneo, naturale ed informale²¹. Il concetto di uso, in origine poco considerato dagli studiosi, può di certo annoverare la questione della clausola derogatoria dell'art. 1283 c.c. tra i momenti che lo hanno posto al centro delle discussioni e dello studio di dottrina e giurisprudenza. Tale momento di centralità ha evidenziato che, in materia di usi, quasi nulla sia esente da dispute a partire dalla coincidenza di senso tra uso e consuetudine²².

Invero il problema basilare è quello della ricostruzione dei requisiti della consuetudine da sempre in bilico tra uno o due pilastri: il requisito esterno e quello interno. Il primo è basato sul decorso del tempo e sulla reiterazione dei comportamenti da parte dei consociati. L'uso infatti si consolida quando è oggetto di una ripetizione attuata dalla generalità degli individui e con applicazione uniforme²³. Inoltre si aggiungono i profili della costanza, quale non interruzione, e della frequenza in quanto i comportamenti devono essere attuati a brevi intervalli l'uno dagli altri e, infine, della pubblicità.

Il secondo pilastro, più discusso, è incentrato sull'adesione psicologica del consociato alla regola, sulla base della credenza che si tratti di una regola giuridica già esistente nell'ordinamento (*opinio iuris et necessitatis*). In modo analogo ad altri concetti dell'ordinamento che si basano su un dato psicologico (si pensi all'*animus* nel possesso) vi sono tesi che propongono di negare qualsiasi rilievo ad un elemento soggettivo e altre che

²¹ Il concetto di uso è stato efficacemente costruito sulla base della contrapposizione con la legge: entrambe sono modi tipici di produzione di diritto ovvero di regole. Da una parte però la consuetudine nasce in modo spontaneo, naturale ed informale e spesso è originata da conflitti sociali; dall'altra la legge invece trae origine da un potere intermedio organizzato e presenta caratteri opposti di essere creata di riflesso, con formalità ed in modo artificiale. Per tale ricostruzione v. BOBBIO N., *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 426.

²² FRANCESCHELLI R., *La consuetudine (diritto moderno)*, in *Nov. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 321-322 dove si scrive che la disputa sulla presunta diversità tra la nozione di consuetudine e usi ha perso pregio a partire dal codice del 1942 che ha preferito utilizzare il secondo termine.

²³ Cfr. BOBBIO N., *op cit.*, p. 428, secondo cui il concetto di ripetizione comprende anche quello di uniformità di comportamenti non potendo esistere una ripetizione di condotte diseguali.

cercano di oggettivizzarlo²⁴. Invero il concetto di *opinio* consuetudinaria è ancora alla base delle pronunce della giurisprudenza che hanno riguardato l'anatocismo²⁵.

Sugli usi, richiamati dalla disciplina anatocistica, si sono posti diversi quesiti: in primo luogo a quale tipo di usi si riferisca la disposizione del codice se a quelli negoziali o a quelli normativi; in secondo luogo se gli usi a cui si riferisce siano solo quelli formati in un momento antecedente o anche posteriore alla redazione del codice civile; in terzo luogo se usi precedentemente formati possano poi essere inclusi come condizioni generali del contratto o assumere rilevanza se accolti da un orientamento giurisprudenziale.

Il primo aspetto è sulla natura degli usi considerati dall'art. 1283 cod. civ.: spesso si è ripetuto con certezza che il richiamo fosse ai soli usi normativi. Tuttavia la norma non fornisce una indicazione in merito per cui è necessario verificare la soluzione in base alle specifiche caratteristiche delle due categorie. L'uso negoziale ha forza derogatoria della legge in quanto ha la stessa efficacia delle disposizioni contrattuali, si applica solo su conforme volontà delle parti e di esso si può dimostrare la non conoscenza; al contrario l'uso normativo, in quanto fonte del diritto, si applica anche se ignorato dalle parti e genera norme giuridiche la cui

²⁴ Come scrive BOBBIO N. *op. cit.*, p 429 ss. il fondamento della consuetudine è stato individuato in diversi basi: secondo una prima tesi risiederebbe nella volontà del soggetto che detiene il potere coincidente o con la volontà del popolo o con quella del sovrano; una seconda tesi lo ravvisa nel comportamento dei soggetti a cui è rivolto ovvero agli utenti: questi ultimi si conformano alla consuetudine in quanto sono convinti della valenza giuridica e obbligatoria di tale comportamento; una terza lo spiega sulla base del rilievo che si tratti di una materia regolata dal diritto e dunque sulle norme giuridiche che la contemplano; infine ad avviso di una quarta la forza normativa della consuetudine si basa sul suo riconoscimento da parte del giudice. L'Autorevole studioso a cui si deve la ricognizione delle precedenti opinioni ritiene che nessuna di queste possa essere considerata risolutiva e che soprattutto le teorie che si richiamano all'*opinio iuris*, e alla materia regolata e al riconoscimento giudiziario anziché escludersi l'una con l'altra formano un circolo: "come e in quale momento si forma questa credenza? Essa si forma nel momento in cui l'utente ritiene probabile che, se egli violasse la regola, il suo atto sarebbe considerato illecito dall'organo giudiziario incaricato di mettere in moto l'apparato della coazione. In altre parole il requisito dell'*opinio* rimanda alla probabile applicazione da parte del giudice per determinare la sanzione: il che val quanto dire che, dal punto di vista dell'utente, è giuridica quella consuetudine che egli ha fondate ragioni di credere (*opinio*) che il giudice applicherà. A sua volta la teoria del giudice rimanda a quella della materia: e infatti con quale criterio questi applica e quindi rende esecutiva ai fini della sanzione una regola consuetudinaria, e ne esclude e o ignora altre? Il maggior argomento che il giudice può addurre è fondato *ratione materiae*, cioè consiste nel dimostrare che essa ha una particolare rilevanza sociale (...) Infine la teoria della materia rinvia a quella dell'*opinio* e il circolo si chiude (...) ha particolare rilevanza sociale, è giusta, è necessaria, quella regola, che è generalmente e costantemente ripetuta con la particolare convinzione della sua obbligatorietà; v. BOBBIO N., *op.cit.*, p. 435

²⁵ Tra tutte la sentenza di *revirement* Cass. SSUU, n. 4 novembre 2004, edita *ex multis* in Foro It., I, pp. 2394 e ss., ma anche tra le sentenze di modifica dell'orientamento giurisprudenziale si veda Cass. Civ., sez. 1, n. 12507 del 11/11/1999 in *Corriere giuridico*, 1999, 12, p. 1485, per cui "Il requisito soggettivo, per vero, è contestato da una parte della dottrina; ma al collegio sembra che da esso non si possa prescindere, senza rendere di difficile percezione l'essenza del fenomeno consuetudinario giuridicamente rilevante (e non ridotto al rango di mera prassi)";

esistenza può essere rilevata d'ufficio dal giudice²⁶. Invero, come si è sostenuto, queste distinzioni nulla dicono quando una norma si riferisca in modo generico agli usi e si debba decidere a quale categoria corrisponda il richiamo. Una tesi risolve il problema sostenendo che il dubbio debba essere sempre sciolto a favore degli usi normativi quando il legislatore non abbia dato indicazioni. Difatti l'uso negoziale per la sua forza derogatoria si pone in posizione di eccezionalità e quindi deve essere sempre oggetto di un esplicito rinvio del legislatore. Solo quest'ultimo può abdicare all'esercizio della funzione legislativa e attribuirla ai privati, ma quando lo fa il rinvio non può essere implicito o generico come quello dell'art. 1283 cod. civ.²⁷. Altra dottrina si basa sulla diversa terminologia utilizzata dal legislatore: quando si riferisce agli usi negoziali infatti esplicita il richiamo alle clausole d'uso nel senso che si suole ripeterle²⁸. Invero chi sostiene la natura imperativa della norma dovrebbe escludere radicalmente la sua derogabilità da parte dell'autonomia negoziale²⁹.

Appurato che si tratta di usi normativi si pone il secondo problema legato al momento di formazione degli stessi. In altre parole se si debbano considerare ammissibili solo gli usi formati in un tempo antecedente al codice del 1942 ovvero se la norma contempli anche usi formati in un tempo successivo.

I sostenitori della seconda tesi rilevano che se si limitasse l'uso al passato si creerebbe un contrasto con l'art. 8 delle disposizioni preliminari al codice civile in quanto quest'ultimo prevede un sistema aperto che non presuppone un tempo di produzione della consuetudine³⁰.

²⁶ PAVONE LA ROSA A., *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 519;

²⁷ BARBA V., *op. cit.*, p. 70;

²⁸ DI PIETROPAOLO M., *op. cit.*, p. 111

²⁹ Gli usi negoziali infatti hanno la funzione interpretativa/integrativa della volontà contrattuale in caso di dichiarazione ambigua o equivoca (art. 1368 cod. civ.) o lacunosa (art. 1340 cod. civ.); si applicano a meno che la parte non provi che gli erano ignoti o non voluti (a differenza dell'uso normativo che in quanto fonte di diritto obbliga anche se non conosciuto dalle parti); hanno efficacia derogatoria della norma dispositiva; devono essere provati dalla parte che ne chiede l'applicazione ai sensi dell'art. 2697 cod. civ.); infine non è sindacabile dal giudice di legittimità in quanto la sua applicazione o falsa interpretazione coincide con una questione di fatto. Cfr. GUARNERI A., voce *Usi*, in *Dig. Disc. Priv.*, vol. XIX, Torino, 1999, p. 531;

³⁰ CABRAS G., *Conto corrente bancario e anatocismo tra diritto e pregiudizio*, in *Vita not.*, 1999, p. 521 specifica che "il richiamo agli usi, richiesto dall'art. 8 delle disp. sulla legge in generale riguarda solo la fonte e non già il tempo della produzione normativa"

Al contrario vi è chi evidenzia come il carattere imperativo della norma non possa legittimare il formarsi di un uso contrario alla legge stessa perché si risolverebbe in una violazione sistematica della norma³¹.

2.2. L'anatocismo giudiziale:

Si ammette che si producano interessi anatocistici quando siano richiesti con una domanda giudiziale (a patto che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi).

E' dunque necessaria l'instaurazione di un processo volto al riconoscimento degli interessi composti che si concluda con la condanna del debitore al pagamento degli interessi scaduti.

Primo problema riguarda la locuzione domanda giudiziale: questa rimanda all'instaurazione di un processo e quindi dovrebbe escludere tutte le controversie stragiudiziali. Pertanto non è sufficiente che il creditore effettui una diffida ad adempiere (art. 1454 cod. civ.) oppure costituisca in mora il debitore (art. 1219 cod. civ.). Posto questo limite negativo è necessario verificare se possano essere idonei a rientrare nella dizione codicistica solo gli atti istitutivi di un processo (atto di citazione, ricorso etc.) o anche altri atti. La lettura più convincente è quella che focalizza il problema sulla funzione della domanda piuttosto che su quello del momento in cui è presentata³². In tal modo non è solo l'atto introduttivo che può fondare la domanda di anatocismo, ma anche tutti quelli che abbiano la funzione di formulare domande giudiziali all'interno del processo. Si pensi alla comparsa di costituzione e risposta con cui venga presentata una domanda riconvenzionale di condanna al pagamento degli interessi anatocistici. D'altra parte è la stessa norma che con la formulazione ampia di domanda rimanda a tutti quegli atti che siano idonei ad introdurre delle richieste all'interno del processo.

³¹ INZITARI B., *Convenzione di capitalizzazione trimestrale degli interessi e divieto di anatocismo ex art. 1283 codice civile*, in *Foro it.*, 1995, I, 412; e FARINA V., *Recenti orientamenti in tema di anatocismo*, in *Rass. Dir. Civ.*, 4, 1991, p. 785;

³² BARBA V., *op. cit.* p. 80;

Permane tuttavia il problema del momento, ovvero se sia possibile che la richiesta possa essere proposta successivamente quale domanda nuova o introdotta in giudizio nel corso del processo di appello. La dottrina si esprime in senso negativo per cui la domanda deve essere proposta nella fase introduttiva di un giudizio³³.

La richiesta deve essere specifica ovvero deve chiaramente rivolta alla pretesa di ottenere gli interessi sugli interessi. Pertanto non può discendere da una generica domanda con cui sia richiesto il pagamento di interessi generici o di diversa specie (es. moratori), ma solo a quelli espressamente configurati come composti. Ciò deriva dalla necessità di rispettare la *ratio* della domanda giudiziale che è quella di rendere edotto e consapevole il debitore dell'accumulo degli interessi sulla somma da lui dovuta. Tuttavia questa *ratio* non spiega in toto il meccanismo dell'anatocismo giudiziale: difatti se solo così fosse potrebbero svolgere la medesima funzione altri strumenti equivalenti come quelli previsti in tema di atti interruttivi della prescrizione (art. 2943 cod. civ.)³⁴.

Di conseguenza l'eccezione dell'anatocismo giudiziale si spiega in relazione alla tutela garantita dal sistema processuale come strumento di controllo sul meccanismo degli interessi sugli interessi. E' solo una sentenza di condanna che permette di produrre l'effetto anatocistico non un'azione unilaterale del creditore o un automatismo. Il rispetto delle regole del sistema processuale rappresenta, secondo tale tesi, il valore primario mentre assume un ruolo secondario la tutela del debitore e la sua consapevolezza. Nell'anatocismo giudiziale questa finalità non è prioritaria o, perlomeno, si può considerare come indiretta. Una dottrina porta ad esempio il caso di un decreto ingiuntivo dove la notifica è successiva e quindi la conoscenza del debitore avviene solo dopo la proposizione della domanda³⁵. Tale caso non è inammissibile e dimostra come sia più rilevante il rispetto delle regole processuali e, in

³³ MONTEL A., *op.cit.*, p.615 in cui afferma che “gli interessi sugli interessi non possono chiedersi nella comparsa conclusionale o nel ricorso, né nel precetto”.

³⁴ COLOMBO C., *op. cit.*, p. 37;

³⁵ COLOMBO C., *op. cit.*, pp. 37-38;

apparenza, secondaria la conoscibilità da parte del debitore. Come detto si vuole ottenere maggiore certezza e limitare le azioni unilaterali o stragiudiziali del creditore. Non va trascurata inoltre la funzione di deterrenza che assume tale previsione allorché lega la pretesa degli interessi composti all'azione giudiziale. L'iniziativa processuale può essere intesa come segnale della gravità dell'inadempimento rispetto al quale gli interessi in questione assumono una funzione, quanto meno *lato sensu*, punitiva (analoga a quella svolta da altre figure d'oltralpe come le *astreintes* francesi), ad assolvere la quale appare indispensabile l'intervento del giudice "naturalmente" deputato ad essa.

Ultimo aspetto riguarda la questione temporale di quali interessi possano essere compresi nella pronuncia del giudice: ciò sottintende due diverse problematiche; la prima attiene al requisito della debenza degli interessi per almeno sei mesi, l'altra è se siano inclusi anche gli interessi che maturano in corso di causa.

Il primo aspetto concerne sia l'anatocismo giudiziale che quello convenzionale: la norma si riferisce agli interessi scaduti e dovuti, facendo riferimento all'esigibilità degli stessi. Come è noto infatti si distingue tra maturazione e scadenza degli interessi: questi due momenti possono non coincidere. Il primo corrisponde alla venuta ad esistenza dell'interesse in quanto frutto della cosa (*ex artt. 821 cod. civ.*); il secondo invece si riferisce al momento fissato per l'adempimento e quindi identificabile anche in ragione dell'inesistenza di ostacoli giuridici all'acquisizione della prestazione da parte dell'*accipiens*. La scadenza costituisce il presupposto dell'applicazione dell'anatocismo per cui sia la domanda giudiziale che la convenzione devono intervenire dopo tale momento. L'autonomia privata può incidere sul momento in cui gli interessi debbono essere corrisposti prevedendo che tale periodo coincida con un semestre o un anno. In questo modo solo alla scadenza di tale periodo gli interessi possono considerarsi esigibili dal creditore.

Ricorrerà dunque il primo presupposto (essere gli interessi scaduti al momento della domanda), fermo restando che potranno produrre anatocismo tutti gli interessi ovvero, se si

accoglie la tesi dell'accumulo minimo di interessi per sei mesi, due gruppi di interessi. L'art. 1283 cod.civ. prevede infatti che siano dovuti per sei mesi: il concetto di debenza non coincide dunque ai fini dell'applicazione della norma con quello di scadenza. Il termine temporale di debenza indica infatti che si deve trattare di interessi primari "almeno" semestrali e così stabilisce un termine iniziale a partire dal quale può prodursi l'anatocismo. Questa dovrebbe essere la base su cui applicare il calcolo degli interessi composti. L'avverbio "almeno" (non presente nella disciplina del 1865) dovrebbe indicare uno sbarramento per evitare tentativi di riduzione della base di calcolo. Difatti minore è l'arco temporale su cui si calcola l'anatocismo maggiore è l'effetto moltiplicatore della somma dovuta. Pertanto l'avverbio dovrebbe indicare un arco temporale idoneo ad evitare un effetto eccessivamente punitivo nei confronti del debitore³⁶.

Altra tesi, invece, interpreta l'arco temporale come un ulteriore requisito ovvero che gli interessi siano stati accumulati per almeno sei mesi: in questo modo potrebbero determinare anatocismo solo gli interessi primari che abbiano completato il ciclo temporale semestrale³⁷.

Va tuttavia combinata tale regola con la necessità della loro scadenza al momento della domanda. Se infatti le parti hanno stabilito a monte che gli interessi devono essere corrisposti sulla base di un computo quadrimestrale ciò permette che la domanda giudiziale di anatocismo possa essere proposta solo dopo che siano scaduti due quadrimestri (che avranno consentito di superare il limite semestrale di debenza degli interessi) e ferma restando l'applicazione dell'anatocismo su tutti o su gruppi di interessi di durata semestrale. *Nulla quaestio*, al contrario, se sia stato determinato un computo maggiore ultrasemestrale perché in quel caso l'anatocismo potrà determinarsi solo dopo che gli interessi primari siano scaduti e quindi siano esigibili³⁸.

³⁶ *contra* FEDELE A., *Appunti in tema di anatocismo giudiziale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1952, p. 31, che mette in dubbio il vantaggio a favore del debitore di un periodo prima del quale applicare l'anatocismo.

³⁷ *Contra* BARBA V., *op. cit.*, pp. 77-78;

³⁸ COLOMBO C., *op. cit.*, p. 32 nota 36;

Il problema sorge nel momento in cui le parti nulla hanno previsto in tema di periodicità: si pone il problema se i due momenti coincidano o rimangano distinti. Alcuni autori ritengono che vi sia sempre una coincidenza tra maturazione e scadenza quando le parti non abbiano pattuito in merito³⁹. In questo caso una parte della dottrina ritiene che la scadenza sia determinata dagli usi o che coincida con l'anno come previsto dall'art. 1284 cod. civ.⁴⁰ Tuttavia solo dal momento in cui gli interessi sono esigibili si verifica il fatto che siano dovuti (come richiede l'art. 1283 cod. civ.): quindi è da quel momento che possono essere richiesti gli interessi sugli interessi⁴¹.

Il secondo problema è strettamente legato al primo e riguarda la questione se siano inclusi nella domanda anatocistica anche gli interessi che siano maturati nel corso della causa. Ove si aderisse alla tesi dell'accumulo semestrale non possono essere ricompresi quelli che non abbiano completato tale ciclo minimo⁴². Altra parte della dottrina evidenzia come si devono riconoscere anche gli ulteriori interessi in applicazione del principio per cui il tempo della lite non può andare a danno del vincitore⁴³.

2.3. L'anatocismo convenzionale:

L'anatocismo convenzionale si riferisce ad un accordo tra le parti che permetta la produzione dell'effetto anatocistico: tale accordo deve essere posteriore alla scadenza degli interessi e per almeno sei mesi di debenza degli stessi.

La *ratio* che limita l'eccezione temporalmente è la protezione del debitore e la finalità di assicurare la sua consapevolezza sull'effetto e sul costo dell'operazione economica. Ove infatti la convenzione fosse anteriore potrebbe essere presentata come condizione per

³⁹ MARINETTI G, *Interessi*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962 p. 862;

⁴⁰ BRECCIA U., *op. cit.*, p. 350;

⁴¹ BARBA V., *op. cit.*, p. 76.

⁴² COLOMBO C., *op. cit.*, p. 33 per cui devono essere esclusi dall'anatocismo gli interessi per i quali non si è completato l'accumulo (minimo) semestrale.

⁴³ INZITARI B., *Interessi op. cit.*, p. 595; BARBA V., *op. cit.*, p. 85.

l'accesso al credito. In tal modo si evita che il consenso del debitore sia carpito e originato dalla posizione di squilibrio a favore di chi concede il credito⁴⁴.

In questa terza eccezione dunque è maggiore la difesa del *solvens* laddove, invece, nel caso giudiziale è più evidente un limite all'iniziativa del creditore che è garantita dalle regole processuali. Nella convenzione la protezione è offerta nel momento di maggiore debolezza del debitore ovvero quando egli cerca di ottenere il credito⁴⁵.

Nel caso di convenzione anteriore è necessario verificare le conseguenze patologiche per la violazione della norma. Difatti quest'ultima, come detto non indica la sanzione applicabile in caso di anatocismo non corrispondente alle forme concesse. Pertanto la conseguenza è che la convenzione sia nulla e che gli interessi sugli interessi non siano dovuti. Tale conclusione discende dalla adesione alla tesi che considera l'art. 1283 cod. civ. una norma imperativa: la violazione delle regole date infatti comporta una nullità virtuale della pattuizione. La dottrina sembra non mettere in dubbio l'imperatività della disposizione⁴⁶ e così anche la giurisprudenza⁴⁷.

La norma non offre una vera disciplina della convenzione di anatocismo, ma si limita a regolare solo l'effetto finale di produzione degli interessi sugli interessi. Come si è osservato deve parlarsi di contratto consensuale ad effetti obbligatori che non può considerarsi tipico, ma almeno nominato in quanto riconosciuto dal legislatore in una disposizione di legge⁴⁸.

Una delle questioni che si è posta in relazione agli effetti della convenzione è se essa possa essere retroattiva ovvero se possa applicarsi anche agli interessi precedentemente formati. Se

⁴⁴ MONTEL A., *op.cit.*, p.614, il quale parla della finalità di impedire che la convenzione sia imposta quale *condicio sine qua non* del mutuo; INZITARI B., *Interessi op. cit.*, p. 595.

⁴⁵ BARBA V., *op. cit.*, p. 86 parla di debolezza giuridica del debitore e della necessità di evitare che il debitore si assoggetti ad un accordo di cui non avverte la forza e le conseguenze economiche;

⁴⁶ BARBA V., *op. cit.*, p. 87, COLOMBO C., *op. cit.*, p. 59,

⁴⁷ si considera affetta da nullità la convenzione posteriore: Cass., 2 ottobre 2003 n. 14688, inedita; Cass., 13 dicembre 2002, n. 17813; le sentenze riguardano fattispecie in cui la convenzione di anatocismo è contenuta in un contratto (ad es. di mutuo) pattuita contemporaneamente alla stipulazione del contratto a cui accede. Le sentenze concordano nel sostenere la nullità della pattuizione. In specie Cass., 13 dicembre 2002, n. 17813, sostiene "la nullità del patto anteriore alla scadenza comporta che gli interessi secondari, quelli derivanti da anatocismo, non possano essere dovuti che al tasso legale". Tale inciso che sembra riferirsi agli interessi dovuti dalla convenzione si riferisce invece agli interessi composti dovuti in seguito alla domanda giudiziale in applicazione dell'art. 1284 cod. civ.;

⁴⁸ BARBA V., *op. cit.*, p. 87;

così fosse questa seconda deroga al divieto di anatocismo potrebbe avere un'applicazione temporale più ampia di quella operante in ambito giudiziale in cui il termine iniziale è posto dalla data della domanda.

L'autonomia negoziale delle parti può dunque retrodatare l'effetto anatocistico e prendere in considerazione tutti gli interessi anche precedenti. La dottrina è in accordo circa la possibilità di ammettere la retroattività del patto⁴⁹, ma non sempre approda a conclusioni concordi in relazione all'applicazione di limiti. Inoltre gli effetti della convenzione retroattiva dipendono dall'interpretazione del periodo semestrale di debenza di cui si è parlato.

Altra questione è relativa alla forma richiesta dalla convenzione: da una parte vi è infatti il principio di libertà della forma confermata dal fatto che non vi è una norma che prescrive la forma scritta per tale accordo; dall'altra chi ritiene che sia necessaria una forma si riferisce all'applicazione analogica dell'art. 1284 cod. civ. sul saggio di interessi. Per una parte della dottrina si dovrebbe avere forma scritta in tutti i casi in cui la convenzione determini l'aumento del tasso degli interessi dovuti⁵⁰. Altra tesi limita invece la forma scritta ai soli casi in cui la convenzione abbia determinato un aumento del tasso effettivo degli interessi al di sopra di quello legale⁵¹. Altra dottrina⁵² esclude che si possa fare un'applicazione *tout court* dell'art. 1284 cod. civ. in quanto quest'ultima si occupa degli interessi e non del diverso problema degli interessi composti; secondo questa tesi l'applicazione dell'art. 1284 cod. civ. (in specie il 3° co.) si potrebbe ammettere analogicamente (per quanto le norme sulla forma siano ritenute di stretta interpretazione) solo nel caso in cui gli interessi pattuiti con la convenzione siano ultralegali. Infatti in questo unico caso si avrebbe una comune fattispecie che permette l'estensione della forma scritta a pena di nullità. La discussione non trova facilmente un punto fermo per la difficoltà di conciliare regole moderne, ispirate alla lotta

⁴⁹ BARBA V., *op. cit.*, p. 81; MONTEL A., *op. cit.*, p.614; COLOMBO C., *op. cit.*, pp. 61 e ss;

⁵⁰ LIBERTINI M. voce *Interessi*, in *Enc. del diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 136-137;

⁵¹ FARINA V., *Recenti orientamenti op. cit.*, p.773;

⁵² BARBA V., *op. cit.*, pp. 89 ss;

conto l'usura, quali quelle sulla forma delle pattuizioni concernenti gli interessi, ed una norma fondamentalmente datata, qual è quella sulla convenzione in discorso (nella quale residua invece una certa indifferenza verso le problematiche protettive). Senza richiamarsi all'analogia, che potrebbe risultare improprio per le ragioni già espresse, bisogna, a nostro avviso, considerare che l'anatocismo costituisce un congegno di "moltiplicazione" degli interessi. Ciò renderebbe necessario verificare il superamento complessivo del tasso legale, quindi imporre, in tal caso, la forma scritta alla convenzione anatocistica (si veda anche il problema più generale dell'applicazione all'istituto della disciplina in tema di usura).

Malgrado i contrasti infatti si deve sottolineare come la previsione di una forma scritta risulti più rispettosa della *ratio* della convenzione anatocistica che si è individuata nella protezione del debitore e nella necessità di renderlo edotto sulle conseguenze della produzione di interessi sugli interessi. Una delle funzioni della forma è proprio quella di permettere alle parti una maggiore ponderazione degli effetti e delle conseguenze del contratto che stanno concludendo. Perciò se negare la forma scritta si pone in contrasto con la finalità protettiva del debitore appare più idonea la tesi che richiede sempre la forma scritta quando vi sia un aumento del tasso dovuto.

3. L'anatocismo nel sistema europeo:

La normativa italiana discende direttamente da quella francese da cui ha ereditato la gran parte delle regole applicative. Il codice napoleonico che ha reso l'anatocismo legittimo (seppur entro precisi limiti) prevedeva che fosse necessario un periodo almeno annuale e che la richiesta fosse avanzata con domanda giudiziale o accordo tra le parti.

Il nostro codice del 1865 applica le coordinate francesi specificando solo la necessità della posteriorità del patto tra creditore e debitore⁵³.

Tale caratterizzazione della convenzione è presente anche nella normativa tedesca che si basa su due norme: da una parte quella generale (§ 248 BGB) e dall'altra quella del codice di commercio (§ 355 HGB); il sistema incarna il già citato criterio del doppio binario in cui vi è una regolamentazione differenziata a seconda che si tratti di obbligazioni civili o commerciali. In specie nel sistema tedesco il *discrimen* tra le due discipline è delineato dal rapporto giuridico e dallo *status* dei soggetti coinvolti.

Il §248 prescrive un divieto limitato ad un accordo tra le parti che sia stato concluso anticipatamente rispetto alla scadenza del debito. Quindi le parti non possono concludere un accordo che stabilisca l'applicazione degli interessi sugli interessi relativi ad una somma non ancora esigibile. Come si è visto anche nel codice italiano una convenzione che violasse tale regola sarebbe colpita da invalidità. La *ratio* di tale divieto può essere individuata nella necessità di consapevolezza e chiarezza per il debitore circa la certezza della sua esposizione debitoria. Questo rilievo però non è sufficiente in quanto permetterebbe di salvare un accordo preventivo che delinei con certezza le conseguenze sul debito. Se invece si considera la conclusione di un accordo preventivo come elemento di pressione verso il cliente bisognoso

⁵³ Difatti tale mancanza di indicazione ha impegnato la dottrina transalpina in relazione alla ammissibilità di una convenzione anteriore. Cfr. FRIGNANI A., *La capitalizzazione degli interessi in alcuni paesi europei*, in *Bancaria*, 10, 1999, pp. 44-52;

di denaro, spinto ad accettarlo per conseguire il prestito la conclusione non può che essere quella di negare qualsiasi validità ad accordi intervenuti prima della scadenza. In questo modo si coglie con maggiore precisione il fondamento della disposizione in esame.

Lo stesso §248 pone una prima eccezione a favore degli istituti di credito e altri enti bancari: possono decidere che si applichino gli interessi sugli interessi ogniqualvolta siano parti di un negozio giuridico. La norma prevede un anatocismo di tipo unilaterale in quanto applicabile dai soggetti bancari in alcune categorie di contratti bancari (si parla di depositi e di prestiti). La disciplina del §355 del codice di commercio invece è dedicata al contratto di conto corrente bancario: essa richiede che almeno una delle parti sia un imprenditore e che vi sia un contratto di conto corrente. La *ratio* consiste nel semplificare e rendere unitario il conto in caso di eccedenze e di computo dei relativi interessi. Difatti le parti possono convenire che qualora vi siano eccedenze siano calcolati gli interessi anche su tali somme. In tal modo non è necessario dedicare un computo specifico al conteggio degli interessi, ma il sistema è unico per tutto il rapporto.

Il periodo di calcolo è indicato come annuale anche se si ritiene che non si tratti di una indicazione vincolante e che quindi le parti possano stipulare una diversa periodicità. Quest'ultima tuttavia non può comunque determinare un conteggio degli interessi che superi il tasso lecito consentito.

Il sistema francese è invece quello più vicino alla nostra normativa data la diretta discendenza del sistema italiano. L'art. 1154 *code civil* prevede due specifiche deroghe al divieto di anatocismo: la domanda giudiziale e la presenza di uno specifico accordo tra le parti a condizione che siano interessi dovuti per almeno un anno. Nell'ambito della deroga convenzionale non è specificato quale sia il momento in cui questa può intervenire (a

differenza del codice italiano) per cui per lungo tempo la dottrina d'oltralpe si è interrogata sulla possibilità di un patto anteriore alla scadenza⁵⁴.

La particolarità del sistema francese è nella deroga in ambito bancario che si è sviluppata al di fuori del sistema codicistico per opera di giurisprudenza e dottrina. In specie nel conto corrente la giurisprudenza ha affermato che non si applicherebbe l'art. 1154 *code civil*, ma opererebbe una capitalizzazione di pieno diritto al momento della chiusura del conto⁵⁵. Anche in questo caso l'introduzione dell'anatocismo bancario corrisponde alla volontà di semplificazione ovvero evitare che il conto abbia un conteggio separato per la parte relativa agli interessi. Questo meccanismo permette che le chiusure periodiche del conto (anche se trimestrali o semestrali) possano determinare la produzione di interessi sugli interessi. Tuttavia in tal caso è necessario che il patto abbia forma scritta, che sia indicato il Tasso effettivo globale e che si rispetti il tasso soglia di usura.

Quindi l'anatocismo è qui considerato legittimo pur mancando una norma che permetta la deroga: è considerato infatti un *coutume contra legem* che è eccezionalmente avallato dalla giurisprudenza quale tradizione.

Infine in Spagna l'evoluzione è di grande interesse in quanto si sta sviluppando un orientamento molto più attuale e moderno di quello italiano. Si sta infatti affermando l'idea che la clausola di anatocismo sia una *clausula abusiva* che pertanto deve essere regolata in modo da tutelare maggiormente il debitore.

Il sistema spagnolo è imperniato su due norme: l'art. 1109 *codigo civil* e l'art. 317 del *codigo de comercio*; la prima prevede un anatocismo in origine solo legale/giudiziale (*Los intereses... que son judicialmente reclamados*) a cui si è affiancato, in virtù dell'autonomia negoziale, anche la forma convenzionale; la seconda è dettata in origine in materia di mutuo commerciale (*Titulo V, seccìon Primera, Del préstamo mercantil*) ed è stata poi estesa ad altre

⁵⁴ FEDELE A., *op. cit.*, p. 30;

⁵⁵ Questa affermazione sottintende la difficile distinzione tra conto di deposito e conto corrente su cui si sono impegnate sia la dottrina che la giurisprudenza.

tipologie di contratti realizzate da enti creditizi. Si esclude l'idea che vi sia un meccanismo anatocistico *ex lege*, ma si prevede un anatocismo convenzionale che dunque sia espressamente pattuito. Il patto come detto rientra nell'autonomia privata in quanto non è vietato espressamente dalla norma e non è considerato contrario né al buon costume né all'ordine pubblico. Infatti, a differenza del sistema codicistico italiano, dove vi è un divieto generale con specifiche deroghe, le norme spagnole indicano una regola che può essere derogata liberamente dalle parti. Perciò è considerata valida anche una pattuizione anteriore che sia ricompresa nel contratto originario.

I limiti sono quelli posti dalla legge sull'usura la quale invero non prevede dei tassi soglia, ma sono i giudici che effettuano un controllo in concreto sull'usurarietà della clausola ed, eventualmente, la dichiarano nulla.

Si discute invece in relazione alla possibilità che siano applicati i limiti previsti dalla legge sui consumatori: in questo modo l'anatocismo dovrebbe essere limitato in tutti i casi in cui una delle parti sia un consumatore. E' sostenuto da alcuni autori che le clausole anatocistiche prevedano sempre una vessatorietà e che quindi debbano essere interpretate restrittivamente quando una delle parti sia un consumatore. Questa lettura è ispirata all'art. 51 della costituzione spagnola che garantisce la difesa dei consumatori⁵⁶.

⁵⁶ Artículo 51 - 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

Capitolo 2

1. La complessa storia dell'anatocismo bancario

L'anatocismo bancario ha trovato un suo riconoscimento legislativo con l'introduzione del comma 2° dell'art. 120 T.U.B. (d. lgs. 385/93) operata dall'art. 25, comma 2° d. lgs. 342/99. Prima di tale momento, invero, l'anatocismo bancario era lo stesso consentito, ma lo si considerava rientrante nella eccezione di cui all'art. 1283 cod. civ. relativa agli usi contrari. La tesi che ammetteva la deroga in ambito bancario era oggetto di un'adesione generalizzata da parte della giurisprudenza che pertanto riteneva legittima la clausola di capitalizzazione degli interessi passivi presente nella generalità dei contratti bancari. L'orientamento è stato mutato a partire dal 1999 e poco tempo dopo lo stesso legislatore delegato ha provveduto a dettare una disciplina. Tuttavia la modifica legislativa non ha origine dal mutato orientamento giurisprudenziale, ma da una direttiva europea che richiedeva l'adeguamento e l'armonizzazione delle discipline bancarie degli Stati membri⁵⁷. Questa direttiva ha determinato il ritorno ad un regime a doppio binario ovvero al trattamento differenziato delle obbligazioni civili e commerciali in materia di anatocismo. Tale suddivisione era già presente,

⁵⁷ Le direttive europee sono state due: la prima la n. 77/780/CEE e la seconda la n. 89/646/CEE; quest'ultima ha dato origine alla legge n. 128/1998 di delega al Governo per la modifica e l'integrazione del decreto legislativo n. 385/1993 (T.U.B.). La delega è stata esercitata con il decreto legislativo n.342 del 1999 che conteneva l'art. 25 di modifica dell'art. 120 T.U.B.; invero si deve rilevare come non sia pacifica la legittimità dell'introduzione dell'anatocismo bancario nel nostro sistema in quanto secondo una parte della dottrina né le direttive né la legge di delega facevano riferimento a tale possibilità: si veda RICCIO A., *Anatocismo: svolta clamorosa della Corte costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2007, 1395 e ss.;

come visto prima, sia nel sistema codicistico del 1865-1882 ed è proprio di altre discipline europee.

L'intervento legislativo citato non è risultato peraltro del tutto rientrante nella delega legislativa. La questione ha creato una frizione tra potere legislativo e giudiziario che ha portato alla sentenza di incostituzionalità dell'art. 25 co. 3° di modifica dell'art. 120 T.U.B.⁵⁸; come vedremo questo scontro tra poteri non sarà l'ultimo in relazione alla storia dell'anatocismo bancario.

L'applicazione della disciplina anatocistica ha dunque creato complessi problemi di natura intertemporale. La novità normativa di cui sopra ha determinato un bivio: da una parte i rapporti sorti prima della modifica legislativa sono rimasti regolati dall'art. 1283 cod. civ.; dall'altra invece i nuovi rapporti sono rientrati nella disciplina speciale inserita nell'art. 120 del T.U.B..

In entrambi gli ambiti il dato legislativo di riferimento risulta ulteriormente contrassegnato temporalmente in ragione di un radicale mutamento di origine essenzialmente giurisprudenziale ma dall'impatto interpretativo particolarmente rilevante.

Pertanto in primo luogo è necessario verificare il percorso compiuto dalla giurisprudenza che è arrivata ad espungere l'anatocismo bancario dall'art. 1283 cod. civ.; in secondo luogo esaminare la riforma legislativa che ha fondato la nuova disciplina in seno al Testo unico bancario e i problemi da questa posti.

⁵⁸ Corte cost. sent. n. 425 del 17 ottobre 2000 in www.giurcost.it;

2. L'evoluzione giurisprudenziale: un nuovo significato della deroga sugli usi contrari

Le SSUU del 2004 che sancirono il cambio di orientamento partirono da un rilievo di mero fatto: affermarono che solo sporadiche sentenze si erano succedute nell'ambito di diversi decenni in tema di anatocismo. L'originario orientamento era stato indicato dalla sentenza n. 6631 del 1981, che aveva sostenuto che clienti e banche applicano l'anatocismo riconoscendo la legittimità degli interessi indipendentemente dai requisiti posti dall'art. 1283 cod. civ.⁵⁹.

Le sentenze che per prime cominciarono a mettere in discussione l'orientamento consolidato avevano evidenziato come i precedenti si fossero fondati più su dati di comune esperienza che su una dimostrazione giuridicamente persuasiva⁶⁰. In particolare, secondo i giudici fautori della nuova posizione, l'art. 1283 cod. civ. , rinviando agli usi, avrebbe imposto di verificare un uso normativo per derogare il divieto di anatocismo: tale uso non si sarebbe potuto rinvenire nelle norme bancarie uniformi a cui è riconosciuta natura pattizia.

L'orientamento critico esclude inoltre che le norme bancarie potessero fondare una presunzione in ordine ad un uso formatosi in un periodo precedente alla loro operatività. Un elemento che ha permesso di escludere la sussistenza di un uso normativo è stato ravvisato in particolare nella periodicità della capitalizzazione contemplata dalle norme bancarie basata su una cadenza trimestrale di calcolo degli interessi anatocistici. Tale frequenza non risultava infatti rinvenibile in alcuna regolamentazione precedente al codice civile e pertanto non avrebbe potuto corrispondere ad un uso normativo (fatto proprio e riprodotto nelle norme bancarie uniformi).

⁵⁹ Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631 in *Giustizia civile*, 2, I, 1982, pp. 380 e ss.

⁶⁰ Cass., 16 marzo 1999, n. 2374 del in *Banca borsa e titoli di credito*, 1999, 6, p. 649 e ss. e Cass., 30 marzo 1999, n. 3096, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1999, 4, p. 389;

Le argomentazioni dei giudici avrebbero potuto fermarsi a questi rilievi e dunque alla negazione di un uso normativo, invece le sentenze si spingono ad evidenziare la ragione di questa conclusione legandola alla circostanza per cui le norme bancarie uniformi, essendo imposte dalle banche, non avrebbero potuto corrispondere e contemplare al loro interno l'elemento psicologico proprio della consuetudine (*opinio iuris ac necessitatis*).

In tal modo però, i primi tentativi di superare la prassi bancaria, sembrano avallare la possibilità che un uso normativo si sarebbe potuto astrattamente formare anche posteriormente al codice civile del 1942, qualora fossero state rispettate le condizioni in presenza delle quali si considera realizzata una consuetudine⁶¹.

Ciò si evidenzia anche in una successiva pronuncia che enuncia i presupposti del nuovo orientamento tra cui: verificare l'esistenza di una consuetudine (fonte di diritto), in base alla quale nei rapporti tra banca e cliente gli interessi a carico di quest'ultimo possano essere capitalizzati (e quindi possano produrre ulteriori interessi) ogni trimestre⁶². Inoltre i giudici evidenziano come l'uso non possa concepirsi al di fuori del suo requisito esterno (*l'opinio*) perché senza di esso diviene di difficile percezione l'essenza del fenomeno consuetudinario giuridicamente rilevante.

Di queste sentenze la dottrina apprezza il profilo politico ed innovativo che, come detto, è rivolto al riequilibrio del rapporto tra banca e cliente, ma allo stesso tempo ne evidenzia anche una serie di elementi che indeboliscono il piano argomentativo.

In primo luogo si sottolinea la questione della cristallizzazione degli usi al momento della elaborazione del codice. La norma sull'anatocismo non pone questo limite e secondo alcuni

⁶¹ al contrario la sentenza delle Sezioni Unite che completa l'evoluzione sembra invece fondarsi sul fatto che un uso normativo si potesse formare solo prima del codice civile. In tal modo si crea un sistema di usi normativi chiuso per cui solo quelli antecedenti al 1942 sono ammissibili.

⁶² Cass., 11 novembre 1999, n. 12507, in *Corriere giuridico*, 1999, 12, p. 1485;

tale conclusione porrebbe indebitamente una limitazione alla funzione integrativa degli usi *secundum legem* così come prevista dall'art. 8 disp. prel. al codice civile⁶³.

In secondo luogo mette in discussione l'inesistenza di usi precedenti al codice: si evidenzia come la clausola di anatocismo trimestrale fosse già presente nelle norme uniformi bancarie del 1929 (e comunque prima del 1942)⁶⁴.

Si sostiene infatti che la prassi con cui le banche computavano gli interessi sugli interessi passivi a scadenza trimestrale fosse già presente nelle raccolte delle camere di commercio e come uso mercantile nel codice di commercio del 1882⁶⁵.

In terzo luogo si conferma la negazione di un uso normativo basato sul computo trimestrale a carico del cliente: a tal proposito la Cassazione aveva argomentato sostenendo l'incompatibilità ontologica tra formazione di un uso normativo ed adesione a contratti unilateralmente predisposti. Cioè la giurisprudenza ha evidenziato che i clienti si fossero adattati alla disciplina non per la convinzione della conformità a diritto della stessa, ma solo in quanto queste clausole non erano suscettibili di negoziazione individuale. La dottrina al riguardo riconosceva il merito alla Cassazione di aver rilevato una situazione di disparità, ma di non essere riuscita a provare la sua illegittimità con sufficienti argomenti logico-giuridici⁶⁶.

Infine si paventava l'effetto retroattivo della pronuncia giurisprudenziale: difatti negare la formazione di un uso normativo si riflette anche sul passato verso le clausole anatocistiche inserite nei contratti bancari. Al contrario la dottrina ha sostenuto che una consuetudine si

⁶³ NIGRO A., *L'anatocismo nei rapporti bancari tra passato e futuro*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 462; vedi anche CABRAS G., *op. cit.*, p. 521, secondo cui il richiamo operato dall'art. 8 disp. prel. al codice civile riguarda la fonte e non il tempo della produzione normativa

⁶⁴ NIGRO A., *op. cit.*, p. 462 secondo cui sono rinvenibili sia nelle Norme bancaria uniformi del 1929, sia nelle raccolte locali degli usi sia negli studi di tecnica bancari l'esistenza della clausola trimestrale;

⁶⁵ DE MARCO S., *L'anatocismo bancario. Analisi di una vicenda giurisprudenziale*, Napoli, 2010, pp. 8 e 81 e ss;

⁶⁶ cfr. MINERVINI G., *Note in tema di estinzione degli usi (a proposito dei cc.dd. usi bancari anatocistici)*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2002, I, p. 183 ss. che sostiene anche la possibilità di una generalizzazione ed estremizzazione dell'indirizzo che potrebbe determinare un'"essicazione" della categoria degli usi normativi.

fosse formata in passato e che le sentenze della Cassazione ne avessero sancito solo la desuetudine e quindi avessero, sul punto, solo efficacia *ex nunc*⁶⁷.

L'evoluzione giurisprudenziale culminò con la sentenza delle SSUU del 2004 che si pronunciò non in virtù di un contrasto creatosi dopo il *revirement* (difatti le sentenze successive al 1999 avevano confermato le affermazioni del nuovo corso giurisprudenziale), ma in ragione della rilevanza e l'importanza della decisione (ai sensi dell'art. 374 c.p.c.).

Le Sezioni Unite esposero un ragionamento sillogistico in cui la premessa maggiore era basata sulla necessità di usi normativi idonei a derogare il disposto dell'art. 1283 cod. civ.; la premessa minore invece era fondata sulla valutazione che il comportamento di adesione ai contratti bancari non poteva costituire uno spontaneo adeguamento ad un presunto precetto normativo da intendersi come *opinio iuris ac necessitatis*.

La Suprema Corte si è concentrata sugli ultimi due elementi critici che vengono esposti dalla banca ricorrente in occasione della pronuncia *de qua*, ovvero la questione dei caratteri dei contratti unilateralmente predisposti e la presunta irretroattività del nuovo orientamento.

Soprattutto quest'ultimo fu l'argomento che servì ai ricorrenti per richiedere l'ammissione della questione di fronte alle Sezioni Unite: infatti essi lamentarono che un uso normativo deve essere riconosciuto in quanto fondato sull'orientamento della stessa giurisprudenza. Pertanto i ricorrenti formalmente dichiararono di aderire alle conclusioni del *revirement*, tuttavia ne contestarono l'efficacia retroattiva che rendeva le clausole anatocistiche invalide anche in sussistenza del precedente orientamento. In altre parole si è sostenuta la possibilità che l'uso normativo sia stato creato per via giurisprudenziale, aderendo ad una tesi sull'uso che fonda l'*opinio* sul riconoscimento della regola da parte del giudice.

⁶⁷ Cfr. MINERVINI G., *op. cit.*, p. 184;

Il ricorso aveva come obiettivo quello di eliminare la portata innovativa del nuovo orientamento: ove le SSUU avessero aderito a tali rilievi il nuovo corso avrebbe avuto un'applicazione limitata⁶⁸.

I giudici rigettarono le tesi dei ricorrenti in quanto evidenziarono l'impossibilità di fondare un uso normativo sul precedente giurisprudenziale; infatti la funzione della Cassazione può essere solo di tipo ricognitivo e non creativa di una regola, neppure consuetudinaria. Inoltre confermarono che una prassi negoziale non è idonea a fondare un uso normativo. Si è ribadito che l'utilizzo di contratti unilateralmente predisposti dalle banche ed insuscettibili di negoziazione individuale non possono fondare una valida *opinio iuris*.

Le SSUU evidenziarono come il cliente della banca si sia ritrovato di fronte ad una situazione in cui è sottoposto alla "regola del prendere o lasciare" ovvero non può negoziare il contratto, ma può solo concluderlo o meno. In realtà avrebbe potuto aggiungere che non si lasciava alcuna possibilità di scelta neppure in ordine alla conclusione o meno del contratto. E' infatti sempre più necessario oggi come allora, aprire un conto bancario: ad esempio per conformarsi alle regole in tema di pagamenti e circolazione della valuta⁶⁹.

La sentenza del 2004 in pratica ha l'effetto di eliminare tutti i dubbi che erano stati sollevati dalla dottrina successivamente al 1999. Tuttavia, piuttosto che scioglierli compiutamente chiude gli spazi di discussione, tanto che vi è stato chi ha rilevato come le opinioni discordanti precedenti le SSUU siano destinate a diventare, da allora in poi, terreno di storia del diritto più che (di) diritto positivo⁷⁰.

⁶⁸ poiché nel frattempo era intervenuto il cd "decreto salva banche" (d. lgs. 342 del 1999) che aveva dettato nuove regole per le clausole anatocistiche. Se le SSUU avessero aderito avrebbero salvato le clausole invalide prima del cambio di orientamento mentre su quelle successive era appena intervenuto il citato decreto.

⁶⁹ INZITARI B., *Obbligazioni op. cit.*, p. 479; SCOZZAFAVA T.O., *L'anatocismo e la Cassazione cit.*, pp. 225 e ss.

⁷⁰ COLOMBO C., *op. cit.*, p. 120;

3. L'evoluzione normativa: la disciplina del Testo Unico Bancario e la delibera del Cicr

Parallelamente all'evoluzione delle sentenze è cambiata anche la base normativa con l'intervento del legislatore che ha dato origine al primo contrasto tra i poteri dello Stato. La disciplina fu approvata subito dopo le prime pronunce innovative della Cassazione e ha modificato l'art. 120 T.U.B. fondando la disciplina dell'anatocismo bancario. Invero la delega fu conferita prima del *revirement*, essendo stata approvata con la legge 24 aprile 1998, n. 128. Almeno in astratto la modifica ha origine nel diritto comunitario e nel progetto di uniformazione minimo della disciplina bancaria da parte dell'Unione Europea.

In concreto si è previsto da una parte che l'organo deputato a stabilire le regole per la produzione degli interessi sugli interessi nell'esercizio dell'attività bancaria (co. 2°) sia il C.I.C.R. (Comitato Interministeriale Credito e Risparmio); dall'altra si è sancita una generale sanatoria delle clausole inserite anteriormente a patto che venissero adeguate alle disposizioni della delibera C.I.C.R.(co. 3°); la nuova disciplina ha avuto di certo il merito di aver regolamentato l'anatocismo bancario dopo anni di deroghe conseguenti alle prassi contrattuali bancarie. Soprattutto vi è stato un primo riconoscimento del forte squilibrio che connotava il rapporto tra banca e cliente ad esempio nel conteggio dei periodi di maturazione degli interessi. La maggior parte dei contratti bancari infatti prevedeva un conteggio trimestrale per gli interessi passivi e semestrale se non annuale per quelli attivi. Il legislatore perciò ha vincolato la delibera del C.I.C.R alla presenza di un conteggio di periodicità uguale per cliente e banca(art. 120 co. 2° T.U.B.).

Malgrado tale aspetto protettivo verso il cliente, il resto della disciplina è caratterizzato da almeno due profili di criticità che saranno oggetto di approfondimento. In primo luogo il contrasto tra poteri dello Stato: difatti la normativa è intervenuta e ha cercato di sanare le

clausole anatocistiche che la Cassazione aveva appena individuato come illegittime. Quindi si è posta in diretto contrasto con l'evoluzione della giurisprudenza e ha creato il sospetto di manovre che volessero arrestare le pronunce di invalidità e le perdite causate al settore bancario. Ciò tuttavia inasprì il conflitto che culminò con la dichiarazione di illegittimità costituzionale ad opera della sentenza 17 ottobre 2000, n. 425.

Altro aspetto critico, che sarà ripreso più avanti, è legato alla opportunità di subdelegare ad un organo amministrativo la disciplina dell'anatocismo, soprattutto in relazione al fatto che la disciplina di delega non pone particolari vincoli⁷¹.

Altro elemento innovativo è costituito dal fatto che l'anatocismo bancario ha trovato una legittimazione all'interno dell'ordinamento in modo analogo a quanto è accaduto negli altri sistemi europei. In particolare si è ritornati ad una duplicazione delle discipline come nei codici del XIX secolo: una generale dettata all'interno del codice civile e una speciale di stampo commerciale (in questo caso bancaria e finanziaria) all'interno del Testo Unico Bancario⁷².

La delibera C.I.C.R. (del 9 febbraio 2000) ha regolato la disciplina applicabile nel settore bancario: stabilisce l'ambito di riferimento, costituito dalle operazioni delle banche e degli intermediari finanziari (art.1); si è occupata del conteggio degli interessi e delle modalità di produzione: l'art. 2 ha indicato che i tassi e la periodicità di addebiti e accrediti sono stabiliti dal contratto a patto che si rispetti la piena reciprocità delle condizioni (unico limite previsto dall'art 120 T.U.B.).

La nuova normativa sull'anatocismo bancario ebbe la funzione anche di uniformare il trattamento giuridico dei rapporti bancari: tuttavia, come anticipato, è stata la Corte costituzionale ad intervenire a più riprese e a modificare la regolamentazione.

⁷¹ Tale dubbio si ripropone infatti con la recente disciplina, ancora subdelegata al C.I.C.R. con cui si lascia ancora più libertà di dettare l'intera disciplina applicabile in tema di anatocismo.

⁷² Viene indicato dalla dottrina come "*vero e proprio istituto a se stante*" in DOLMETTA A.A., Art. 25. *Modalità di calcolo degli interessi*, in DOLMETTA A.A. (a cura di), *Le nuove modifiche al Testo Unico Bancario. Commentario al d. lgs. 4 aprile 1999, n. 342*, Milano, 2000, p. 92 ss.;

4. Gli interventi della Corte costituzionale.

La Consulta si è pronunciata tre volte sulla legittimità dell'anatocismo bancario all'interno del T.U.B.: la prima fu una pronuncia di illegittimità costituzionale, mentre le altre due furono una sentenza di non fondatezza e un'ordinanza di manifesta inammissibilità⁷³.

Nella prima i giudici rimettenti hanno rilevato un profilo di illegittimità nelle prime applicazioni del d. lgs. n. 342 del 1999: si trattava della norma che proteggeva i contratti conclusi nel passato dalle banche (da alcuni ribattezzata norma "salva banche"). Infatti questa disposizione faceva salve le clausole permettendo di conformarsi alle regole deliberate dal C.I.C.R. grazie alla sanatoria del co. 3° dell'art. 25 (l. 342 del 1999).

In tal modo il legislatore si era posto in contrasto con il cambio di giurisprudenza del 1999 che aveva riconosciuto la natura di usi negoziali e non normativi in ambito bancario e aveva fondato la restituzione degli interessi illegittimamente percepiti.

I giudici *a quibus* si focalizzarono sui rilievi concernenti l'eccesso di delega, ma anche sull'irragionevolezza della nuova disciplina. In specie evidenziarono una disparità di trattamento in quanto violando il principio di irretroattività delle leggi si era favorita la parte forte del rapporto ovvero le banche.

Tuttavia era l'accusa di aver violato il principio di riserva di giurisdizione della magistratura che evidenziava lo scontro in atto tra i poteri dello Stato. I giudici infatti si sentirono spogliati della loro funzione e della possibilità di sancire l'illegittimità delle clausole anatocistiche oltre a denunciare l'irragionevolezza di una sanatoria generalizzata.

La sentenza n. 425 del 2000 della Consulta accolse le critiche dei giudici rimettenti e pronunciò per l'incostituzionalità per eccesso di delega (art. 76 Cost.) formula che le permise

⁷³ Corte cost., 17 ottobre 2000 n. 425; la seconda Corte cost., 17 ottobre 2007 n. 341; la terza Corte cost., 9 luglio 2008 n. 254 in www.giurcost.org ;

di riconoscere la fondatezza dei rilievi senza inasprire il conflitto tra legislatore e magistratura.

Pertanto la Corte sottolineò l'illegittimità di una disciplina retroattiva e genericamente validante le precedenti clausole senza alcun riferimento al tipo di vizio o al collegamento con il Testo Unico Bancario e alla sua uniformazione.

Inoltre esclude che quella del decreto legislativo sul punto fosse una norma interpretativa in quanto mancava un riferimento normativo a cui potesse saldarsi, mentre sostenne che la sua efficacia innovativa si fosse esplicitata nei confronti di contratti passati e futuri⁷⁴.

La sentenza del 2007 ha affrontato la questione dell'eccesso di delega dell'intera disciplina sull'anatocismo bancario. La Corte costituzionale nell'occasione effettuò un *excursus* delle diverse normative europee e trasse come comune denominatore la presenza di una disciplina specifica in ambito commerciale e bancario. Pertanto la previsione dell'anatocismo bancario rientrerebbe nel processo di adeguamento al sistema bancario europeo in accordo con la direttiva 89/646/CEE. Una decisione di senso contrario, secondo la Corte, avrebbe determinato una discriminazione a rovescio delle imprese bancarie nazionali rispetto a quelle europee⁷⁵.

⁷⁴Si legge nella motivazione "In altri termini, il legislatore delegato, da un lato sancisce (*pro praeterito*), per qualsiasi tipo di vizio, una generale sanatoria delle clausole anatocistiche illegittime contenute nei contratti bancari anteriori al 19 ottobre 1999, con effetti temporalmente limitati sino al 22 aprile 2000 (data di entrata in vigore della delibera del CICR); dall'altro attribuisce (*pro futuro*), sia pure nell'identico limite temporale, la stessa indiscriminata «validità ed efficacia» alle clausole poste in essere nel periodo tra il 19 ottobre 1999 ed il 21 aprile 2000. Ma, così disponendosi, è venuta meno ogni continuità logica con la delega, rompendosi la necessaria consonanza che deve intercorrere tra quest'ultima e la norma delegata. L'indeterminatezza della fattispecie di cui al comma 3° dell'art. 25 del decreto legislativo n. 342 del 1999 non consente di ricondurre la denunciata norma nell'ambito dei principi e criteri della legge di delegazione, in Corte costituzionale, 17 ottobre 2000 n. 425 in www.giurcost.it;

⁷⁵L'ordinanza n.254 del 2008 conferma che la normativa "trova la sua giustificazione nell'esigenza di uniformare questo aspetto della legislazione interna a quella vigente nei principali Stati che allora costituivano la UE, per i quali la disciplina prevista in materia di anatocismo per il sistema bancario era diversa da quella prevista per i rapporti di diritto civile. La violazione dell'art. 76 Cost. è già stata esclusa dalla sentenza n 341/2007 e non vi sono motivi per discostarsi da tale precedente decisione".

5. Le problematiche relative ai rapporti pregressi:

5.1. La sorte delle clausole anatocistiche: adeguamento o nullità.

La questione principale che si è posta dal momento in cui la giurisprudenza ha mutato orientamento sulla natura degli usi bancari ha riguardato la sorte delle clausole e dei contratti conclusi. Come visto il legislatore ha tentato in un primo momento di aggirare il problema e ha introdotto una norma di sanatoria che però è stata dichiarata incostituzionale dalla Consulta⁷⁶.

Pertanto si è aperto il contenzioso sulle clausole e sui contratti in primo luogo in relazione alla questione della loro validità.

Una prima tesi ha tentato la via dell'adeguamento delle clausole anatocistiche attraverso l'integrazione contrattuale ai sensi degli artt. 1319 e 1419 co. 2 cod. civ.; applicando tale soluzione le clausole trimestrali sono considerate invalide, ma possono essere sostituite con clausole semestrali o annuali che invece si ritengono conformi alla delibera C.I.C.R. e connesse alla cadenza temporale ricavabile dall'art. 1284 co. 1, cod. civ.⁷⁷; altre Corti hanno tentato una diversa strada affermando la possibile applicazione delle norme sul conto corrente ordinario (a cui non si applica la norma sull'anatocismo), con la conseguente salvaguardia delle clausole trimestrali inserite nelle condizioni generali del conto corrente bancario⁷⁸. Invero tali tesi sono rimaste confinate alla giurisprudenza di merito e sono state criticate dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁷⁹.

⁷⁶ l'art.25 co. 3° del d. lgs. 342 del 1999 di modifica dell'art. 120 T.U.B. dichiarato poi incostituzionale da Corte cost. 425 del 2000 cit.

⁷⁷ Tribunale Trapani, 24 gennaio 2007, in *Guida al dir.*, 2007, fasc. 26, p. 76; Tribunale Roma, 12 gennaio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1947;

⁷⁸ Tribunale Roma, 14 aprile 1999, in *Contratti*, 1999, p. 653 ss.; Tribunale Roma, 24 gennaio 2001, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 2002, I, p. 303 ss.;

⁷⁹ Si tratta di tesi che si erano affermate già prima del *revirement* e che sono state riproposte anche dopo il cambio di giurisprudenza. Un'altra ad esempio sosteneva l'inapplicabilità dell'art 1283 cod. civ. ai conti correnti bancari in quanto non si potrebbe parlare di interessi scaduti come invece richiede la disciplina codicistica: è la tesi di CABRAS G., *Conto*

Pertanto l'orientamento prevalente ha delineato l'invalidità e l'irrecuperabilità delle clausole contrarie al nuovo corso giurisprudenziale, dando luogo ad un cospicuo contenzioso.

La stessa giurisprudenza aveva già affermato nella prima pronuncia che “la previsione contrattuale della capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata su un uso negoziale, ma non su una vera e propria norma consuetudinaria è nulla, in quanto anteriore alla scadenza degli interessi⁸⁰”. Ciò si è sostenuto in quanto l'art. 1283 cod. civ. è considerata dalla giurisprudenza una norma imperativa così che il contrasto con esso del contratto determina la nullità. Tuttavia si è già evidenziata l'atipicità della norma sull'anatocismo e la peculiarità della sua imperatività.

Il problema di qualificazione delle azioni di recupero delle somme pagate a titolo di anatocismo è stato affrontato più dalla dottrina che dalla giurisprudenza. Difatti quest'ultima ha stabilito che lo strumento ordinario in conseguenza della nullità della clausola doveva essere l'azione di ripetizione di indebito (art. 2033 cod. civ.).

Una parte della dottrina ha proposto l'applicazione dell'art. 2041 cod. civ. considerando integrato piuttosto un ingiustificato arricchimento⁸¹; secondo tale tesi l'annotazione con cui la banca considera gli interessi anatocistici non può essere trattata alla stregua di un pagamento, ma solo come somma non dovuta. In particolare non si potrebbe proporre un'azione di indebito in quanto il soggetto legittimato non ha compiuto alcuna condotta: quest'ultima, al contrario, è imputabile alla sola banca che ha posto in essere l'annotazione degli interessi anatocistici, sul presupposto dell'esercizio di una pretesa priva di giustificazione. Per questo motivo si propone l'applicazione della disciplina in tema di arricchimento senza causa che interviene in funzione sussidiaria quando non vi siano ulteriori azioni a favore del ricorrente, e

corrente bancario ed anatocismo tra diritto e pregiudizio, in *Vita not.*, 1999, pp. 517 ss. secondo cui mancano i presupposti per l'applicazione dell'art 1283 cod. civ.; “In particolare, il funzionamento del conto corrente bancario, con la formazione continua del saldo, impedisce che si abbiano obbligazioni distinte tra sorte capitale ed interessi” SALANITRO, *Gli interessi bancari anatocistici*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2004, p. 8 ss;

⁸⁰ Cass., 16 marzo 1999 n. 2374 del in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 6, pp.649 ss.;

⁸¹ PISANI, *Anatocismo bancario e ingiustificato arricchimento*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di VETTORI, Padova, 2002, pp. 536 ss.;

soprattutto presuppone in luogo dell'adempimento di un'obbligazione inesistente, l'esercizio di un diritto o di una pretesa priva di fondamento.

Tale tesi non ha convinto in quanto la mancanza di una condotta materiale del cliente non è di ostacolo ad intendere l'efficacia solutoria priva del supporto di un corrispondente rapporto obbligatorio⁸².

Altri hanno tentato di sostenere che l'azione di ripetizione non fosse lo strumento idoneo: qualora fosse stata permessa, avrebbe originato un abuso del diritto per cui il cliente avrebbe tenuto una condotta *contra factum proprium*, ovvero incompatibile con una clausola contrattuale da lui sottoscritta⁸³.

Altra tesi proposta dalla difesa delle banche è stata basata sull'assimilazione dell'adempimento spontaneo del cliente a quello di una obbligazione naturale⁸⁴. La tesi è stata criticata in quanto nel processo di annotazione non interviene alcuna iniziativa del cliente né può considerarsi insito in esso alcun momento di accettazione, neanche tacita, da parte del cliente⁸⁵. Tuttavia ancor più di rilievo è la critica che evidenzia il contrasto della *soluti retentio* con l'intera disciplina dell'anatocismo che è volta ad evitare che vi siano aumenti automatici ed incontrollati del debito⁸⁶.

⁸² COLOMBO C., *op. cit.*, p. 142 dove si afferma come la volontà dell'autore non rileva nella fattispecie di ripetizione dell'indebito, ma ha importanza solo la meritevolezza dello spostamento patrimoniale in questione.

⁸³ ANGELONI F., *La ripetizione degli interessi anatocistici corrisposti sulla base di apposite clausole contrattuali anteriormente al mutamento dell'indirizzo della S. C. che ne sanciva la legittimità in contratto e impresa*, 3, 2000, pp. 1172 ss;

⁸⁴ La tesi è tratta dalla fattispecie del pagamento di interessi ultralegali di cui sono riferimenti da una parte la l'art. 1830 del codice civile del 1865 che prevedeva la non ripetibilità degli interessi pagati dal mutuatario quando non fossero convenuti o eccedenti la misura legale; dall'altra le conclusioni di una pronuncia della Cassazione (9 aprile 1984, n. 2262) come riporta DAGNA P., *Esclusione dell'eccezione di obbligazione naturale per la ripetizione degli interessi anatocistici, commissione di massimo scoperto e soglia d'usura*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2, 2007, pp. 204 ss.;

⁸⁵ FARINA V., *Gli interessi <<uso piazza>>, l'anatocismo e la commissione di massimo scoperto*, in VETTORI G., a cura di, p. 420;

⁸⁶ DAGNA P. *Esclusione op. cit.*, p. 206;

5.2. La prescrizione:

In conseguenza della individuazione delle azioni si è aperto un ulteriore fronte problematico che ha riguardato la prescrizione. Infatti mentre l'azione di nullità è imprescrittibile quella di ripetizione è sottoposta alla prescrizione ordinaria decennale⁸⁷.

La questione si è posta in relazione al giorno da cui deve decorrere la prescrizione ed ha determinato il formarsi di due orientamenti in giurisprudenza.

Il primo e maggioritario ha individuato il *dies a quo* nella data di chiusura del conto corrente sulla base della natura unitaria del rapporto. Anche se la vita del contratto è caratterizzata da una serie di atti esecutivi si è ritenuto che questi non assumano autonomo rilievo giuridico. Pertanto solo alla chiusura del conto si può verificare lo stato del conto e se sono stati addebitati interessi non dovuti.

La seconda tesi ha sostenuto che già dalla annotazione in conto sarebbe possibile esercitare il diritto di ripetizione delle somme non dovute. Tale tesi non ha contestato la unitarietà del contratto di conto corrente, ma al contrario ha sostenuto la rilevanza anche delle singole operazioni che sarebbero di per sé giuridicamente rilevanti. Alla base di tale orientamento vi è quindi l'idea che l'annotazione possa essere parificata ad un pagamento per poter esercitare l'azione *ex art.2033 cod. civ.*; pertanto l'operazione di annotazione è considerata ad efficacia solutoria individuando in base ad essa il giorno dal quale è possibile far valere il diritto⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. TROISI B., *Brevi note in tema di decorrenza del termine di prescrizione del diritto del cliente alla ripetizione degli interessi anatocistici*, in *Riv. Giur. Sarda*, 1, 2010, p. 221, che afferma che si applica la prescrizione ordinaria; nel senso della prescrizione quinquennale *ex art. 2958, n. 4 cod. civ.* si veda CARBONE, *Il decreto legislativo "salva-interessi" bocciato per carenza di delega*, in *Corr. Giur.*, 11, 2000, p. 1458 ss.;

⁸⁸ La tesi è stata autorevolmente sostenuta in dottrina da FERRO LUZZI P., *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995, p.162; poi condivisa da una gran parte della dottrina v. CABRAS G., *Conto corrente*, *cit.*, p. 518 ss., COLOMBO C., *op. cit.*, p. 135 ss., e anche COLOMBO C., *Interessi anatocistici ed operazioni bancarie regolate in conto corrente: cosa va e cosa non va in archivio dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2005, pp. 204 ss.; TROISI B., *op. cit.*, p. 222 ss.;

Tali tesi sono tuttavia state superate da una pronuncia a Sezioni Unite della Corte di cassazione⁸⁹ che ha considerato la questione di grande importanza e ha ritenuto di dover dissipare gli equivoci.

Il presupposto da cui partono le Sezioni Unite è che non si può attuare una ricostruzione unitaria del fenomeno in relazione alla prescrizione, ma allo stesso tempo non si può parificare l'annotazione con il pagamento (sconfessando la tesi minoritaria e dottrinale). Inoltre la tesi della Suprema Corte si fonda sul ruolo del correntista che ha versato delle somme di denaro alla banca e che viene distinto in due fattispecie.

- I) Da una parte può ricorrere il caso del conto corrente con apertura di credito in cui il correntista agisca all'interno del fido concessogli. Quando il cliente effettua delle rimesse verso la banca queste hanno la funzione di eliminare o ridurre il passivo creatosi e ripristinare la provvista disponibile. Quindi il versamento di somme serve ad avere di nuovo un fido completo: in tal caso per i giudici si deve riconoscere natura ripristinatoria a questo versamento e non di pagamento. Da ciò discende che non può farsi decorrere la prescrizione da ciò che non è pagamento, con la conseguenza che essa dovrà decorrere solo successivamente. L'avvio dovrebbe coincidere in tal caso con la chiusura del conto, momento in cui si effettua il calcolo di ciò che è dovuto ed in cui si può ottenere il saldo.
- II) Dall'altra si distingue un'altra fattispecie: essa può ravvisarsi laddove il conto corrente è scoperto per superamento del fido o è semplicemente in rosso. In tal caso il correntista ha necessità di ripianare il debito creatosi nei confronti della banca. Il versamento effettuato per colmare la scopertura del conto ha una funzione diversa, secondo i giudici, rispetto a quella del primo tipo. Si tratta infatti di una rimessa con

⁸⁹ Corte di cassazione, Sezioni Unite sent. n. 24418 del 02/12/2010, *ex multis* in *Giurisprudenza italiana*, 10, 2011, pp. 2073 ss.;

natura solutoria che permette l'esercizio dell'azione di ripetizione. Perciò il *dies a quo* sarebbe individuabile nel momento in cui la banca accredita il versamento effettuato.

La pronuncia delle Sezioni Unite non convince la dottrina che muove diversi rilievi al ragionamento: in primo luogo in quanto i giudici hanno utilizzato una distinzione tratta dalla disciplina del diritto fallimentare che distingueva appunto tra versamenti ripristinatori e versamenti solutori, ma che poi è stata superata. Inoltre tale distinzione non esclude che il cliente anche nel primo caso di rimessa infratido lo abbia fatto con la volontà di evitare spese e commissioni⁹⁰.

Le critiche alla decisione hanno avuto poco spazio in quanto il legislatore è intervenuto dopo un centinaio di giorni sulla disciplina applicabile in tema di prescrizione. L'intervento ha provocato l'ennesimo corto circuito istituzionale: una legge con finalità di salvataggio del settore bancario e il suo conseguente rigetto da parte della giurisprudenza⁹¹. La norma (art. 2 co. 61 d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 convertito in l. 26 febbraio 2011 n. 10) prevede che "*in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'articolo 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*".

La disciplina si presenta pertanto come una norma di interpretazione autentica che intende cioè fornire una interpretazione vincolante dell'art. 2935 cod. civ. in relazione alla questione

⁹⁰ SALANITRO U., *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca borsa e tit. credito*, 3, 2011, pp. 400 ss.;

⁹¹ Malgrado si riconosca la natura eminentemente salva-banche si rileva come l'intervento sia in parte causato dalle stesse SSUU che hanno coniato una tesi del tutto nuova rispetto a quelle che si erano formate in giurisprudenza. In tal modo si è offerta l'opportunità di un intervento chiarificatore del legislatore v. D'AMICO G. *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, in *I contratti*, 2012, p. 458; altri rilevano come l'origine dell'intervento sia da ricondurre a politici con rapporti di parentela con l'ambiente bancario, ma anche che l'espressione "salvare le banche" sia tratta dal dibattito parlamentare; si rileva la tempestività dell'intervento, ma si critica anche il conseguente e acritico rigetto della giurisprudenza DOLMETTA A.A., *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, in *I contratti*, 5, 2011, p. 499;

della prescrizione delle operazioni bancarie. E' necessario in primo luogo individuare i caratteri di tale strumento per verificare se sia stato adeguatamente utilizzato in questo caso.

La legge interpretativa è infatti quella che non innova l'ordinamento, ma che vuole chiarire il significato di una norma preesistente con naturale efficacia retroattiva⁹².

Dati i tre casi in cui può ricorrere un intervento interpretativo del legislatore⁹³ quello che si è verificato in relazione all'anatocismo sembra rientrare nel primo caso. In particolare erano presenti diversi orientamenti giurisprudenziali discordanti entro i quali il legislatore ha accolto quello minoritario che considerava il *dies a quo* coincidente con l'annotazione in conto. Ove si accogliesse tale tesi si dovrebbe negare che si fosse formato un orientamento consolidato fondato sulla pronuncia delle SSUU⁹⁴.

Prima di tornare sulla sentenza delle Sezioni Unite che ha ricevuto diverse critiche dalla dottrina, è necessario analizzare l'intervento legislativo malgrado abbia avuto una breve esistenza avendo subito un intervento caducatorio della Corte costituzionale.

Prima di ciò la dottrina si era divisa sull'interpretazione della nuova norma: tutti invero sottolineavano come la si potesse analizzare tenendo conto delle due parti di cui è composta.

La prima parte si riferisce alle operazioni bancarie e indica come interpretare l'art. 2935 cod. civ. individuando il *dies a quo* nel giorno dell'annotazione.

⁹² individua infatti un significato che la norma già aveva nel passato e si limita solo a riconoscerlo anche se tale funzione può essere oggetto di rilievi critici. V. GUASTINI R., *Le fonti del diritto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU-MESSINEO, Milano, 2010, p. 143 ss.

⁹³ Riporta sempre GUASTINI R., *op. cit.*, p. 146 che sono: (i) molteplici interpretazioni giurisprudenziali preesistenti e divergenti e che il legislatore scelga all'interno di queste possibili; (ii) molteplici interpretazioni giurisprudenziali preesistenti e la scelta legislativa che si pone al di fuori di tali possibilità; (iii) il caso di una interpretazione giudiziale omogenea e un diritto vivente consolidato in cui il legislatore sceglie una interpretazione differente. Solo il primo consiste in un vero intervento interpretativo, mentre gli altri due sono interventi innovativi del diritto e quindi non potrebbero rivestire la funzione e la veste interpretativa.

⁹⁴ In effetti le SSUU del 2010 non hanno avallato un orientamento già consolidato nella giurisprudenza, ma come detto hanno voluto sposare parti dei due orientamenti creandone uno nuovo. Per cui al momento dell'intervento legislativo (appena poche settimane dalla sentenza delle Sezioni Unite) non vi era stato il tempo sufficiente per affermare la nuova tesi emersa.

Tale parte è stata considerata in larga misura legittima e non incostituzionale: in primo luogo perché non vi sarebbe lesione della certezza del diritto e perché avrebbe individuato un significato compreso tra le possibili varianti di senso dell'art. 2935 cod. civ.⁹⁵.

Si è altresì sostenuto che sarebbe stato possibile fornire di essa una interpretazione costituzionalmente orientata ritenendo che la norma non dovesse essere riferita alla ripetizione (che richiedendo un pagamento non sarebbe compatibile con l'annotazione). La norma, secondo tale opinione, avrebbe potuto riferirsi alla correzione dell'errata annotazione della banca e alla prescrizione del relativo diritto di rettifica⁹⁶, e solo in tal senso avrebbe dovuto essere letta.

La seconda parte dell'intervento legislativo aveva la funzione di limitare la portata retroattiva della norma interpretativa salvando tutti i pagamenti e le somme versate in conseguenza di sentenze fino a quel momento pronunciate.

La individuazione di un periodo finale è considerata palesemente incostituzionale dalla dottrina, in quanto provoca delle disparità di trattamento ed irragionevolezza nel porre un limite temporale alla restituzione delle somme⁹⁷.

Vi è chi si è spinto a sostenere il carattere creativo e non interpretativo della norma in quanto introdurrebbe una previsione speciale destinata ad essere applicata nell'apertura di credito in conto corrente⁹⁸. La posizione non sembra condivisibile in quanto come detto l'intervento legislativo accoglie uno degli orientamenti (seppur minoritario) invalsi in giurisprudenza. Nel caso si è privilegiata una interpretazione specifica del combinato disposto degli artt. 2935 e

⁹⁵ Quindi si rispetterebbe la regola delle leggi interpretative e ne delinea la legittimità. V. SALANITRO U., *L'inizio op. cit.*, pp. 405 ss.;

⁹⁶ SALANITRO U., *L'inizio op. cit.*, pp. 405 ss., ma anche la giurisprudenza ha promosso un'interpretazione di questo tipo: si vedano le Trib. Milano, 4 aprile 2011 in www.ilcaso.it in cui si rigetta la questione di legittimità costituzionale e si ritiene "preferibile, in quanto compatibile con la struttura e la disciplina del conto corrente, è ricollegare la prescrizione decennale al diritto di contestare l'estratto conto e, quindi, le annotazioni ivi riportate, come desumibile dal combinato disposto degli artt. 1832 e 1827 c.c., di cui la prima norma è espressamente richiamata anche per il conto corrente bancario, mentre la seconda esplicita un principio generale del contratto di conto corrente in quanto tale". V. anche DOLMETTA A.A., *Versamenti cit.*, p. 495;

⁹⁷ V. DOLMETTA A.A., *Versamenti cit.*, p. 493;

⁹⁸ MANCINI N., *Prescrizione della ripetizione di interessi anatocistici: dalla cassazione all'intervento della Corte costituzionale*, *Giur. Comm.*, 6, 2012, pp. 1181 ss.

2033 cod. civ, per chiarire quale fosse il momento di partenza della prescrizione in un settore in cui vi erano delle incertezze.

5.3. La Corte costituzionale e la disciplina della prescrizione.

Le interpretazioni della nuova normativa hanno subito un immediato blocco in quanto sono maturate una serie di ordinanze che ne hanno messo in dubbio la legittimità costituzionale. Ben nove ordinanze sono giunte di fronte alla Corte costituzionale che con la sentenza n. 78 del 2012 ha dichiarato l'incostituzionalità del comma 61. I profili di incostituzionalità rilevati sono tanti e si riferiscono ad entrambe le parti della disciplina. La Corte però sviluppa solo due questioni strettamente legate fra loro: la irragionevolezza della norma (violazione dell'art. 3 Cost.) e la sua violazione dei principi che governano la irretroattività delle leggi (art. 117 Cost in combinato disposto con l'art. 6 CEDU).

I) In primo luogo si sofferma sulla norma: si tratta di una norma di ampia portata che non può essere interpretata nel senso di limitarla alla prescrizione del diritto di rettifica perché in tal caso sarebbe inutile. Il Giudice delle Leggi sconfessa in altri termini, le tesi della giurisprudenza che avevano provato a fornire una lettura costituzionalmente orientata della norma sottoposta al suo esame. Perché possa parlarsi di legge interpretativa occorre rispettare i canoni per la sua legittimità. La disciplina in questione invece non enuclea un significato compatibile con quelli compresi dall'art.2935 cod.civ.; la Corte ha in particolare ritenuto che la norma letta in combinato con l'art. 2033 cod. civ. avrebbe dovuto richiedere un pagamento, che viceversa non compare. Pertanto il legislatore avrebbe previsto una nuova deroga alla disposizione sulla prescrizione e, facendo questo, non avrebbe addotto una ragione giustificativa dell'intervento e del suo effetto retroattivo. Per affermare ciò la Consulta

ha dovuto riconoscere piena continuità tra l'orientamento maggioritario sulla questione della prescrizione e la sentenza delle Sezioni Unite del 2010.

- II) In secondo luogo la violazione dell'art. 117 Cost. in combinazione con l'art 6 CEDU sul diritto ad un giusto processo come interpretata dalla giurisprudenza della Corte EDU. Quest'ultima ha affermato che l'intervento del potere legislativo in materia civile con disposizioni retroattive non è in genere vietato, ma deve essere sorretto da ragioni imperative di interesse generale. La Corte ha sostenuto che nel caso in questione non vi fossero ragioni di difesa di valori costituzionali e quindi ha concluso per la incostituzionalità dell'intera disposizione.

Le ragioni della Consulta appaiono, come rilevato da autorevole dottrina, in parte deboli e contraddittorie⁹⁹. Soprattutto la tesi che vi fosse un orientamento consolidato è abbastanza opinabile, dato che la sentenza delle SSUU pone dei principi nuovi tratti dalla disciplina fallimentare che fino ad allora nessuno aveva utilizzato in relazione all'ambito bancario (la distinzione tra atti solutori e atti ripristinatori)¹⁰⁰.

Il riferimento all'art. 3 Cost. e alla ragionevolezza dell'intervento è sviluppato come punto a sé, ma in realtà cela la “vera *ratio decidendi*”¹⁰¹ che si basa sulla mancanza di una giustificazione rispetto alla scelta retroattiva della legge interpretativa. Non sarebbe stato sufficiente il mero requisito negativo del non contrasto con i principi costituzionali. Al contrario si sarebbe dovuto individuare un diritto o una ragione che in positivo sostenesse la scelta retroattiva. E' in questa considerazione che si evidenzia la palese irragionevolezza della soluzione legislativa che ne determina la contrarietà al dettato costituzionale. In astratto erano ipotizzabili delle ragioni a favore del legislatore per fondare la scelta:

⁹⁹ SALANITRO U., *Retroattività e affidamento: la ragionevolezza del comma 61 (art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. L. n. 10/2011)*, in *Banca borsa e tit. credito*, 4, 2012, pp. 443 ss.;

¹⁰⁰ l'idea che la giurisprudenza delle Sezioni Unite non sia meramente ricognitiva della tesi maggioritaria precedente è evidenziata da SALANITRO U., *Retroattività e affidamento cit.*, p. 445; afferma invece l'adesione alla tesi dominante da parte delle SSUU, FERRO LUZZI P. *In cauda venenum*, in *Riv. Dir. Comm.*, p. 421;

¹⁰¹ SALANITRO U., *Retroattività e affidamento cit.*, p. 445;

soprattutto si sarebbe potuto richiamare il principio di affidamento e la opportunità di evitarne la lesione in quanto la regola dell'annotazione permette di delimitare la prescrizione. Quest'ultima infatti si può estendere per diversi lustri in base alla regola della chiusura del conto (data l'indeterminatezza della durata del contratto di conto corrente): accogliere una tesi mediana che valorizzasse l'annotazione in combinazione con l'estratto conto forse avrebbe bilanciato maggiormente gli interessi contrapposti.

Al contrario il legislatore ha percorso la strada di un occulto protezionismo verso il sistema bancario, attraverso la decretazione d'urgenza senza alcuna *ratio* se non quella di contrastare le posizioni assunte dalla giurisprudenza¹⁰². Il risultato è una norma poco comprensibile e generica che si riferisce all'ambito bancario, ma non si occupa né di anatocismo né di azione di ripetizione.

D'altronde la giurisprudenza non è esente dal biasimo della dottrina: si è schierata a difesa del cliente, ma con argomentazioni poco convincenti se non sul piano della giustizia sostanziale¹⁰³. Per questo motivo la dottrina parla di contraddizione e di debolezza delle argomentazioni¹⁰⁴, ma è evidente che un'altra volta lo scontro tra banche, giudici e legislatore abbia portato a forzare le relative funzioni.

Malgrado alcune tesi contrarie¹⁰⁵ la sentenza della Corte costituzionale riporta le lancette indietro e ripristina la tesi indicata dalle Sezioni Unite.

Alla luce di ciò è opportuno verificare se la giurisprudenza abbia confermato o contrastato la posizione del Supremo collegio, in quanto, per rimettere di nuovo la questione alle Sezioni Unite, è necessario individuare nuovi argomenti.

¹⁰² parla di “*vero e proprio attentato alla magistratura*” DOLMETTA A.A., *Dopo la sentenza cit.*, p. 434;

¹⁰³ FERRO LUZZI P. *In cauda cit.*, p. 422, che mette in dubbio l'effetto positivo per i clienti della questione sull'anatocismo; inoltre evidenzia un “*atteggiamento antibancario di buona parte della magistratura di merito e della S.C.*” ed esprime dubbi sulla sua valenza positiva.

¹⁰⁴ si veda MANIACI A., *La vicenda dell'anatocismo: una partita senza vincitori*, in *Riv. Dir. Priv.*, 4, 2012, p. 542 che sostiene la compatibilità del comma 61 con l'elasticità e la generalità dell'art. 2935 cod. civ.; si veda anche D'AMICO G., *Operazioni cit.*, pp. 461-462, che tuttavia condivide l'interpretazione che limita al diritto di rettifica l'applicazione della norma; anche DOLMETTA A.A., *Dopo la sentenza cit.*, pp. 432 ss. in cui si rileva ad esempio la lacuna del ragionamento della Corte nei confronti dell'art. 2033 cod. civ.. La norma non è neanche richiamata dai giudici costituzionali.

¹⁰⁵ MANIACI A., *cit.*, p. 551 sostiene che l'incostituzionalità del comma 61 art. 2 d.l. n. 225/2010 non significa che vi sia stato un avallo della tesi delle Sezioni Unite in relazione alla prescrizione.

In primo luogo si può rilevare come nella giurisprudenza di merito diverse sentenze condividano la scelta delle Sezioni Unite considerandola ormai consolidata¹⁰⁶. Non mancano tuttavia sentenze di segno opposto che analizzano criticamente l'orientamento della Suprema Corte¹⁰⁷ o anche pronunce di chi evidenzia le considerazioni critiche, ma poi si adegua nel "generale interesse dell'uniformità e dell'applicazione generale della legge"¹⁰⁸.

In secondo luogo vi sono le sentenze della giurisprudenza di legittimità che sembrano in gran parte confermare la distinzione tra rimesse ripristinatorie e solutorie¹⁰⁹. Permane tuttavia il problema di come distinguere la natura delle rimesse effettuate dal cliente.

La dottrina evidenzia che il versamento fatto dal correntista non può avere una natura predefinita, ma è un fatto neutro che deve essere qualificato (e quindi provato)¹¹⁰. Da ciò discende che il problema successivo riguarda l'onere della prova in relazione alla qualificazione della singola rimessa.

5.4. Onere della prova:

In conseguenza delle teorie sulla prescrizione si è affermata la questione dell'onere della prova che oggi costituisce la nuova sfida nel rapporto tra banca e cliente. Nel contenzioso bancario abbiamo due casi principali che si possono verificare: in primo luogo può ricorrere la domanda di ripetizione delle somme non dovute proposta dal cliente contro la banca quando vi siano state delle poste passive che hanno determinato il conteggio di interessi anatocistici non dovuti; in secondo luogo quella in cui i ruoli sono invertiti ovvero è la banca che richiede il pagamento di somme al cliente convenuto.

¹⁰⁶ Si vedano Appello Brescia sent. 19 novembre 2014, Trib. Lecce sent. n. 4952 del 18 dicembre 2014, Trib. Modena sent. n. 4059 del 14 novembre 2013, in www.ilcaso.it.

¹⁰⁷ si veda Tribunale di Lucca sentenza del 10 maggio 2013 in www.dirittobancario.it che cerca di recuperare la funzione dell'estratto conto e del suo invio periodico al correntista. Questo indicherebbe tanti momenti di chiusura periodica del conto a cui dovrebbe collegarsi la prescrizione.

¹⁰⁸ Tribunale di Taranto, 27 giugno 2012, in *Banca borsa tit. credito*, 2, 2013, pp. 328 ss.;

¹⁰⁹ Corte di Cass., sez. III, sentenza n. 798 del 15/01/2013 in *Nuova giur. Civ. comm.*, 5, 2013, pp. 496 ss, con nota di BONTEMPI P.; Corte di Cass., sez I, sentenza n. 6857 del 24 marzo 2014, in *Danno e responsabilità*, 8-9, 2014, p. 826 ss. con nota di COLANGELO G.;

¹¹⁰ come evidenzia DOLMETTA A.A., *Versamenti cit.*, p. 498 ss. per cui il compito è in mano alla banca che con l'estratto conto può esprimere questo dato. Di conseguenza per questa tesi la prescrizione decorre dal momento in cui l'estratto conto non può essere più contestato (60 gg. dal suo ricevimento).

A queste si può aggiungere un caso ulteriore in cui è proposta domanda riconvenzionale e i ruoli delle parti si invertono reciprocamente.

Le regole applicabili sono: l'art. 2697 cod. civ. per cui colui che agisce per il riconoscimento di un diritto ha l'onere di fornire le prove a fondamento della domanda. Questa è la regola generale in tema di onere della prova, opera in riferimento a fatti positivi e può essere oggetto di modifica con dei patti che non devono determinare un aggravamento dell'onere per una delle parti. La sua interpretazione è da tempo oggetto di una evoluzione ad opera del correlato principio della vicinanza della prova per cui in alcuni casi è il soggetto che è materialmente più vicino alla prova che deve produrla e non chi ha agito¹¹¹. Si tratta di un evidente correttivo della regola generale che, ove applicata in modo troppo ristretto può comportare dei casi di lesione del principio di uguaglianza sostanziale. Tale tesi è oggi sostenuta anche nel settore bancario al fine di correggere gli equilibri del rapporto tra banca e cliente sull'*onus probandi*.

In ambito bancario e in specie in relazione alle questioni sugli interessi anatocistici è fondamentale la ricostruzione dell'andamento del conto corrente e del saldo di partenza. Tale prova è in genere assolta con la produzione in giudizio degli estratti conto con cui si individua la successione dei vari fatti contabili e, di conseguenza, le poste patrimoniali che si sostengono non dovute. D'altra parte l'estratto conto non determina una presunzione di carattere assoluto potendo essere oggetto di contestazione.

Pertanto assume un ruolo fondamentale che il cliente possa ottenere e possedere la documentazione bancaria. In tale ambito vi è l'art. 119 T.U.B. per cui le comunicazioni periodiche tra banca e cliente devono avere durata almeno annuale (co. 1°), mentre in quelli di conto corrente la periodicità è concordata tra le parti (co. 2°). La norma inoltre dispone che il cliente possa sempre richiedere, a sue spese, copia della documentazione relativa a singole

¹¹¹ L'applicazione del principio ha una importante consacrazione in tema di onere della prova in relazione all'inadempimento con la sentenza delle Sezioni Unite civili del 30 ottobre 2001, n. 13533. A queste poi si è aggiunto il filone relativo alla responsabilità medica: cfr. Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20101 in *Giust. Civ. Mass.*, 9, 2009, pp. 1329 ss.; Cass. civ., 27 aprile 2010, n. 10060, in *Giust. Civ. Mass.*, 4, 2010, pp. 619 ss.;

operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. La dottrina evidenzia che si pone in capo alla banca un dovere di protezione che consiste nel dare il supporto documentale al cliente¹¹².

D'altronde il cliente ha l'onere di presentare la richiesta alla banca per ottenere questa assistenza di tipo documentale. Difatti non può agire in via giudiziale senza indicare alcun dato sul contratto e sulle singole poste in quanto in quel caso la sua domanda processuale sarà rigettata.

Pertanto, come detto, la ricostruzione dell'andamento contabile del conto è effettuato a partire dalle prove prodotte dalla parte che agisce in giudizio.

Tuttavia spesso accade che la documentazione presentata in giudizio non sia completa: ciò perché, soprattutto in relazione all'anatocismo, si deve ricostruire l'andamento di un conto anche per più di un decennio per cui parte della documentazione può non essere più disponibile. Le banche inoltre sostengono che si applica in tal caso la regola per cui non vi è obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni dall'ultima registrazione (*ex art. 2200 cod. civ.*).

Si pone pertanto il problema di ricostruire l'andamento del conto solo attraverso una parte degli estratti conto prodotti. Di qui il primo problema su chi debba sostenere l'onere e ricostruire l'andamento del conto.

Per risolverlo si applica la distinzione vista: se è il cliente ad agire egli dovrà produrre le prove documentali a sostegno della propria domanda. In caso di incompletezza potrà esercitare il diritto di informazione di cui all'art. 119 co. 4° T.U.B. e ottenere i documenti mancanti in via stragiudiziale. Solo in caso di mancata ottemperanza potrà presentare la richiesta di produzione in giudizio di cui all'art. 210 c.p.c.; difatti quest'ultimo è condizionato alla indispensabilità della richiesta e quindi opera solo in subordine al diritto di informativa. Nel caso in cui permanga una situazione di incertezza e di incompletezza in relazione al conto

¹¹² DOLMETTA A.A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 108;

si ricostruirà l'andamento solo in relazione agli estratti conto prodotti e in base al primo prodotto.

Al contrario, nel caso in cui la banca sia attrice e richieda il pagamento di un credito sarà suo onere produrre gli estratti conto relativi a tutta la vita del contratto di conto corrente. Qualora tuttavia non vi sia completezza si è affermato il principio del cd. saldo zero: ovvero la CTU che opera il calcolo del dovuto dovrà partire da un saldo neutro. Difatti la banca non può sottrarsi neanche dall'onere di produzione degli estratti conto eccependo che sia passato più di un decennio e che non sussista l'obbligo di conservazione (*ex art. 2220 cod. civ.*). La Cassazione in merito ha evidenziato che tale regola non può comportare un vantaggio o un esonero dall'*onus probandi*¹¹³.

Vi è inoltre un ulteriore problema che si ricollega alla tesi sul *dies a quo*, ovvero su chi gravi la prova della natura del versamento ovvero se sia solutorio o ripristinatorio.

5.4.1. Le tesi formatesi sull'onere della prova

Si può partire dal caso più frequente, ovvero quello del cliente che agisce nei confronti della banca per ottenere la restituzione delle somme che siano state pagate. Pertanto agisce con l'azione di restituzione dell'indebito oggettivo e deve provare da una parte la fonte del contratto, dall'altra l'attribuzione patrimoniale e l'inesistenza della giustificazione causale di quest'ultima¹¹⁴. Pertanto qualora la banca voglia opporsi alla richiesta del cliente dovrà, ad esempio, sostenere che è decorsa la prescrizione. Ciò dovrà essere allegato e provato dalla

¹¹³ Cass. sez. I, 6 gennaio 2011, n. 1842, in *Guida al diritto*, 2011, 12, p.46, dove si evidenzia come al riguardo occorre invero considerare che la "*ratio posta a fondamento dell'obbligo di conservazione delle scritture contabili per un decennio va individuata nell'esigenza di assicurare una più penetrante tutela dei terzi estranei all'attività imprenditoriale, rispetto ad un eventuale posizione creditoria da essi fatta valere ovvero ad una contestazione sollevata, circostanza da cui discende che un eventuale inadempimento al riguardo da parte dell'istituto di credito potrebbe eventualmente rilevare, a favore della controparte, sotto il profilo della violazione dell'art. 1375 c.c. Il fatto dunque che sia previsto l'obbligo di conservazione delle dette scritture per un periodo di tempo limitato significa soltanto che l'imprenditore (nella specie la banca) non può essere chiamato a rispondere sotto alcun profilo della mancata conservazione delle dette scritture per un periodo più ampio, ma non può certamente comportare che l'inesistenza del detto obbligo per il decorso del tempo possa determinare una condizione di favore rispetto ad una posizione creditoria prospettata, sollevandolo dall'onere di dare piena dimostrazione del credito vantato*". Tale principio è confermato da ultimo da Cass. civ., sez. I, 18 settembre 2014, n. 19696, inedita;

¹¹⁴ Cass. civ., sez. III, 25 gennaio 2011, n. 1734, inedita;

banca stessa che pertanto dovrà sostenere la natura solutoria del pagamento per fissare la decorrenza da quel momento. Tale soluzione è sostenuta da una parte della dottrina che evidenzia come l'eccezione di prescrizione debba essere sostenuta con la prova dei fatti costitutivi della stessa¹¹⁵.

Invero altra parte della dottrina propone una lettura diversa: di fronte alla eccezione di prescrizione è il cliente che deve provare l'apertura di credito al fine di accertare la natura ripristinatoria delle rimesse effettuate¹¹⁶. Questa conclusione discende dall'applicazione della disciplina fallimentare a cui le Sezioni Unite hanno fatto riferimento. Tale tesi in verità non ha convinto la dottrina e sembra non convincente in quanto equipara l'azione revocatoria (con le sue regole probatorie) con l'azione di ripetizione d'indebito; tale accostamento si presenta arduo e soprattutto non conforme al *dictum* delle stesse Sezioni Unite¹¹⁷.

Una terza tesi si è affermata nella giurisprudenza creando una argomentazione fondata su una presunzione: si è affermato che le rimesse effettuate in corso di rapporto hanno normalmente natura ripristinatoria¹¹⁸. Ciò significa che è necessario provare la diversa natura e che vi sia stato uno spostamento patrimoniale tra *solvens* e *accipiens*. Tale prova deve essere fornita da chi vuole far valere la prescrizione a partire dal versamento specifico (quindi la banca)¹¹⁹.

La tesi non sembra aver convinto né la dottrina né la giurisprudenza: quest'ultima ha invece confermato la prima tesi per cui è il cliente che deve provare la sussistenza di un'apertura di credito al fine di sostenere la natura ripristinatoria delle rimesse effettuate¹²⁰.

¹¹⁵ DOLMETTA A.A., *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»: onere e vicinanza della prova*, in www.ilcaso.it del 15 luglio 2014 che riporta la tesi accolta nella sentenza Trib. Brindisi, 24 giugno 2014, in www.ilcaso.it;

¹¹⁶ TAVORMINA V., *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010 dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, in *Banca borsa tit. cred.* 2012, 4, pp. 459 ss.;

¹¹⁷ la critica è mossa da DOLMETTA A.A., *Prescrizione della ripetizione cit.*, in cui si esclude l'equivalenza delle due azioni e soprattutto che le Sezioni Unite assumendo la distinzione tra le rimesse, si sarebbero premurati di evidenziare che tale criterio era stato elaborato ad altri fini.

¹¹⁸ Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 2014, n. 4518, in *Danno e responsabilità*, 8-9, 2014, p. 825 con nota di COLANGELO G.; seguita da Tribunale Marsala, 6 maggio 2014, in *I contratti*, 7, 2014, pp. 692-693;

¹¹⁹ tesi accolta ad es. da Tribunale Lecce 18 dicembre 2014, in www.ilcaso.it per cui "È onere della banca provare che i versamenti, nei cui confronti il cliente ha svolto azione di ripetizione dell'indebito, hanno natura solutoria, avendo la stessa banca spiegato eccezione di prescrizione a riguardo";

¹²⁰ il riferimento è sempre a DOLMETTA A.A., *Prescrizione della ripetizione cit.*, che cita la decisione del Trib. Mantova, 3 maggio 2014, in www.ilcaso.it che spiega come con il contratto di conto corrente la banca non si impegna a mettere a

Entrambe le tesi poggiano su presunzioni: quella della Cassazione sulla funzione generalmente ripristinatoria in quanto più coerente con la natura del contratto e quella della giurisprudenza di merito che invece presume che il conto corrente sia sprovvisto di una apertura di conto.

5.4.2. Una tesi alternativa: il principio di vicinanza della prova.

Una dottrina molto attenta alle esigenze del cliente e al bilanciamento con il ruolo assunto dalla banca propone una lettura dell'onere della prova corretta alla luce del principio di vicinanza¹²¹. Quest'ultimo si è da tempo affermato nel giudizio di risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno¹²² e anche in contesti professionali come la responsabilità medica.

La tesi si basa su una serie di argomenti:

- La complementarità della regola generale di cui all'art. 2697 cod. civ. con il principio di vicinanza della prova. I due parametri normativi non possono essere utilizzati in modo del tutto autonomo se non creando delle distorsioni; si evidenzia come l'applicazione generalizzata del principio *onus incubit ei qui dicit* può creare delle disparità di ordine sostanziale ledendo i principi di uguaglianza e del diritto di difesa (artt. 3 e 24 Cost.)
- Pertanto si elabora una vicinanza speciale detta "di impresa": il fatto che gli operatori finanziari creino e immettano sul mercato dei prodotti li pone in posizione di preminenza rispetto ai clienti. Ne sarebbe riprova il fatto che chi crea il prodotto lo conosce e ha la possibilità di modificarlo e gestirlo direttamente. Questa regola è sancita nell'art. 119, co.

disposizione del denaro a favore del correntista, ma solo di fornire un servizio di cassa. Perciò la prova della sussistenza di un'apertura di credito incombe per regola generale (art. 2697 cod. civ.) sul cliente;

¹²¹ DOLMETTA A.A., MALVAGNA U., *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, in Banca borsa tit. credito, 6, 2014, pp. 659 ss.; DOLMETTA A.A., MALVAGNA U., *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario. Spunti (I. Il saldo zero)*, in Riv. Diritto bancario, 6, 2014, in www.diritto bancario.it; DOLMETTA A.A., *Prescrizione della ripetizione cit.*;

¹²² Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533 in *Corr. Giuridico*, 12, 2001, pp. 1565 ss. con nota di MARICONDA V.;

4° T.U.B. che evidenzia la naturale prossimità della banca ai documenti e quindi alla prova in relazione al contratto di conto corrente da essa stessa regolato.

- Si evidenzia l'esistenza di una disparità di posizione tra parti contrattuali che è generale anche se può essere più o meno intensa. Essa dipende direttamente dal punto precedente ovvero dal fatto che il contratto o il prodotto finanziario è esterno alla sfera di azione del cliente. Quindi il principio di appartenenza del prodotto determina un disequilibrio di partenza che però deve essere calibrato in base ai concreti tratti del cliente.
- I casi di legalizzazione del principio della vicinanza già presenti in ambito finanziario: l'art. 23 co. 6° T.U.F. e l'art. 178 cod. assicurazioni che pongono a carico dell'impresa o dei soggetti abilitati l'onere di fornire la prova di aver agito con la diligenza richiesta. Queste norme evidenziano delle presunzioni legali relative che accolgono il principio della prossimità alla prova.

L'applicazione del principio al caso della restituzione degli addebiti effettuati dalla banca nel conto corrente e contestati dovrebbe comportare un diverso bilanciamento dell'onere della prova. Pertanto qualora il cliente agisca con la *condicio indebiti* sarà sufficiente provare l'esistenza del contratto e allegare la nullità degli addebiti attuati dalla banca potendo solo allegare la mancanza di titolo degli stessi. La banca in quanto naturalmente vicina alla prova dovrà invece provare la legittimità dell'addebito effettuato.

La giurisprudenza ha criticato l'applicazione generalizzata del principio della vicinanza in quanto si tratterebbe di criterio eccezionale applicabile solo in caso di dubbio¹²³. Pertanto i giudici negano che possa svolgere un ruolo di complementarità dell'art. 2697 cod. civ. se non scardinando la regola stessa.

Un'altra sentenza di merito invece in tema di onere per il correntista attore distingue due casi in rapporto tra loro di regola ad eccezione: da una parte vi è un onere quando si tratta di

¹²³ Tribunale Reggio Emilia, sent. 24 aprile 2014, in www.dirittobancario.it;

produrre gli estratti conto relativi alla ricostruzione dell'intero rapporto contrattuale; dall'altra vi è l'eccezione nel solo caso in cui la ricostruzione riguardi il decennio precedente alla domanda: in tale evenienza, sostengono i giudici, l'onere spetterebbe alla banca per l'applicazione del principio di vicinanza della prova e degli artt. 2220 cod. civ. e 119 co. 4° T.U.B.¹²⁴.

¹²⁴ Tribunale Lanciano, sent. 18 novembre 2014 n. 343 in www.ilcaso.it;

Capitolo 3

1. Le problematiche della odierna disciplina. L'adeguamento delle clausole dei contratti dopo la delibera Cidr del 2000

Nel capitolo precedente si è dato conto di una serie di questioni che guardano al passato della disciplina dell'anatocismo e che sono destinate ad esaurirsi.

Tuttavia una disciplina dovrebbe avere una maggiore rilevanza se vista in un'ottica di attualità con una visuale verso gli sviluppi futuri. Pertanto si affronteranno i problemi successivi alla delibera Cidr del 2000, utilizzata quale linea di divisione dei due periodi della disciplina anatocistica.

I contratti bancari in relazione all'anatocismo hanno subito uno sconvolgimento in conseguenza del cambiamento dell'orientamento giurisprudenziale. Le clausole sono divenute nulle, a causa dell'incostituzionalità della sanatoria tentata dal legislatore nel 1999. I contratti non sono però stati dichiarati nulli, ma hanno ottenuto una possibilità di adeguamento affinché fosse applicabile la nuova disciplina anatocistica del T.U.B.

La delibera del Cidr del 2 febbraio 2000 pertanto ha previsto all'art. 7 le modalità di adeguamento dei contratti in via transitoria così disponendo: «qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30/6/00, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per

iscritto alla clientela alla prima occasione utile, e, comunque, entro il 30/12/00(co.2)». «Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela (co.3)».

Quindi si creano due fattispecie da una parte il caso in cui il contratto abbia previsto condizioni uguali o migliorative rispetto al periodo precedente: ricorrendo tale eventualità la banca è tenuta a pubblicare in Gazzetta Ufficiale le modifiche unilaterali alla disciplina e a fornirne notizia ai clienti (art. 7 co.2°); dall'altra, ove siano presenti condizioni peggiorative l'adeguamento deve avvenire attraverso un'approvazione scritta del cliente ai sensi dell'art. 1341 cod. civ. (art. 7 co.3° combinato con l'art. 6 della stessa delibera CiCr).

Le banche in diversi casi hanno pubblicato le modifiche contrattuali in Gazzetta Ufficiale perché ritenevano che le nuove condizioni fossero generalmente di favore per i clienti; infatti di norma si applicavano gli interessi annualmente per il lato passivo e trimestralmente per quello attivo. Per cui hanno semplicemente parificato la periodicità di computo degli interessi anatocistici, creando in tal modo condizioni più favorevoli per il cliente.

Tuttavia questa tesi che considerava sempre migliorativa la modifica del contratto è stata messa in dubbio da alcune sentenze della giurisprudenza.

Si è formato difatti un nuovo orientamento che al contrario considera sempre peggiorative le modifiche di adeguamento del contratto. Tale conclusione ha originato una diversa supposizione ovvero che il contratto non abbia clausole anatocistiche in quanto queste sono state dichiarate nulle in virtù del *revirement* della Cassazione. Di conseguenza qualunque modifica che introduca nel contratto clausole anatocistiche è sempre peggiorativa per il cliente e necessita della sua approvazione¹²⁵.

¹²⁵ Tribunale di Treviso, Sez. distaccata di Montebelluna, 10 giugno 2013, n. 110 in www.dirittobancario.it;

In ultimo si è formato un terzo orientamento¹²⁶ (confermato da una recente sentenza del Tribunale di Torino¹²⁷) per il quale è da mettere in dubbio la validità della stessa disciplina di adeguamento dettata dal Cicer.

Difatti l'emanazione della disciplina transitoria contenuta nell'art. 7 della Delibera è fonte regolamentare legittimata dal legislatore delegato con l'art. 25 co. 3 del d. lgs 342 del 1999¹²⁸.

Però in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale n. 425 del 2000, il terzo comma è stato dichiarato incostituzionale *in toto* e quindi anche in relazione alla parte sull'adeguamento. Per tale tesi l'atto di normazione secondaria non è più legittimo in quanto manca la norma primaria che gli sub-delegava la previsione delle modalità di adeguamento.

In conclusione non è necessario più qualificare la modifica come peggiorativa o migliorativa, ma è sempre necessaria un'approvazione espressa da parte dei clienti *ex art.* 1341 cod. civ..

¹²⁶ cfr le sentenze Tribunale Mantova, sentenza 12 luglio 2008, Tribunale Mondovì, 17 febbraio 2009 in www.ilcaso.it;

¹²⁷ Tribunale Torino, sentenza del 20 giugno 2014 in www.dirittobancario.it;

¹²⁸ Tale comma stabiliva che “Le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2, sono valide ed efficaci fino a tale data e, dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità e i tempi dell'adeguamento. In difetto di adeguamento, le clausole divengono inefficaci e l'inefficacia può essere fatta valere solo dal cliente”

2. Le recenti riforme in materia di anatocismo:

Nell'ultimo periodo il legislatore ha modificato nuovamente la disciplina sull'anatocismo: nello spazio di pochi mesi si sono succedute due riforme: l'art. 1 co. 629 del 27 dicembre 2013 n. 147 e l'art. 31 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91.

La seconda riforma in realtà non ha avuto seguito in quanto l'art.31 è stato soppresso dalla legge di conversione del decreto legge (l. n. 116 dell'11 agosto 2014). Pertanto oggi l'unica riforma in vigore è quella dettata dal co. 629 che ha modificato l'art. 120 T.U.B. nel seguente modo:

«Il Cicer stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori ;

b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale».

Un primo rilievo può essere svolto in confronto con la precedente disciplina: permangono infatti la delega al Cicer per la concreta individuazione delle modalità operative della disciplina; in tal modo il legislatore conferma la scelta di regolare l'anatocismo (ammesso che esso sussista ancora, in caso contrario si regolerebbero solo le modalità e i criteri per la produzione di interessi) con una norma di secondo grado.

Inoltre sussiste ancora la pari periodicità per gli interessi passivi ed attivi che era già indicata dal d. lgs. 342 del 2000. Tuttavia è l'oggetto ad essere cambiato: non si parla di interessi sugli interessi, ma di sole modalità di produzione degli interessi (semplici o composti non è chiaro, ma il cambio della terminologia potrebbe far propendere per la prima soluzione).

La seconda parte della norma si rivela invece di più difficile lettura: si afferma che gli interessi capitalizzati in un dato periodo non possono produrre interessi composti. Pertanto le operazioni di capitalizzazione sono calcolate solo sulla sorte capitale. Non è chiaro se il legislatore abbia voluto consentire una produzione di interessi composti escludendo però quelle ulteriori o se ne abbia negato *tout court* la validità.

Leggendo i lavori preparatori parlamentari si ha una indicazione più chiara che però sembra porsi in contrasto con il resto della previsione. Il legislatore infatti afferma che la disposizione è volta ad impedire che gli interessi siano capitalizzati e possano produrre ulteriori interessi; tale scelta, si legge, è scaturita dalla sentenza della Corte di cassazione del 2010 che avrebbe negato la possibilità di una capitalizzazione anche se annuale¹²⁹. Pertanto la scelta del legislatore è volta ad escludere il fenomeno dell'anatocismo in ambito bancario.

Anche nei primi commenti e applicazioni pratiche della disciplina si evidenzia una difficile interpretazione della volontà legislativa.

Un primo problema riguarda se sia immediatamente applicabile la nuova disciplina o si debba attendere l'intervento della disciplina secondaria in assenza della quale la disciplina è troppo oscura e non applicabile¹³⁰. Tale scelta non pare però sostenibile in quanto determinerebbe una lacuna *sine die* subordinata ad una fonte secondaria: cioè si creerebbe una situazione paradossale in cui l'operatività della norma primaria è sospesa in attesa dell'intervento di un organo amministrativo e di una sua deliberazione.

La norma di modifica è inserita invece in una legge di stabilità che individua la vigenza delle sue norme in modo univoco dall'1 gennaio 2014 (cfr. comma 729 dell'art. 1 l. 147 del 2013) per cui deve considerarsi in vigore.

¹²⁹ Dossier di Documentazione, Servizio studi, A.C. 1865-A XVII, del 19-12-2013 in www.ilcaso.it;

¹³⁰ si veda COLOMBO C., *Gli interessi nei contratti bancari*, Roma, Aracne, 2014, p. 98 ritiene che in attesa dell'emanazione della disciplina secondaria, stando alla formulazione letterale della norma il secondo comma dell'art. 120 T.U.B. non possa considerarsi operativo.

Un secondo problema è se l'anatocismo bancario sia ancora un istituto applicabile nel nostro ordinamento o se l'intervento del legislatore sia stato finalizzato ad espungere l'istituto dall'ordinamento bancario.

Una tesi sostiene che l'anatocismo sia del tutto venuto meno, perché questa è la volontà del legislatore (evidenziata dai lavori preparatori): ovvero quella di introdurre un divieto di anatocismo¹³¹.

D'altro canto questa soluzione è foriera di ulteriori domande: non è ben chiaro perché non sia stato abrogato l'intero comma secondo dell'art. 120 T.U.B. se questa era la volontà legislativa, ma soprattutto non è chiaro il perché si sia considerata la capitalizzazione periodica se è proprio ciò che si voleva vietare.

Per sostenere questa tesi quindi, oltre al dato ricostruttivo e storico (desunto dai lavori preparatori), è necessario muovere dall'assunto che il legislatore abbia inteso sostituire l'oggetto dell'art. 120 T.U.B.: come detto quest'ultimo dovrebbe essere riferito ai soli interessi semplici. Pertanto il legislatore avrebbe voluto regolare il solo fenomeno del conteggio degli interessi delle operazioni bancarie escludendo qualsiasi effetto anatocistico.

Una tra le prime sentenze applicative della disciplina conferma l'eliminazione dell'anatocismo bancario ad opera della legge n. 147 del 2013 e, allo stesso tempo, il riferimento della nuova norma alla sola contabilizzazione degli interessi¹³². In tal modo sostiene che il legislatore avrebbe errato nell'utilizzo del termine capitalizzazione così che il dato letterale non andrebbe tenuto in alcun conto.

¹³¹ MARCELLI R., *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera Cnr 9/2/2000*, in www.ilcaso.it, 2015 che riportando una relazione della Dott.ssa Lucia Cosentini, Presidente della IV sezione del Tribunale di Milano che sostiene la volontà abolitiva del legislatore basata in base ad una serie di rilievi: I) l'esplicita relazione di accompagnamento dei lavori parlamentari e che "per la prima volta tipizza l'improduttività degli interessi composti"; II) la sostituzione dell'espressione interessi sugli interessi con quella di produzione di interessi; III) la contraddittorietà della lettera b) e l'esclusione di un processo, anche solo iniziale di capitalizzazione; IV) l'utilizzo del termine capitalizzazione in senso improprio come sinonimo di conteggio; cfr. anche MAIMERI F. *La capitalizzazione degli interessi tra legge di stabilità e decreto sulla competitività*, in www.dirittobancario.it, 2014;

¹³² Appello Genova, ordinanza del 17 marzo 2014 in www.dirittobancario.it;

Altra tesi sostiene invece un anatocismo solo iniziale e che il divieto scatterebbe solo con le successive operazioni di capitalizzazione¹³³.

Le incertezze applicative sono ancora maggiori se si considera che non è ancora intervenuta la nuova delibera Cidr che deve regolare e completare l'intervento legislativo. L'intervento del Cidr dovrà sciogliere i nodi lasciati dalle disposizioni ed indicare in che modo gli operatori devono adeguarsi.

Dato che a più di un anno dalla approvazione la norma secondaria non risulta ancora approvata permane il quesito se la precedente disciplina regolamentare (la delibera C.i.c.r del 2000) sia tuttora applicabile.

La tesi maggioritaria è ferma nel sostenere l'abrogazione della disciplina previgente e della riespansione con efficacia *ex nunc* della disciplina generale (art. 1283 cod. civ.). Ciò in ossequio all'interpretazione secondo cui la riforma dell'art. 120 T.U.B. avrebbe fatto venir meno la norma delegante che forniva il potere di regolare l'anatocismo bancario al C.i.c.r.; pertanto la norma subdelegante (delibera C.i.c.r. del 9 febbraio 2000) non potrebbe più operare in quanto mancante della sua base legislativa primaria. Il giudice quindi dovrebbe considerare la precedente delibera *tamquam non esset* e procedere alla disapplicazione della stessa¹³⁴.

Vi è tuttavia chi ritiene che questa conclusione non sia del tutto condivisibile e che i contratti conclusi nel vigore della precedente disciplina debbano continuare ad essere regolati da quella¹³⁵. In particolare vi è chi evidenzia come la norma secondaria previgente dovrebbe considerarsi ancora applicabile sulla base dell'art. 161, co. 5° T.U.B. che permetterebbe di

¹³³ FARINA V., *Le recenti modifiche dell'art. 120 TUB e la loro incidenza sulla delibera Cidr 9 febbraio 2000*, in www.dirittobancario.it, 2014

¹³⁴ FARINA V., *Le recenti modifiche cit.*;

¹³⁵ QUINTARELLI A., *Conto corrente bancario: anatocismo e capitalizzazione; azioni di accertamento e condanna, distribuzione dell'onere probatorio e saldo zero*, in www.ilcaso.it, 2015, pp. 6 ss.;

considerare ancora in vigore le norme emanate da un'autorità creditizia in conseguenza di abrogazione o sostituzione delle norme primarie¹³⁶.

La principale critica è rivolta al fatto che la tesi della disapplicazione si basa sull'assimilazione impropria del tema in oggetto con la questione dell'adeguamento dei contratti richiamandosi al rapporto tra sentenza di incostituzionalità (sulla norma delegante) e norma delegata. Si sottolinea in senso critico che un conto è l'abrogazione (con efficacia *ex nunc*) altro è invece l'incostituzionalità (che è definita di annullamento con efficacia *ex tunc*¹³⁷).

A prescindere dall'adesione all'una o all'altra tesi è evidente come uno dei punti su cui dovrà fornire una soluzione l'intervento regolamentare del Cicer riguarda la normativa applicabile ai contratti pregressi. Invero sarebbe stato auspicabile che lo stesso legislatore avesse indicato l'applicabilità della disciplina ai soli contratti stipulati successivamente o anche a quelli anteriori.

D'altronde è necessario notare come, a data odierna, l'applicazione dell'anatocismo sia ancora presente nella maggior parte dei contratti bancari (anche quelli di nuova apertura). Ciò determina un protrarsi dell'incertezza che avrà come inevitabile conseguenza l'ulteriore ampliamento del contenzioso bancario.

Un primo esempio di questo nuovo contenzioso bancario è sancito da due ordinanze del Tribunale di Milano che ha preso posizione su diverse delle questioni che la nuova normativa ha delineato¹³⁸. La questione è stata posta da una associazione dei consumatori con una *class action* che contesta l'applicazione delle clausole anatocistiche nei contratti bancari malgrado l'avvenuta modifica dell'art. 120 T.U.B..

¹³⁶ E' la tesi proposta da MUCCIARONE G., *Trasparenza bancaria*, in *Trattato dei contratti* a cura di ROPPO V., Vol. V, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 689 ss.;

¹³⁷ QUINTARELLI A., *op. cit.*, p. 6; Un'altra critica riguarda l'automatico effetto estensivo della norma generale in conseguenza del venir meno della norma speciale. La regola, si obietta, sarebbe di tipo processuale e non può essere trasposta *sic et simpliciter* al diritto sostanziale derogando ai principi *ex art. 11 disp. prel.*;

¹³⁸ Tribunale Milano, Sez. VI, ordinanza n. 3562 del 03/04/2015 e ordinanza del 25/03/2015 in www.dirittobancario.it;

In specie si contesta un comportamento illegittimo e contrario agli interessi dei consumatori e si chiede al giudice di inibire qualsiasi forma di capitalizzazione e anatocismo e l'applicazione dei relativi interessi; inoltre si domanda che sia statuito l'obbligo di pubblicare ed informare i clienti del divieto di anatocismo decorrente dall'1 gennaio 2014.

Il giudice ha condiviso le doglianze dell'associazione dei consumatori ed ha indicato alcuni parametri per l'interpretazione della disciplina. In primo luogo sostiene che un vincolo è dato dal dato letterale per cui l'utilizzo del termine "interessi conteggiati" si riferisce ad una mera funzione contabile ed indica la periodicità con cui gli interessi devono essere quantificati.

Da tale sistema di conteggio deriva il divieto di non poter produrre interessi ulteriori che sarebbe confermato dalle indicazioni dei lavori parlamentari nonché dalla mancata conversione del d.l. del 2014 che aveva tentato di ripristinare l'anatocismo (l'art. 31 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91).

Inoltre i giudici disattendono anche le argomentazioni sostenute dalle Banche per cui vi sarebbe un'efficacia sospesa dell'intervento legislativo fino all'emanazione della delibera da parte del Cibr; difatti i giudici evidenziano che opinando in tal senso si permetterebbe una deroga da parte della disciplina secondaria rispetto ad una primaria. L'intervento del Cibr di cui oggi si dubita la futura elaborazione¹³⁹ sarà, secondo i giudici, di semplice chiarificazione del conteggio degli interessi primari non potendo più riguardare gli interessi composti.

I giudici in conclusione hanno riconosciuto la validità delle tesi dell'associazione dei consumatori e hanno di conseguenza condannato le banche alla pubblicazione nei propri siti *web* e nei quotidiani della sentenza sull'illegittimità delle pratiche anatocistiche.

Queste pronunce hanno due conseguenze: da una parte l'apertura di un nuovo contenzioso per la ripetizione degli interessi anatocistici illegittimamente acquisiti dalle banche dal 1° gennaio 2014 ad oggi; dall'altra creano un vincolo alla futura pronuncia del Cibr: ci si chiede se

¹³⁹ DOLMETTA A.A., Sul transito dell'anatocismo bancario dal vecchio al nuovo regime, in www.ilcaso.it, 2015 che si chiede se una delibera sarà mai emanata in proposito;

quest'ultimo si limiterà alla regolazione del conteggio degli interessi semplici o andrà a reintrodurre una forma di anatocismo grazie agli aspetti oscuri della normativa.

3. I fili rossi della disciplina:

3.1. Il fenomeno anatocistico: la funzione e la causa giustificativa

Nel delineare l'evoluzione dell'anatocismo si è partiti dall'originario divieto e dallo sfavore nei confronti di un meccanismo considerato (non a torto) di generale sfavore per il debitore.

Tuttavia pian piano diviene fenomeno prima tollerato poi accettato e introdotto nei diversi ordinamenti. Questo mutamento è ben evidente nella relazione ministeriale al codice civile del 1865 che si riporta: «è norma non contrastata di diritto, che il debitore in mora deve risarcire i danni derivanti dalla medesima. Trattandosi di somme di denaro la legge adotta un sistema di presunzione generale e stabilisce che il risarcimento dei danni consisterà nel pagamento degli interessi nella tassa legale. Ora, sia che la somma dovuta formi un capitale, sia che costituisca interessi sopra un capitale, il danno presunto dalla legge si verifica egualmente pel creditore che non ne riceve il pagamento. Esso ha potuto fare assegnamento sulla somma dovutagli a titolo di interessi; se questa somma non gli viene pagata, dovrà ricorrere ad un prestito e soffre quindi un danno come se la somma dovutagli costituisse un capitale. Né può impedirsi che gli interessi, quando sono scaduti, vengano, mediante apposita convenzione, costituiti in capitale per far decorrere gli interessi sopra i medesimi. Se il debitore li pagasse, il creditore potrebbe impiegare la relativa somma ad interessi presso un terzo. Perché si dovrà vietare che ciò si faccia lasciandoli a mani dello stesso debitore? Questi inoltre può non trovarsi in grado di pagare gli interessi dovuti senza ricorrere ad un prestito sottoponendosi al pagamento di altri interessi; perché non potrà ritenere quelli già dovuti qual nuovo prestito, invece di ricercare un terzo che abbia a mutuarglieli? Si teme che il debitore aumenti per tal modo

eccessivamente il suo debito verso lo stesso creditore; ma la sua condizione non cambia punto se aumenta il suo passivo obbligandosi verso un altro¹⁴⁰».

Dalla relazione al codice previgente si evince che l'anatocismo è ammissibile in quanto l'effetto moltiplicatore dell'esposizione debitoria non viene ritenuto di particolare rilevanza sul piano degli interessi umani coinvolti, ma espressione di un mero calcolo aritmetico ed oggettivo. E' sufficiente riscontrare come le alternative all'anatocismo (come la richiesta di un nuovo prestito) non mettano il debitore in una posizione quantitativamente differente e migliore sul piano delle somme da lui dovute per ritenere l'anatocismo stesso giustificato. Il ragionamento è opinabile poiché considera eguali gli interessi semplici decorrenti su una somma mutuata con quelli composti relativi al debito originario.

Tuttavia è rilevante soffermarsi sul punto di partenza della Relazione quello per cui il debitore in mora crea un danno al creditore che viene compensato dal decorrere degli interessi moratori. Il riferimento al danno è significativo poiché subito dopo questo stesso danno è parificato a quello che il creditore subisce in relazione agli interessi (“sia che la somma dovuta formi un capitale, sia che costituisca interessi sopra un capitale, il danno presunto dalla legge si verifica egualmente pel creditore che non ne riceve il pagamento”).

Questo passaggio porta ad una riflessione sulla funzione e sulla natura degli interessi composti: infatti sembra che la loro giustificazione causale spesso sia implicita o poco considerata. Invece sembra importante riflettere ed inquadrare il ruolo degli interessi anatocistici e verificare la loro funzione.

3.2. La collocazione degli interessi composti

In primo luogo si deve verificare quale sia la natura giuridica degli interessi composti e in che modo essi si inseriscano nel sistema degli interessi¹⁴¹. Come detto essi condividono con la

¹⁴⁰ cfr. MONTEL A., *op. cit.*, p. 614 e INZITARI B., *Obbligazioni pecuniarie op. cit.*, p. 445;

categoria l'idea della naturale fecondità del denaro e il legame con il concetto di "frutto civile" (art. 820, co. 3° cod. civ.). Una dottrina ha fondato la funzione sul rapporto tra regole di appartenenza e distribuzione del denaro per cui nel momento in cui vi è una dissociazione tra proprietà e godimento effettivo del denaro entra in gioco, in funzione di riequilibrio, la produzione di interessi¹⁴². La relazione è sintetizzata nella situazione del "vantaggio della liquidità" per cui chi ha la disponibilità del denaro deve pagare gli interessi¹⁴³. Questo per quanto riguarda la funzione generale, ma l'ordinamento distingue tra tre diverse categorie di interessi. Un primo gruppo emergerebbe direttamente dall'art. 820 c.c. in tema di frutti civili derivanti dalla cosa in conseguenza del godimento che altri ne abbia. Si ricordi che la norma cita esemplificativamente proprio gli interessi sui capitali. Per quanto in generale l'interesse costituisca secondo la teoria dei beni un frutto civile, tale natura e metodo di produzione si addice specificamente agli interessi prodotti in ragione di contratti di prestito di denaro come il mutuo (art. 1813 cod. civ. e ss. specialmente 1815 c.c.).

A questi si affianca l'ulteriore categoria - spesso generalizzata a comprendere anche i precedenti - costituita dagli interessi corrispettivi (art. 1282 cod. civ.) prodotti di pieno diritto su somme liquide ed esigibili e tuttavia non ancora concretamente pretese o riscosse (per esempio il prezzo di una vendita senza termine di adempimento e ferme restando le norme sulla mora); Ancora si individuano gli interessi compensativi, riconosciuti in diversi casi in cui vi è un vantaggio goduto dal debitore pecuniario (ad es. artt. 1499 e 1815 cod. civ.); infine vanno menzionati quelli moratori che hanno la funzione di risarcimento per il danno dovuto al ritardo nel pagamento (art. 1224 cod. civ.).

¹⁴¹ La categoria dell'obbligazione secondaria risulta da sempre di difficile definizione tanto che molti studiosi hanno rinunciato alla definizione delle caratteristiche della categoria per soffermarsi sulla ricognizione dei dati normativi, cfr. in tal senso LIBERTINI M., *op. cit.*, pp. 97 ss.

¹⁴² DI MAJO A., *Obbligazioni pecuniarie op. cit.*, p. 19 ss., ripreso anche in DI MAJO A., *Debito di interessi e inadempimento*, in *Corr. Giuridico*, 11, 2001, p. 1445;

¹⁴³ INZITARI B., *Obbligazioni pecuniarie cit.*, p. 268, per cui questo vantaggio è da ricondursi a due fattispecie: da una parte nel caso di godimento di una somma che è stata trasferita a titolo oneroso e cioè come pagamento di un corrispettivo (gli interessi corrispettivi nel mutuo); dall'altra vi è l'ipotesi del vantaggio conseguente al ritardo nella restituzione o nel pagamento di una somma di denaro dovuta in funzione risarcitoria o restitutoria;

Soprattutto il rapporto tra corrispettivi e moratori è da considerare nel nostro ragionamento: i primi legati ad un uso legittimo del danaro, i secondi ad un ritardo nella restituzione della somma¹⁴⁴.

Invero se poi ci si sposta sul problema della giustificazione causale dell'obbligazione secondaria la dottrina sostiene l'idea che quella avente ad oggetto gli interessi sia un'obbligazione astratta. La causa coincide, per tale tesi, con la semplice idea della naturale fruttuosità del denaro che elimina la necessità di una vera e propria giustificazione causale¹⁴⁵. Ciò almeno in relazione alla regola generale in quanto per gli interessi moratori la questione è più complessa: essi possono trovare anche una giustificazione sanzionatoria in relazione al ritardo nel pagamento.

In questa sommaria ricostruzione gli interessi composti spesso sono trascurati in relazione alla loro collocazione nel sistema e alla verifica della loro funzione. In primo luogo si è cercato di accomunarli alle categorie generali: la assimilazione agli interessi corrispettivi è da alcuni esclusa in quanto questi ultimi si producono *ope legis* (a differenza dei composti) e non sono sottoposti ad una domanda giudiziale o ad una convenzione¹⁴⁶.

Altra tesi ritiene che si tratti di classe autonoma di interessi e la non assimilabilità ad alcun'altra categoria¹⁴⁷: tale conclusione evade però la questione in relazione alla causa degli interessi sugli interessi. In pratica si rimanda all'idea della semplice fecondità del denaro anche in relazione agli interessi composti, per cui questi sono prodotti perché la somma è lasciata nella disponibilità del debitore.

¹⁴⁴ si veda sempre DI MAJO A., *Obbligazioni pecuniarie op. cit.*, p. 20 che riprende la distinzione dalla Relazione al codice.

¹⁴⁵ Cfr. DI MAJO A., *Obbligazioni cit.*, p. 23 ciò almeno in relazione alla regola generale di cui all'art. 1282 cod. civ., per cui "la produzione di interessi si raccorda *sic et simpliciter* alla naturale "fruttuosità" e/o produttività del denaro. Non si rinviene altra ragione che questa".

¹⁴⁶ FEDELE A., *op. cit.*, p. 52;

¹⁴⁷ Cfr. MONTEL A., *op. cit.*, p. 614; FARINA V., *Recenti orientamenti cit.*, p.778;

Una parte della dottrina li avvicina alla categoria degli interessi moratori con una funzione di tecnica di quantificazione della prestazione¹⁴⁸. Per tale tesi invero l'accostamento agli interessi moratori significa soltanto delinearne una funzione astratta e di impronta di tipo matematico nonché un tentativo di derogare ai limiti previsti dall'art. 1283 cod. civ.. A tal proposito si deve sottolineare come la mancata disponibilità di un bene comporta l'impossibilità per il soggetto a cui è stato sottratto di conseguirne i vantaggi. Se ciò costituisce la base per l'applicazione della disciplina sugli interessi non può tuttavia consentire un eccessivo distacco dalle regole generali in tema di danno risarcibile. Si dovrebbe infatti tener presente che l'art. 1223 cod. civ. prescrive che il danno risarcibile sia limitato alle conseguenze immediate e dirette e che tale principio deve essere applicato anche alle obbligazioni pecuniarie. L'adozione del limite al danno risarcibile costituisce un parametro a cui deve essere conformato anche il danno nelle obbligazioni pecuniarie e di conseguenza tenuto in considerazione anche rispetto agli interessi composti.

Tuttavia il legame con gli interessi di mora deve essere approfondito per la valutazione della funzione degli interessi composti. La relazione è in primo luogo storica: la nascita degli interessi di mora è ricollegata alla loro idoneità ad aggirare il divieto canonistico delle *usurae*¹⁴⁹. Pertanto entrambe le categorie hanno una connessione con l'usura in quanto erano modalità con cui si riteneva si violassero i divieti.

Invero anche le discipline si presentano molto simili e confermano l'origine comune. Difatti nel diritto pre codicistico francese la necessità di una domanda giudiziale era prevista anche

¹⁴⁸ SCOZZAFAVA T.O., *Gli interessi monetari*, Napoli, Jovene, 1984, p. 189, il concetto è ripreso anche in SCOZZAFAVA T.O., *L'anatocismo e la Cassazione cit.*, p. 227; l'autore individua infatti due funzioni relative al termine interesse: in un primo senso quale tecnica di quantificazione della prestazione destinata ad operare in funzione generale ed astratta; in un secondo senso come particolare categoria di frutto civile ovvero di corrispettivo per l'uso di una somma di denaro.

¹⁴⁹ Cfr. DI MAJO A., *Obbligazioni cit.*, p. 128, ove si riporta un passo del Pothier in cui si giustifica il pagamento di interessi moratori facendo ricorso al concetto di presunzione di danno provato dal ritardo nel pagamento di somme di denaro. Tale giustificazione, è riportato, aveva la funzione di svincolarsi dalla stretta interpretazione della mora.

nei confronti degli interessi moratori semplici per essere poi traslata anche rispetto all'anatocismo¹⁵⁰.

Oltre alle ragioni che afferiscono all'esperienza francese vi sono quelle del codice italiano del 1865 che come visto considera implicitamente gli interessi composti come quelli derivanti dalla mora o dal ritardo¹⁵¹. Il codice civile odierno non ha offerto mutamenti sostanziali che possano cambiare tale convinzione, tranne forse la collocazione sistematica della norma (ora dopo quella sugli interessi corrispettivi).

Ove si condividesse la tesi della natura moratoria degli interessi composti questi dovrebbero avere come presupposto il ritardo e l'inadempimento dell'obbligazione. Per verificare tale questione è necessario ritornare sull'interpretazione della formula letterale di interessi dovuti e scaduti (art. 1283 cod. civ.). In primo luogo il riferimento alla scadenza deve essere agli interessi semplici che decorrono sulla somma nella disponibilità del debitore.

Il primo concetto (debenza) si riferisce alla loro decorrenza e maturazione che deve essere almeno corrispondente ad un semestre. Il secondo (scadenza) si riferisce alla loro esigibilità: da tale momento possono essere richiesti (e non nel diverso momento dell'accumulo semestrale¹⁵²).

Il legislatore quindi con il termine scadenza ha voluto indicare che il debitore è in ritardo nel pagamento della obbligazione secondaria di interessi e che ci si trova di fronte ad una reazione al mancato pagamento.

In caso contrario si dovrebbe sostenere che gli interessi decorrono in automatico e a prescindere dalla mora del debitore: in merito la dottrina è poco chiara in quanto alcuni si

¹⁵⁰ Come riporta ampiamente FEDELE A., *op. cit.*, pp. 34 ss., le due norme nel codice francese erano in successione (artt. 1153 e 1154 cod. civ.). Tuttavia la regola non fu accolta dal nostro legislatore e fu oggetto di abolizione nello stesso sistema francese con una legge del 7 aprile 1900.

¹⁵¹ Come visto *supra* nella Relazione al codice. La tesi della natura moratoria è sostenuta da FEDELE A., *op. cit.*, pp. 51 ss.;

¹⁵² Cfr. FERRO LUZZI P., *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: «l'anatocismo bancario»; postulati e conseguenze*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, p. 21 che afferma che si deve interpretare l'espressione non nel senso che gli interessi devono essere scaduti da sei mesi, ma che devono essere un corrispettivo per il godimento della somma per almeno sei mesi;

riferiscono all'inadempimento o lo presuppongono¹⁵³ e altri invece si riferiscono agli interessi maturati¹⁵⁴. Vi è tuttavia chi afferma che, almeno per l'anatocismo all'interno del conto corrente si prescinde da un vero e proprio inadempimento¹⁵⁵.

Ove si analizzino in modo separato le diverse fattispecie di anatocismo si evidenziano delle differenze: nel caso dell'anatocismo giudiziale, la necessità di una domanda sembra dimostrare che gli interessi non solo sono venuti a scadenza, ma anche che non sono stati pagati; infatti la richiesta giudiziale del creditore è finalizzata ad ottenere l'adempimento e anche gli interessi composti. In questo caso l'inadempimento è *in re ipsa* ed è evidente. Al contrario nel caso della convenzione e, in modo simile, nella disciplina bancaria gli interessi sono sempre scaduti, ma senza una richiesta specifica. La convenzione posteriore infatti costituisce un accordo che mira ad evitare il pagamento ed in questo caso l'inadempimento rimane solo sullo sfondo. Anche in ambito bancario la disciplina prevede che in virtù della scadenza si possano produrre gli interessi sugli interessi senza che però sia individuabile un inadempimento. Nel conto corrente vi è l'unificazione delle poste passive senza che sia assegnata rilevanza nel computo alla loro differente natura se debito di capitale o di interessi.

3.3. Gli interessi composti: una presunzione di maggior danno?

Posto il legame con gli interessi moratori per gli argomenti storico, sistematici e per la comunanza di alcuni presupposti, ci si deve chiedere se gli interessi anatocistici ne condividano anche la causa giustificativa.

Come è noto gli interessi moratori assorbono gli interessi precedenti e senza necessità che il creditore provi la sussistenza di alcun danno.

¹⁵³ FARINA V., *Recenti op. cit.*, p. 772; ma anche SCOZZAFAVA T.O., *Gli interessi monetari*, Napoli, Jovene, 1984, p. 189 che afferma sì la sussistenza di un adempimento, ma allo stesso tempo sostiene che l'anatocismo è una deroga ai principi che regolano l'adempimento tardivo delle obbligazioni pecuniarie.

¹⁵⁴ INZITARI B., *Obbligazioni pecuniarie cit.*, p. 298 ss.;

¹⁵⁵ cfr. DOLMETTA A.A., *Rilevanza usuraria dell'anatocismo (con aggiunte note delle clausole da inadempimento)*, in *Riv. Diritto bancario*, 1, 2015, in www.dirittobancario.it, che specifica come non si possa parlare di inadempimento del cliente "posto che la persistente permanenza del conto, pur dopo ogni chiusura di periodo, determina – in una con la correlata applicazione senza soluzione di continuità dell'art. 1852 c.c. – l'inesigibilità delle poste così annotate (c.d. competenze di periodo) sino a tutta la chiusura effettiva del conto".

Ad essi è ricollegata una funzione di tipo risarcitorio e quindi riparatorio dello svantaggio sofferto dal creditore che non ha ottenuto la restituzione del proprio credito.

Di conseguenza si potrebbe sostenere che gli interessi composti si pongono in perfetta continuità con gli interessi moratori, ovvero condividono una finalità indennitaria. Ciò in quanto il creditore non solo viene privato della somma originaria, ma anche degli interessi che sono decorsi sulla stessa. Perciò gli interessi anatocistici vanno a compensare un danno sofferto dal creditore.

Questa tesi considera l'anatocismo un meccanismo di tutela del creditore e della sua posizione e quindi ritiene che l'ordinamento abbia riequilibrato la relazione obbligatoria.

Tuttavia vi è una ulteriore ricostruzione possibile del fenomeno: ovvero quella che riconnette all'anatocismo una funzione sanzionatoria e di pena indiretta. Difatti gli interessi anatocistici si pongono in un'area insidiosa compresa tra la prestazione *sine causa*, il maggior danno (o il danno indiretto non ordinariamente ammesso ex art. 1223 ss. cod. civ.) e la misura sanzionatoria. Proprio con il legame con la finalità sanzionatoria è necessario approfondire: è evidente come quando il creditore mette a disposizione una somma a favore del debitore perde la disponibilità del solo capitale. Le norme sull'anatocismo riconoscono invece un pregiudizio ulteriore che è riconnesso al mancato ottenimento della fruttuosità del proprio denaro che il creditore non può riutilizzare. Da qui si sviluppa il convincimento che di vera e propria sanzione si tratti.

Ciò sembra riconnettersi al danno maggiore previsto dall'art. 1224 co. 2 cod. civ. per cui al creditore è riconosciuto un danno ulteriore se prova di averlo subito. Le norme sull'anatocismo creano una sorta di automatismo per cui il mancato pagamento degli interessi comporta sempre un danno al creditore che è considerato a prescindere dalla sua prova.

Se si riconnette una finalità punitiva o sanzionatoria all'anatocismo è necessario verificare il suo rapporto con la principale pena privata introdotta nel nostro ordinamento ovvero la clausola penale.

In relazione al previgente codice si era posto il problema del caso in cui la clausola penale fosse posta in relazione ad una obbligazione pecuniaria e se la norma sull'anatocismo potesse essere un limite indiretto all'ammontare della pena¹⁵⁶.

Con il codice odierno il problema si è posto e ha portato all'esclusione di una clausola penale che cerchi di sottrarre il debito alle regole sull'anatocismo¹⁵⁷. L'art. 1283 ha quindi un ruolo di limite indiretto alla stipulazione di una clausola penale: in caso contrario infatti la norma sull'anatocismo sarebbe sempre aggirabile attraverso una clausola penale che contempa gli interessi sugli interessi.

Tuttavia il rapporto può anche essere considerato dal punto di vista inverso: ovvero di influenza della clausola penale nei confronti dell'anatocismo. Quest'ultimo infatti, qualora gli si riconosca finalità sanzionatoria, svolge un ruolo analogo a quello dell'art. 1224 2° comma, ovvero di introdurre un automatismo in relazione alla quantificazione del maggior danno quando gli interessi primari non sono pagati.

Questa tesi si scontra con la possibile critica che in tal modo l'ordinamento avrebbe introdotto una presunzione relativa di maggior danno di cui tuttavia è dubbia (e deve essere verificata) la proporzionalità. Cioè l'ordinamento avrebbe autorizzato le parti a prevedere che in base ad una convenzione, ad una decisione giudiziale o in ambito bancario (salvo dividerne la sua abrogazione) gli interessi anatocistici sono conteggiati come danno a favore del creditore. Anche in questo caso perciò potrebbe estendersi alla determinazione del meccanismo anatocistico il controllo del giudice (*ex art. 1384 cod. civ.*).

In tal modo si vuole evidenziare come la visione prettamente negativa del fenomeno anatocistico sia stata facilmente dimenticata e soprattutto si siano tralasciate molte difficoltà nella sua collocazione all'interno della categoria degli interessi.

¹⁵⁶ DI BICOCCA L., *La pena convenzionale*, Milano Società editrice libraria, 1899, pp. 59-60, dove l'A. sostiene di non aver desunto argomenti a favore del limite indiretto in quanto la clausola penale è determinata e accettata in anticipo e soprattutto non determina un aumento occulto del debito;

¹⁵⁷ Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2002, n. 17813 in *Danno e responsabilità*, 4, 2003, con nota di PARDOLESI P., *Obbligazioni pecuniarie, anatocismo e clausola penale: un rapporto controverso?*, pp. 383 ss.;

Inoltre in ambito pubblicistico la vicenda relativa all'istituto evidenzia le pressioni e le debolezze che i principi di giustizia distributiva possono subire se messi in relazione con le forze macroeconomiche del sistema. Posto dunque il legame tra disciplina privatistica dell'obbligazione e regolazione economica del mercato non sembra eccessivo sostenere la opportunità di un controllo giudiziale nei casi in cui il meccanismo generi evidenti squilibri.

4. Le questioni ancora aperte dopo le Sezioni Unite del 2010

La sentenza delle Sezioni Unite ha definito un criterio distintivo per il problema della prescrizione dei versamenti compiuti dai clienti basata sulla dicotomia rimessa solutoria e ripristinatoria. La tesi adottata doveva unificare un sistema frammentato e poco chiaro, ma l'intenzione delle Sezioni Unite sembra aver aperto ulteriori problemi che sono al vaglio dei giudici e dei C.T.U..

Una prima questione riguarda una possibile incongruenza data dai versamenti che non si limitano a ripristinare la provvista, ma che si presentano con natura mista. Se infatti un cliente con apertura di credito di 100, con un passivo di 150 (quindi con 50 in *extrafido*), esegue una rimessa questa deve essere considerata sempre ripristinatoria a prescindere dalla somma depositata?

Se in un caso versa 50, copre solo l'*extrafido* e la rimessa è, secondo la tesi delle Sezioni Unite, di tipo ripristinatorio; ma se al contrario il versamento è più cospicuo, di 80 ad esempio, la rimessa deve essere considerata sempre totalmente ripristinatoria o lo è solo per 50 e il resto è di tipo solutorio? La sentenza delle Sezioni Unite infatti non sembra aver preso in considerazione questa situazione di rimessa a natura mista.

Altro problema è legato al fatto che spesso la parte eccedente il fido non è solo determinata dal computo degli interessi passivi, ma anche da una serie di commissioni, spese e bonifici. A questo rilievo consegue che il criterio delle Supremo collegio funziona solo nei confronti di un conto che ha una netta suddivisione tra interessi e capitale per poter individuare la reale natura della rimessa¹⁵⁸. Solo in questo caso infatti è possibile verificare se la situazione di

¹⁵⁸ COSENTINO L., *Criticità computistiche nell'utilizzo delle rimesse solutorie e ripristinatorie nelle C.T.U. sui conti correnti bancari*, in www.ilcaso.it, 2014, pp. 2-3

superamento del fido è determinato dall'addebito di interessi passivi o dipende da altri fatti contabili.

Altra questione è ancora generata dalla combinazione di differenti fattispecie: analizzando la sentenza se ne sono distinte due separando i conti con aperture di credito nel caso di rimesse solo intrafido e nel caso di *extrafido*. In realtà nella pratica dovrebbe essere più frequente il caso in cui ci si presentano le due fattispecie in combinazione ovvero rimesse all'interno del fido e altre che vanno a colmare una situazione di sconfinamento. In tali fattispecie le regole sulla prescrizione si applicano entrambe in tempi differenti¹⁵⁹.

¹⁵⁹ QUINTARELLI A., *op. cit.*;

5. L'evoluzione dell'anatocismo: verso una maggiore tutela del cliente.

L'aspetto che maggiormente ha influenzato la disciplina dell'anatocismo è imperniato sulla tutela del debitore. La disposizione civilistica (art. 1283 cod. civ.) nasce con quella funzione, ma ancor di più questa evoluzione è presente nella disciplina bancaria. In parallelo il *revirement* della Cassazione ha origine dall'esigenza di ristabilire un equilibrio nel rapporto tra i due soggetti fino ad allora abbastanza sbilanciato nei confronti della banca¹⁶⁰.

Negli ultimi tempi anche la dottrina è impegnata nella elaborazione di un sistema che offra una protezione maggiore al cliente, nello specifico si è posta sul piano della prova nel processo.

Come si è visto la tesi che maggiormente innova il sistema è rappresentato dall'applicazione del principio di vicinanza della prova. Questo si applica ricorrendo a presunzioni che invertono l'onere della prova quando il soggetto che la dovrebbe dare è ostacolato da un comportamento della controparte. Si pensi ai casi di *malpractice* in ambito medico in cui la documentazione clinica è il principale mezzo di prova. Il paziente danneggiato deve fornire una prova su un atto formato dal medico, spesso su aspetti lacunosi imputabili allo stesso operatore sanitario. In tal caso l'inversione opera in questo modo: il danneggiato offre un indizio di prova, mentre è il convenuto a dover sostenere l'onere probatorio.

La dottrina ha tentato di trasporre in ambito bancario l'applicazione del principio di vicinanza (o prossimità) alla prova per obbligare le banche a produrre le prove, soprattutto i documenti e gli atti relativi ai contratti.

Un primo punto in comune che è basale nei due ambiti è lo sbilanciamento del rapporto tra le parti: le conoscenze tecniche e la padronanza degli strumenti pongono una parte al di sopra

¹⁶⁰ NIGRO A., *op. cit.*, p. 461; SCOZZAFAVA T.O., *L'anatocismo e la Cassazione cit.*, p. 232;

dell'altra. In particolare la banca stipula dei contratti predefiniti in cui la negoziazione è ridotta al minimo per l'utilizzo di formulari.

Un secondo elemento è il monopolio nella predisposizione della documentazione (sia essa clinica o bancaria): la banca, nello specifico, non può privarsi degli estratti conto o dei documenti relativi al rapporto. In tal caso gli si offrirebbe una possibilità di scelta se produrre o meno un documento che gli possa procurare nocumento. Tuttavia la banca non dovrebbe avere questa scelta: come si è visto l'art. 119 co. 4° obbliga la banca a fornire la documentazione al cliente. E ciò deve avvenire anche quando la produzione della documentazione possa avere un effetto negativo. Anche l'obbligo di tenere i documenti contabili (art. 2220 cod. civ.) solo per un decennio non può essere interpretato nel senso di spogliare di qualunque onere la banca e che questa si possa liberare dei documenti¹⁶¹;

Ora tale principio funziona al meglio quando ci si trova di fronte all'eccezione della banca che oppone l'intervenuta prescrizione della restituzione degli interessi anatocistici. In tal caso non si può onerare il cliente del fatto negativo della non intervenuta prescrizione, ma è la banca a dover fornire la relativa prova.

Vi sono dubbi nel caso in cui c'è una produzione parziale di estratti conto da parte del cliente e si addossa l'onere alla banca che in pratica sopperisce alle carenze dell'attore. La giurisprudenza in tal caso oscilla tra considerare il principio un elemento complementare a quello previsto dall'art. 2697 cod. civ. o alternativo e con effetti di ribaltamento dell'onere.

In merito alla base argomentativa della tesi sostenuta dalla dottrina è convincente la considerazione di fondo: lo squilibrio tra le parti e la possibilità di costruire una posizione di preminenza d'impresa nell'ambito dell'onere della prova. E' tuttavia necessario che le

¹⁶¹ anzi oggi più di allora la possibilità di conservare le scritture contabili è divenuta più semplice data la possibilità di archiviazione fotografica e digitale dei documenti, cfr. DOLMETTA A.A., *Prescrizione della ripetizione cit.*, p.12;

differenze soggettive non siano oggetto di una visione generalizzante e che siano valutate attentamente anche situazioni che riducono o eliminano i rapporti di forza¹⁶².

I dati normativi che vengono considerati sono invece riferiti alla particolare diligenza che deve guidare gli operatori finanziari e determinano una maggior vicinanza ai prodotti e ai contratti che vengono stipulati (e fondano l'idea di una "vicinanza d'impresa" alla prova)¹⁶³.

D'altronde la tesi deve completarsi con una interpretazione delle regole relative alla banca alla luce del principio di buona fede; in particolare la Cassazione, in riferimento all'obbligo di conservare le scritture contabili, afferma che l'inadempimento di tale obbligo può comportare una violazione dell'art. 1375 cod. civ.¹⁶⁴.

Un aspetto di rilievo è che il principio di prossimità ha, se accolto in tali termini una potenzialità espansiva che può influenzare anche altri ambiti del settore finanziario (si pensi ad un tema assai prossimo come quello dell'usura).

¹⁶² DOLMETTA A.A., MALVAGNA U., *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario. Spunti (I. Il saldo zero)*, in *Riv. Diritto bancario*, 6, 2014, in www.dirittobancario.it;

¹⁶³ sono, come detto, gli artt. 5 TUB, 3 cod. assicurazioni e 21 TUF che fondano la particolare diligenza che deve ispirare l'azione degli operatori finanziari e assicurativi.

¹⁶⁴ Cass. civ., 26 gennaio 2011, n. 1842, inedita, «la *ratio* posta a fondamento dell'obbligo di conservazione delle scritture contabili per un decennio va individuata [anche] nell'esigenza di assicurare una più penetrante tutela dei terzi estranei all'attività imprenditoriale, rispetto a un'eventuale posizione creditoria da essi fatta valere ovvero a una contestazione sollevata, circostanza da cui discende che un eventuale inadempimento al riguardo da parte dell'istituto potrebbe eventualmente rilevare, a favore della controparte, sotto il profilo della violazione dell'art. 1375 c.c.»

6. *L'anatocismo e l'usura*

Un dubbio che è stato recentemente sollevato riguarda il profilo dell'usurarietà dell'interesse anatocistico. Tale questione si inserisce in un filone di decisioni che si occupano di valutare l'usura sempre più in un'ottica globale che fuoriesce dalle voci che normalmente compongono il T.A.E.G.; come è noto quest'ultimo è un indicatore che permette al consumatore di essere informato del costo finale e complessivo del finanziamento¹⁶⁵. Da questo viene poi trimestralmente individuato dal Ministero il Tasso effettivo globale medio, *ex art. 2 l. 108 del 1996 e successive modificazioni*, che costituisce la base per l'individuazione del "tasso soglia"¹⁶⁶. Le tabelle che riguardano l'usura prendono in considerazione le diverse tipologie di contratti e operazioni. Ai fini dell'usurarietà dei tassi si deve tener conto di tutte le commissioni, le remunerazioni e le spese collegate. Perciò sempre di più si discute su cosa rientri all'interno del concetto di onerosità complessiva del contratto avente funzione creditizia.

In particolare si è posta la questione rispetto agli interessi moratori, se cioè essi rientrino o meno nella misura dell'usurarietà¹⁶⁷.

Da ciò è partito il caso di un mutuo con ammortamento alla francese¹⁶⁸ in cui l'inadempimento di una rata da parte del cliente determinava il decorrere degli interessi moratori non solo sul montante del capitale, ma anche sugli interessi¹⁶⁹. In questo caso si ha

¹⁶⁵ «la necessità dell'indicazione del tasso annuo effettivo globale pone al riparo il consumatore da sorprese o quanto meno dalla massima parte di esse, dandogli la certezza di conoscere con precisione il costo del finanziamento- La pubblicità alla quale il TAEG è sottoposto consente anche una maggior trasparenza del mercato, favorendo un'effettiva comparazione fra le diverse offerte di credito» cfr. COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012;

¹⁶⁶ quest'ultimo costituisce il limite entro il quale gli interessi e le spese possono essere considerati usurari. Si calcola prendendo come base il TAEG in relazione alla singola operazione o contratto e aumentandolo di un quarto e aggiungendo poi ulteriori quattro punti percentuali.

¹⁶⁷ Si veda Cass. civ., 9 gennaio 2013, n. 350, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, I, 2013, pp. 675 ss. con nota di TARANTINO A., *Usura e interessi di mora*;

¹⁶⁸ il piano di ammortamento alla francese prevede delle rate in cui la quota di capitale per singola rata è crescente, mentre la quota relativa agli interessi è man mano minore. Cfr. CIVALE F., *op. cit.*, p. 165;

¹⁶⁹ Tribunale Parma, 25 luglio 2014, in www.ilcaso.it. «Nell'ipotesi in cui il contratto stipulato dalla banca con il cliente preveda che in caso di mancato pagamento della rata di mutuo la banca possa applicare gli interessi di mora e che gli

un effetto tipico degli interessi composti in quanto gli interessi moratori si aggiungono a quelli corrispettivi. Ovvero un effetto di tipo anatocistico. Il decorrere di interessi moratori determina un aumento del costo del finanziamento che può comportare il superamento della soglia di usura¹⁷⁰.

Dati i problemi relativi agli interessi moratori ci si è domandati se anche gli interessi anatocistici debbano essere computati al fine della valutazione del tasso usurario.

Secondo una tesi l'interesse anatocistico è una forma di corrispettivo o remunerazione addizionale che pertanto deve trovare collocazione all'interno del costo globale del contratto¹⁷¹.

Il primo argomento si basa sull'art. 644 c.p. che utilizza nozioni ampie: si riferisce a ciò che è stato dato o promesso e al denaro e altre utilità; questi concetti sarebbero in grado di ricomprendere anche gli interessi anatocistici.

Il secondo rilievo riguarda le condizioni economiche di cui all'art. 116 TUB, che vengono indicate come oggetto di pubblicità e devono comprendere l'onere economico complessivo dell'operazione. In questo calcolo dovrebbero rientrare anche le clausole contrattuali che riguardano l'anatocismo perché idonee ad aumentare il costo globale del credito.

Al contrario vi è chi sostiene l'irrilevanza dell'anatocismo nel calcolo usurario: si obietta che una volta applicato l'anatocismo vi è una trasformazione dell'interesse in capitale e che quindi non rientra nella considerazione del tasso soglia¹⁷². Quest'ultima affermazione oltre a non

stessi non si sostituiscano ma si sommino a quelli corrispettivi, ai fini del calcolo del TEGM si dovrà tener conto anche degli interessi di mora con la conseguente possibilità che il contratto di mutuo si riveli usurario ab origine».

¹⁷⁰ La questione è affrontata anche da Tribunale Palermo 11 febbraio 2014 in www.dirittobancario.it con nota di LA LUMIA A.; *contra* la considerazione degli interessi di mora rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina sull'usura è l'ABF come si legge nella Relazione 2013, p. 45.

¹⁷¹ La tesi è illustrata da DOLMETTA A.A., *Rilevanza usuraria dell'anatocismo (con aggiunte note delle clausole da inadempimento)*, in *Riv. Diritto bancario*, 1, 2015, in www.dirittobancario.it

¹⁷² In realtà tale affermazione è contraria alla distinzione tra anatocismo e capitalizzazione effettuata in apertura di lavoro. L'interesse anatocistico infatti non si trasforma in capitale.

essere condivisibile risulta oggi in evidente contrasto con la nuova disciplina sull'anatocismo approvata a fine 2013¹⁷³.

L'altro argomento poggia sulle indicazioni fornite dalla Banca d'Italia che negano la rilevanza usuraria dell'anatocismo. A ciò è stato perentoriamente ribattuto che si confonde la soluzione con il problema e soprattutto che l'autorità amministrativa è soggetta anch'essa alla legge¹⁷⁴.

¹⁷³ Malgrado le difficoltà interpretative sembra tenere ben distinti i due concetti di interesse e capitale tanto che molti hanno individuato una possibile chiave di lettura nella suddivisione tra conteggio del capitale e conteggio degli interessi.

¹⁷⁴ DOLMETTA A.A., *Rilevanza usuraria cit.*, p. 16 si riferisce ad una non vincolatività del quadro normativo di riferimento per considerare l'usurarietà dell'anatocismo;

Conclusioni. Il percorso dell'anatocismo: passato, presente e futuro.

La storia dell'anatocismo è caratterizzata da diversi periodi ed a subito un'evoluzione non del tutto lineare nel nostro paese, ma in conclusione possiamo dividere le riflessioni sul tema individuando tre momenti: passato, presente e futuro dell'anatocismo.

Il passato riguarda in primo luogo la sua introduzione nel nostro ordinamento e soprattutto il perché di questa scelta legislativa. Per ricostruirla ci si è soffermati sulla relazione introduttiva al codice del 1865 che riteneva ammissibile il conteggio degli interessi anatocistici; ciò era sostenuto sulla base dell'idea che qualora il debitore non possa pagare non vi è differenza se egli ottiene i soldi da un nuovo creditore o si rivolge al creditore originario. Tuttavia questa equivalenza non persuade e apre due interrogativi: in primo luogo si riferisce l'ammissibilità della produzione di interessi composti alla presenza di una convenzione tra debitore e creditore ("non può impedirsi che gli interessi, quando siano scaduti, vengano, mediante apposita convenzione, restituiti in capitale per far decorrere gli interessi sopra i medesimi"). Il riferimento è ad un accordo tra le parti che legittimano e sanciscono l'operatività dell'anatocismo eliminando la sua operatività automatica e occulta. Si ricordi che l'anatocismo era stato oggetto di ripudio proprio per il suo operare senza un controllo del debitore in modo analogo all'usura.

In secondo luogo la relazione parifica gli interessi semplici e composti i cui effetti sono invece molto differenti; si pensi ad un debito di 500 contratto con Tizio per cui sono maturati e scaduti interessi pari a 50 (10%): se dopo la scadenza si conviene di applicare gli interessi composti questi si calcoleranno sulla somma di 550 (capitale e interessi) e produrranno ulteriori interessi di 55. Ben diverso è il caso in cui si contragga un debito con Caio per pagare Tizio: in tale caso si pagheranno i soli interessi semplici di 50. Si è utilizzato un tasso di interesse ampio in quanto si potesse vedere con maggiore evidenza il differente risultato. A

ciò si deve aggiungere anche il computo temporale in quanto minore è il tempo in cui si cumulano gli interessi al capitale maggiore è l'aumento degli interessi composti e del relativo tasso.

Proprio sulla base di queste considerazioni, l'anatocismo è stato rivalutato e ha assunto un ruolo centrale soprattutto nel sistema bancario.

Tuttavia rimangono gli aspetti poco chiari e che sono poco considerati e, in alcuni casi proprio trascurati. Uno di questi riguarda la collocazione dell'anatocismo nel sistema degli interessi, ma anche la necessità o meno di un inadempimento per la sua applicazione (più evidente nel tipo giudiziale, ma meno in quello convenzionale).

Ciò ha permesso che uno di questi profili poco chiari si affermasse nell'ordinamento italiano: così la prassi bancaria è divenuta uso derogatorio della disciplina codicistica¹⁷⁵. Il tempo e l'affermarsi delle tesi in giurisprudenza hanno creato affidamenti ed, in seguito incertezze, contrasti istituzionali ed un vertiginoso aumento del contenzioso.

Sembra che l'ordinamento abbia in parte smarrito il perché dell'anatocismo e del suo fondamento causale. Pertanto per il presente ci siamo concentrati sulla ricostruzione di un sistema che possa costituire un controllo al sistema degli interessi composti. E in tal senso ci siamo soffermati sul come ovvero sulle modalità con cui l'anatocismo opera e della sua collocazione all'interno del sistema delle obbligazioni pecuniarie e degli interessi.

Una prima possibile ricostruzione ha provato ad inquadrare il fenomeno in termini di sanzione in conseguenza di un ritardo nell'inadempimento da parte del debitore. Questo perché l'anatocismo sembra operare a fronte di un inadempimento nel pagamento degli interessi, quindi l'applicazione degli stessi deriverebbe da un ritardo nel pagamento (la scadenza degli interessi nell'art. 1283 cod. civ.). In conseguenza di queste considerazioni si dovrebbero

¹⁷⁵ Invero gran parte della disciplina bancaria è caratterizzata da un periodo in cui, fino ai primi anni Novanta, in cui le Norme Bancarie Uniformi hanno costituito il prevalente strumento di regolazione dei rapporti contrattuali con le banche e hanno permesso di imporre le condizioni più vantaggiose per le banche. Tuttavia l'intervento dell'autorità giudiziaria in tema di anatocismo ha costituito uno dei contributi al generale riequilibrio del rapporto tra banche e clienti. Cfr. COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 684-685;

inserire gli interessi composti all'interno della più ampia categoria degli interessi moratori per una parziale coincidenza di funzioni in specie quella sanzionatoria.

Ma se all'anatocismo è ricondotta una funzione di tipo sanzionatorio è necessario anche prevedere un meccanismo che possa riequilibrare queste conseguenze punitive nei confronti del debitore. In specie si è sostenuto che un ruolo di questo tipo potrebbe essere svolto dal giudice che, in modo analogo al caso della penale, possa valutare la proporzionalità dell'effetto anatocistico.

Il secondo tentativo di inquadramento del fenomeno si pone in rapporto con la possibile usurarietà degli interessi composti. Questi costituirebbero una tipologia di corrispettivo o remunerazione a favore del creditore e, per questo, dovrebbero essere inseriti nel costo globale del contratto punto di riferimento dell'usura. A ciò non si oppone né il testo dell'art. 644 c.p. nella cui ampia formulazione possono trovare spazio anche gli interessi anatocistici, né le indicazioni delle autorità creditizie che non possono essere considerate vincolanti.

Questa tesi offre un diverso sistema di controllo del fenomeno anatocistico, idoneo dunque a valutarne la proporzionalità dal punto di vista usurario.

Pertanto le due tesi si possono considerare alternative, ma hanno un elemento in comune: entrambe condividono la necessità di un meccanismo di controllo sulla proporzionalità del conteggio degli interessi composti.

Pertanto qualora si ritenga di condividere la causa sanzionatoria, vicina alle pene private dell'anatocismo si dovrà conferire un potere di controllo sull'eventuale squilibrio del contratto a favore del giudice. Al contrario, nel caso in cui non si condividesse il presupposto della prima tesi (l'inadempimento del debitore) si deve considerare il profilo usurario dell'anatocismo e quindi attribuire al giudice una funzione di controllo in relazione al possibile rilievo usurario della clausola.

L'ultimo approdo della disciplina conferma un andamento altalenante del rapporto tra disciplina civilistica e bancaria dell'anatocismo. Dal momento in cui i due ambiti sono stati

differenziati il rapporto era tra una norma più restrittiva (l'art. 1283 cod. civ.) e una norma invece più ampia nel settore bancario (art. 120, co. 2° T.U.B.). La prima limitava l'applicazione degli interessi composti ai soli casi previsti (convenzione, domanda giudiziale, usi contrari); la seconda invece dava totale libertà alle banche nell'inserimento delle clausole anatocistiche a patto che fossero osservate alcune regole. Tale rapporto è oggi completamente ribaltato: il settore bancario è diventato quello con la disciplina più ristretta in cui vige un divieto di anatocismo e, quindi si applicano solo gli interessi semplici. La norma civilistica torna ad essere la disciplina generale e assume un ruolo opposto e più ampio se rapportata all'ambito bancario.

In conseguenza di tali modifiche vi è chi auspica un intervento correttivo del legislatore¹⁷⁶, ma si può dubitare sull'efficacia di un'ulteriore modifica. E' già in atto un fenomeno di contrasti giudiziali intorno alla restituzione e alla tutela dei consumatori che più si attende e maggiore sarà la difficoltà di regolare.

Ad oggi si deve prendere atto della scomparsa dell'anatocismo bancario e domandarsi quali saranno gli effetti sull'ordinamento bancario e nello specifico nell'ambito della disciplina bancaria degli stati dell'UE.

Altro aspetto riguarda la norma civilistica che torna ad essere il principale parametro di studio e che rafforza la necessità di approfondire le considerazioni svolte in tema di fondamento causale e modalità di valutazione della proporzionalità del fenomeno.

¹⁷⁶ COLOMBO C., *Gli interessi op. cit.*, p. 98;

Bibliografia

- ANGELONI F., *La ripetizione degli interessi anatocistici corrisposti sulla base di apposite clausole contrattuali anteriormente al mutamento dell'indirizzo della S. C. che ne sanciva la legittimità in contratto e impresa*, 3, 2000, pp. 1164 ss.;
- BARATELLA M. G., *Le pene private*, Milano, 2006;
- BARBA V., *La disciplina legale dell'anatocismo nel sistema codicistico*, in *L'anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, a cura di CAPALDO G., Padova, 2010
- BOBBIO N., *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, pp. 426 ss.;
- BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2009;
- BONTEMPI P., *Si fanno sempre più stringenti gli oneri a carico del correntista che agisce per la ripetizione di indebito*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 5, 2013, pp. 501 ss.;
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, Milano, 1991;
- CABRAS G., *Conto corrente bancario ed anatocismo tra diritto e pregiudizio*, in *Vita not.*, 1999, 4, p. 509-525;
- CAPALDO G. (a cura di), *L'anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, Padova, 2007;
- CARBONE V. *Il decreto legislativo «salva-interessi» bocciato per carenza di delega*, in *Corr. Giuridico*, 11, 2000, pp. 1457 ss.;
- CELARDI G.M., *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. Civ.*, 10, 2011, pp. 2335 ss.;
- CIVALE F., *Il contenzioso bancario e finanziario*, Roma, 2014;
- COLANGELO G., *Siamo tutti falliti? Limiti di una decisione zoppicante*, in *Danno e responsabilità*, 5, 2011, pp. 498 ss.;
- COLANGELO G., *Prescrizione dell'azione di ripetizione: dalla Cassazione un primo rimedio*, in *Danno e responsabilità*, 8-9, 2014, pp. 828 ss.;
- COLOMBO C., *voce Anatocismo*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Agg. 2005, 4;

- COLOMBO C., *Interessi anatocistici ed operazioni bancarie regolate in conto corrente: cosa va e cosa non va in archivio dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2005, pp. 186 ss.;
- COLOMBO C., *L'anatocismo*, Milano, 2007;
- COSENTINO L., *Criticità computistiche nell'utilizzo delle rimesse solutorie e ripristinatorie nelle C.T.U. sui conti correnti bancari*, in www.ilcaso.it, 2014
- COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012;
- D'AMICO G., *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, in *I contratti*, 2012, pp. 454-468;
- DAGNA P., *Esclusione dell'eccezione di obbligazione naturale per la ripetizione degli interessi anatocistici, commissione di massimo scoperto e soglia d'usura*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2, 2007, pp. 204 ss.;
- DAGNA P. e INZITARI B., *Commissioni e spese nei contratti bancari (validità, usura, tasso soglia)*, Padova, 2010;
- DELLA MASSARA T., *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2011;
- DE MARCO S., *L'anatocismo bancario. Analisi di una vicenda giurisprudenziale*, Napoli, 2010;
- DE MARCO S., *L'anatocismo bancario. Fra tutela del cliente e esigenze del mercato*, Torino, 2012;
- DE SIMONE A., *La gestione delle cause di anatocismo e usura: ripartizione dell'onere della prova, ammissibilità degli ordini di esibizione, prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito e impostazione della C.T.U.*, in *Rivista di diritto bancario*, ottobre 2012, www.dirittobancario.it;
- DI BICOCCA L., *La pena convenzionale*, Milano, 1899;
- DI MAJO A., *Pagamento (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, p. 548-570;
- DI MAJO A., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 222 ss.
- DI MAJO A., *Obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996;
- DI MAJO A., *Debito di interessi e inadempimento*, in *Corr. Giuridico*, 11, 2001, pp.1444 ss.;
- DI PIETROPAOLO M., *Osservazioni in tema di anatocismo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2001, pp. 96 e ss.;
- D'IPPOLITO E., *Dopo le Sezioni Unite in tema di ripetizione di pagamenti anatocistici: questioni aperte*, in *Banca borsa tit. credito*, 3, 2013, pp. 334 ss.;

- DOLMETTA A.A. (a cura di), *Le nuove modifiche al Testo Unico Bancario. Commentario al d. lgs. 4 aprile 1999, n. 342*, Milano, 2000;
- DOLMETTA A.A., *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, in *I contratti*, 5, 2011, pp. 489-502;
- DOLMETTA A.A., *Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012 (retroattività di leggi bancarie, prescrizione per titolo invalido di versamenti in c/v e diritto vivente dell'anatocismo*, in *Banca borsa tit. credito*, 4, 2012, pp. 431 ss.;
- DOLMETTA A.A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013;
- DOLMETTA A.A., *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»: onere e vicinanza della prova*, in www.ilcaso.it del 15 luglio 2014;
- DOLMETTA A.A., MALVAGNA U., *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, in *Banca borsa tit. credito*, 6, 2014, pp. 659 ss.;
- DOLMETTA A.A., MALVAGNA U., *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario. Spunti (I. Il saldo zero)*, in *Riv. Diritto bancario*, 6, 2014, in www.dirittobancario.it;
- DOLMETTA A.A., *Rilevanza usuraria dell'anatocismo (con aggiunte note delle clausole da inadempimento)*, in *Riv. Diritto bancario*, 1, 2015, in www.dirittobancario.it;
- DOLMETTA A.A., *Sul transito dell'anatocismo bancario dal vecchio al nuovo regime*, in www.ilcaso.it, 2015;
- FARINA V., *Recenti orientamenti in tema di anatocismo*, in *Rass. Dir. Civ.*, 4, 1991, p. 785;
- FARINA V., *Gli interessi «uso piazza», l'anatocismo e la commissione di massimo scoperto*, in VETTORI G. (a cura di), *Squilibrio ed usura nei contratti*, Padova, 2002;
- FARINA V., *I diritti nascenti dall'annotazione in conto corrente bancario e ripetizione dell'indebito*, in *I contratti*, 7, 2011, pp. 713 ss.;
- FARINA V., *Le recenti modifiche dell'art. 120 TUB e la loro incidenza sulla delibera Cicr 9 febbraio 2000*, in www.dirittobancario.it, 2014;
- FEDELE A., *Appunti in tema di anatocismo giudiziale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1952, pp. 30 ss.;
- FERRI C., *La Corte costituzionale n. 78 del 2012 in materia di anatocismo: l'ultimo atto di una storia senza fine*, in www.judicium.it, 2012;
- FERRI C., *La Corte costituzionale n. 78 del 2012 in materia di anatocismo: l'ultimo atto di una storia senza fine*, in www.judicium.it, 2012;
- FERRO LUZZI P., *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995;
- FERRO LUZZI P., *Dell'anatocismo; del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2, 2000, pp. 201 e ss.;

- FERRO LUZZI P., *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: «l'anatocismo bancario»; postulati e conseguenze*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, pp. 4 ss;
- FERRO LUZZI P., *In cauda venenum*, in *Riv. Dir. Comm.*, 4, 2011, pp. 418 ss.;
- FRANCESCHELLI R., *La consuetudine (diritto moderno)*, in *Nov. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, pp. 320 ss.;
- FRIGNANI A., *La capitalizzazione degli interessi in alcuni paesi europei*, *Bancaria*, 10, 1999, pp. 44-52;
- GABRIELLI E., *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, pp. 901 e ss.;
- GALLINO L., *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011;
- GENTILI A., *La consuetudine nel diritto civile, dall'opinio juris all'electio juris*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, pp.727 e ss.;
- GIORGIANNI F. e TARDIVO C.M., *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012;
- GUARNERI A., voce *Usi*, in *Dig. Disc. Priv.*, vol. XIX, Torino, 1999, pp. 527 ss.;
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU-MESSINEO, Milano, 2010;
- INZITARI B., *Interessi*, in *Digesto disc. Priv.*, vol. IX, Torino, 1993;
- INZITARI B., *Convenzione di capitalizzazione trimestrale degli interessi e divieto di anatocismo ex art. 1283 codice civile*, in *Foro it.*, 1995, I, 412;
- INZITARI B., *Le Sezioni Unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo*, in *Corriere giuridico*, 2, 2005, pp. 217 ss.;
- INZITARI B., *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006;
- INZITARI B., *Art. 1277-1284 Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca (a cura di), Bologna, 2011;
- LE GOFF J., *La borsa o la vita. Dall'usuraio al banchiere*, Bari, 2003;
- LE GOFF J., *Lo sterco del diavolo: il denaro nel Medioevo*, Bari, 2010;
- LEMME G., *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2003;
- LIBERTINI M., voce *Interessi*, in *Enc. del Diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, p.96 ss.
- MAIMERI F., *La capitalizzazione degli interessi tra legge di stabilità e decreto sulla competitività*, in www.dirittobancario.it, 2014;
- MANCINI N., *Prescrizione della ripetizione di interessi anatocistici: dalla cassazione all'intervento della Corte costituzionale*, *Giur. Comm.*, 6, 2012, pp. 1181 ss.;

- MANCINI N., *Osservazioni su anatocismo e conseguenze civilistiche dell'usuraietà sopravvenuta*, in *Giur. Comm.*, 4, 2013, pp. 649 ss.;
- MANIACI A., *La vicenda dell'anatocismo: una partita senza vincitori*, in *Riv. Dir. Priv.*, 4, 2012, p. 539-552;
- MARCELLI R., *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera Cicr 9/2/2000*, in www.ilcaso.it, 2015;
- MARICONDA V., *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. Giuridico*, 12, 2001, pp. 1565 ss.;
- MARINETTI G., *Interessi (diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1962 pp. 858 ss.;
- MARTORANO F., *Conto corrente (contratto di)*, in *Enc. del Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, pp. 658 ss.;
- MINERVINI G., *Note in tema di estinzione degli usi (a proposito dei cc.dd. usi bancari anatocistici)*, in *Dir. Banca e mercato finanziario*, 2002, I, pp. 177 ss.;
- MODICA L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012;
- MOLLE G., *I contratti bancari*, in *Trattato di Diritto Civile e commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1973;
- MONTEL A., *Anatocismo (voce)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. I, Torino, 1968, pp. 613 ss.;
- MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2012;
- MUCCIARONE G., *Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2014, pp. 438 ss.;
- MUCCIARONE G., *Trasparenza bancaria*, in *Trattato dei contratti* a cura di ROPPO V., Vol. V, Milano, 2014, pp. 689 ss.;
- NANNA C.M., *Asimmetrie contrattuali e ripetibilità degli interessi anatocistici*, in *I Contratti*, 3, 2011 p. 226 ss.;
- NIGRO A., *L'anatocismo nei rapporti bancari tra passato e futuro*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 461;
- PAPI G.U., *Moneta (diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. X, Torino, 1968, 855 ss.;
- PARDOLESI P., *Obbligazioni pecuniarie, anatocismo e clausola penale: un rapporto controverso?*, in *Danno e responsabilità*, 4, 2003, pp. 383 ss.;
- PAVONE LA ROSA A., *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 513 ss.;
- PICCININI V., *La commissione di massimo scoperto tra criteri di calcolo ed accertamento del superamento del tasso soglia* in *Giur. Mer.*, 4, 2011, pp. 969-980;
- PICCININI V., *I debiti di valore*, Milano, 2012;

- PISANI, *Anatocismo bancario e ingiustificato arricchimento*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di VETTORI, Padova, 2002;
- QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, IX, Torino, 1999, pp. 521 e ss.;
- QUINTARELLI A., *Conto corrente bancario: anatocismo e capitalizzazione; azioni di accertamento e condanna, distribuzione dell'onere probatorio e saldo zero*, in www.ilcaso.it, 2015;
- RICCIO A., *L'anatocismo*, Padova, 2002;
- RICCIO A., *Anatocismo: svolta clamorosa della Corte costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2007, 1395 e ss.;
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2011;
- ROSSI G., *Dalla regina pecunia alla leva finanziaria*, in *Riv. delle società*, 6, 2009, pp. 1434 ss.;
- RUFFOLO G., *Testa e croce. Una breve storia della moneta*, Torino, 2011;
- SALANITRO, *Gli interessi bancari anatocistici*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2004, p. 8 ss.;
- SALANITRO U., *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca borsa e tit. credito*, 3, 2011, pp. 400 ss.;
- SALANITRO U., *Retroattività e affidamento: la ragionevolezza del comma 61 (art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. L. n. 10/2011)*, in *Banca borsa e tit. credito*, 4, 2012, pp. 443 ss.;
- SANGIOVANNI V., *Questioni giuridiche connesse all'emissione e all'uso delle carte di credito revolving*, in *I contratti*, 5, 2014, pp. 498 ss.;
- SCOZZAFAVA T.O., *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984;
- SCOZZAFAVA T.O. e GRISI G., *Conto corrente*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 1 ss.
- SCOZZAFAVA T.O., *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001;
- SCOZZAFAVA T.O., *L'anatocismo e la Cassazione: così è se vi pare*, in *I contratti*, 3, 2005, pp. 225 e ss.
- SERRAO D'AQUINO P., *Questioni attuali in materia di anatocismo bancario, commissione di massimo scoperto ed usura*, in *Giur. Merito*, 2011, 05, p. 1172;
- STAMMATI G., *Moneta (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, pp. 747 e ss.;
- TATARANO M., *Il mutuo bancario tra sistema e prassi*, Napoli, 2012;
- TARANTINO A., *Usura e interessi di mora*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, I, 2013, pp. 675 ss.;

- TAVORMINA V., *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010 dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, in *Banca borsa e tit. credito*, 4, 2012, pp. 459 ss.
- TROISI B., Brevi note in tema di decorrenza del termine di prescrizione del diritto del cliente alla ripetizione degli interessi anatocistici, in *Riv.giur. Sarda*, 1, 2010, pp.221 ss.;
- UDA G. M., *La prova del pagamento*, Padova, 2008;
- URBANI A. (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, 2010;
- VACCARO BELLUSCIO A. C., *Violazione dell'art. 1283 c.c. e nullità parziale del contratto: il problema dell'integrazione tra favor debitoris e tutela dell'equilibrio contrattuale*, in *Corr. Giur.*, 2, 2012, pp. 271 ss.;
- VETTORI G. (a cura di), *Squilibrio ed usura nei contratti*, Padova, 2002;
- ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991;